

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: 110013103023-2019-00576-01,  
Demandante DIGIMOVIL SAS, Demandada COMCEL SA, Asunto: Sustentación Apelación  
contra Sentencia**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota  
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 04/09/2023 17:14

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (14 MB)

2023 09 04, Digimovil, Sustentación Apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
**Secretario Sala Civil**  
**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**  
**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**  
**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**  
**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

**De:** Camilo Argáez <zeabogadosargaez@gmail.com>

**Enviado:** lunes, 4 de septiembre de 2023 16:51

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota  
<secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** lfsalazar@syrabogados.com <lfsalazar@syrabogados.com>

**Asunto:** 110013103023-2019-00576-01, Demandante DIGIMOVIL SAS, Demandada COMCEL SA, Asunto:  
Sustentación Apelación contra Sentencia

Honorable

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

[secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co); [secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Atención: H. Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña.  
Bogotá D.C.

**DATOS DEL PROCESO**

**RADICACIÓN**

110013103023-2019-00576-01

**PROCESO**

Declarativo. Verbal de mayor cuantía.

**DEMANDANTE**

DIGIMOVIL S.A.S.

**DEMANDADA****COMCEL S.A.****ASUNTO**

ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de DIGIMOVIL S.A.S. como miembro de la sociedad ZEAbogados Dos SAS, sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, por medio del presente mensaje de datos con el documento adjunto: **S U S T E N T O** el recurso de apelación que fue interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia en el proceso de la referencia, para lo cual, adjunto el memorial firmado en PDF en el cual se contiene la referida sustentación de LA DEMANDANTE.

Respetuosamente,



**CAMILO ARGÁEZ**

T.P. 218.319 del C. S. de la J.

ANEXO: Memorial firmado en PDF con la SUSTENTACIÓN de la Apelación contra la Sentencia.

Honorable

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

[secctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co); [secctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Atención: H. Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña.

Bogotá D.C.

## DATOS DEL PROCESO

<b>RADICACIÓN</b>	110013103023-2019-00576-01
<b>PROCESO</b>	Declarativo. Verbal de mayor cuantía.
<b>DEMANDANTE</b>	DIGIMOVIL S.A.S.
<b>DEMANDADA</b>	COMCEL S.A.
<b>ASUNTO</b>	ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de DIGIMOVIL S.A.S. como miembro de la sociedad ZEAbogados Dos SAS, sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, sustento el recurso de apelación interpuesto por DIGIMOVIL S.A.S. en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 15 DE JUNIO DE 2023, solicitando que la misma sea revocada en su integridad y se proceda con la prosperidad de las pretensiones de la demanda en los términos de la presente sustentación:

## GLOSARIO

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

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

## SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

A continuación, se sustentarán de manera especial los reparos que fueron propuestos por LA DEMANDANTE en sede ordinaria de Apelación.

### 1. GRUPO DE REPAROS relativos a la naturaleza jurídica del CONTRATO:

En la presente Sección 1 son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los siguientes errores al estudiar y definir el problema jurídico sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO:

- Yerro de la SENTENCIA al no concluir probados en el CONTRATO todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.
- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que la voluntad de las Partes, expresada en su texto contractual y en su ejecución, fue perfeccionar un contrato de distribución y no de agencia comercial.
- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar válida la renuncia de las partes a la existencia de este tipo de contrato.

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar la presencia de una compra para reventa en los denominados KITS PREPAGO.
- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por la aplicación de la teoría de los actos propios y la confianza legítima.

Seguidamente son citados los apartes principales de la SENTENCIA, en su parte motiva, en los cuales se vislumbran los referidos yerros:

*“(...) Ahora, en lo tocante a las pruebas documentales, escudriñados todos esos insumos aportados por los extremos procesales (el contrato con sus anexos de la A al G y otrosíes, contrato de transacción y compensación de cuentas (Fl. 324/326) y carta de terminación de contrato), **en ninguno se denomina DIGIMOVIL SAS como agente (...)**” (Página 73 de la SENTENCIA).*

*“(...) Adicional a ello, véase que DIGIMOVIL SAS hasta el último momento de su relación contractual con COMCEL se **reconoció como EL DISTRIBUIDOR (...)**” (Página 73 de la SENTENCIA).*

*“(...) Todo ello lo que pone en evidencia es que la manera como **asumió, entendió y ejecuto DIGIMOVIL SAS, el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos del acto negocial y otrosíes, además se itera, que durante su ejecución en tales condiciones, no solo no reclamó por que se le denominara así, si no que la misma entidad así se calificaba y llamaba a quienes contrataba o vinculaba a su red, SUB DISTRIBUIDORES, amén de que en esa calidad y condiciones contractuales (...)**” (Página 74 de la SENTENCIA).*

*“(...) Se resalta además de los testimonios rendidos por **Ángela Yaneth Acevedo López, Juan Diego Isaza Toro (audiencia de julio 8 de 2021), Jorge Hernán López Carvajal, Ricardo Gómez Ochoa, Juan Ignacio Valdivieso, Alejandro Augusto Vega Cardona (audiencia de octubre 21 de 2021), Jimena Villegas Mesa, Andrés Francisco Martínez, Oscar Arturo Rodríguez Rodríguez, Mauricio Acevedo arias, Evelio Hernán Arévalo Duque (audiencia marzo 29 de 2022) Alejandro Camilo Beltrán González, Juan Carlos Villegas Cuervo, María del Pilar Suarez García, Olga Patricia Martínez Céspedes, Edwin Rene Vargas Salgado (audiencia de octubre 4 de 2022), como empleados de las partes, quienes dijeron, respecto de lo que les constaba sobre el vínculo contractual sostenido entre DIGIMOVIL SAS y COMUNICACION CELULAR SA COMCEL SA, que (...) pero siempre reconociendo cada uno de ellos a Digimovil como DISTRIBUIDOR, mas no como AGENTE COMERCIAL (...)**” (Página 74 (Página 74 de la SENTENCIA).*

*“(...) Todo lo anterior, lo que nos permite tener por demostrado es que, **la denominación de distribuidor que se le dio a DIGIMOVIL SAS en el contrato objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlo, sino que además así lo reconocieron todos en su círculo de ejecución contractual; (...)**” (Página 75 de la SENTENCIA)*

*“(...) En cuanto a las inconformidades con el clausulado contractual, mírese que estas no se abren paso con esta demanda, pues no logró demostrar la demandante que antes de 2018 **hubiere elevado***

*petición o reclamo ante la sociedad demandada, a efectos de modificar el tipo contractual suscrito o alguna de las cláusulas dispuestas en el contrato báculo de acción, información que además fue corroborada por este despacho en los distintos interrogatorios y testimonios practicados, **pues ninguno de los citados logro justificar y acreditar aunque fuese sumariamente, que las inconformidades planteadas en esta demanda se hubieren planteado a Comcel antes de 2018.** Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que **DIGIMOVIL SAS no dio muestras de que hubiere ejecutado un contrato distinto al que suscribió,** pues solo a partir de marzo 7 de 2018, después que decidió culminar su relación contractual con COMCEL, fue que lo empezó a calificar de agencia (...)" (Página 64 de la SENTENCIA).*

*"(...) Aun cuando el testigo Juan Carlos Villescás Cuervo dijo que Digimovil era un agente de Claro, indistintamente **habló de distribuidor** (...)" (Página 72 de la SENTENCIA).*

*"(...) María del Pilar Suárez García dijo que Digimovil era un distribuidor de Comcel hasta que se terminó ese contrato; (...)" (Página 72 de la SENTENCIA).*

*"(...) Patricia Martínez Céspedes, dijo que Digimovil era un distribuidor ubicado en el eje cafetero, que ella manejaba en detalle el tema de los distribuidores y que antes de 2018, los contratos eran de distribución (...)" (Página 72 de la SENTENCIA).*

*"(...) tampoco probó la demandante los poderes o facultades que debió conferirle Comcel ni el tiempo de su duración, **ni que hubiera inscrito el contrato en el registro mercantil, como imperativamente lo exige el artículo 1320 del código mercante patrio** (...)" (Página 78 de la SENTENCIA).*

*"(...) Por consiguiente el DISTRIBUIDOR se obligó con COMCEL a comercializar el servicio objeto del presente contrato por su propia cuenta, lo que permite concluir que entre los extremos en litigio, no existió un contrato de agencia comercial, **debido a que la sola adquisición de productos para su posterior reventa hacía que el demandante actuara como su propietario y, a su vez procuraba actuar en nombre propio y no por cuenta de un tercero o empresario, debido a que mediante la suscripción de los acuerdos ya referidos se obligó a adquirir los productos de la demandada,** para cancelarlos en un plazo determinado, contando con la capacitación (en el cuerpo contractual y aceptado por quien en su momento creó la empresa), publicidad y coordinación del producto que le fue otorgada para el cumplimiento de su labor; situaciones que resultan contrarias a los requisitos señalados en el artículo 1317 del código de Comercio (...) y en este caso queda descartado que ello hubiere acaecido porque las pruebas no llevan a tal conclusión, por el contrario, **se acreditó que la aquí actora, adquiriría la propiedad de los equipos vendidos** y si bien, a la terminación de la relación comercial entre los aquí contendientes, los usuarios pudieron continuar su relación contractual con Comcel SA, ello no está fehacientemente demostrado, sobre todo si en cuenta se tiene que los usuarios tienen la libertad de cambiar de operador, además, existen cláusulas claras de responsabilidad directa por los productos y usuarios en cabeza de la sociedad demandante (...)" (Páginas 77 y 78 de la SENTENCIA).*

*"(...) por otras personas que manejaban el cambio de las telecomunicaciones, pero siempre desde la perspectiva de DISTRIBUIDOR y para lucro y beneficio propio, **en donde además, en cada una de las promociones no solo estaba el logo de COMCEL sino también la marca de DIGIMOVIL en las***

*proporciones contractuales pactadas, lo que pone al descubierto que ese elemento acá no se configuró (...)*” (Página 75 de la SENTENCIA).

*“Además, mírese que las partes pactaron que: (Cláusula 3)”* (Página 75 de la SENTENCIA).

*“(…) Acorde con lo que viene de analizarse, fuerza concluir que tiene razón la empresa demandada cuando alega que al presentar esta acción, DIGIMOVIL SAS está actuado en contra de sus propios actos, dado que aun cuando ejecutó el contrato de marras como se estipuló, sin plantearle reparos concretos durante todo el tiempo que se mantuvo ejecutándolo y percibiendo los beneficios que de ellos derivó y le reconoció su contratante, son circunstancias que motivan a declarar también exitosa la excepción que Comcel llamó DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET), en cuanto que acceder a las pretensiones de DIGIMOVIL SAS, traduciría en desconocer el principio de la buena fe que según lo prevé el artículo 871 del código de Comercio, debe irrigar a todo contrato, es por ello que se negarán todas las pretensiones de la demanda (...)*” (Página 79 de la SENTENCIA).

Como consecuencia de los mencionados yerros de la SENTENCIA al definir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO, el fallo en su parte resolutive decidió lo siguiente:

#### PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

##### RESUELVE

**PRIMERO:** Declarar prósperas las excepciones “LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL; COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL -DE BUENA FE- UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL; INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES; FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL; EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS y DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, propuestas por Comcel contra las pretensiones enarboladas por DIGIMOVIL SAS.

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

A continuación, son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los yerros que han sido expuestos al definir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO.

1.1. SE PROBÓ QUE EL CONTRATO INCORPORA TODOS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y QUE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES FUE SUSCRIBIR UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

1.1.1. Pruebas que no fueron tenidas en cuenta en la SENTENCIA para definir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO y de las cuales se concluye que el CONTRATO incorpora todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.

1.1.1.1. COMCEL fue la parte que extendió y predisuso el CONTRATO.

a) Pruebas Documentales:

✓ Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

Operaciones de mayor importancia concluidas durante 2002 entre COMCEL S.A. y OCCEL S.A.:

La Compañía firmó con Occidente y Caribe Celular S.A. (OCCEL S.A.), un acuerdo de administración el 2 de octubre de 1998 retroactivo al 1 de julio de 1998, por medio del cual los negocios de Ocel son manejados por la Compañía. Los honorarios mensuales

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 11.

más avanzados. Adicionalmente, nuestro posicionamiento como empresa con cobertura nacional se concretó con la adquisición del 93.37% de las acciones de CELCARIBE realizada el 12 de febrero de 2003.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 6.

La sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. ejerce a su vez control sobre las sociedades Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. mediante su participación en los órganos decisorios y a través del contrato de administración que ha suscrito con dichas sociedades. (Ver nota 4 ).

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2003, página 65.

b) Confesión de COMCEL:

En los hechos 30 y 31 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

30. El 2 de octubre de 1998, COMCEL y OCCEL S.A. suscribieron un acuerdo de administración, retroactivo al 1º de julio de 1998. En virtud de este acuerdo, COMCEL, desde julio 1º de 1998 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, manejó los negocio de OCCEL S.A.

Demanda Reformada. Pág. 32

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

Demanda Reformada. Pág. 32

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que estos hechos son ciertos; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Págs. 17

HECHOS PROBADOS: COMCEL, en los años 1998 y 2002, tenía el control accionario de OCCEL y CELCARIBE, respectivamente. COMCEL, a partir de este control accionario, desde el 1º de julio de 1998 asumió la administración de OCCEL y, desde el año 2003, hizo lo mismo con CELCARIBE.

c) Pruebas documentales:

- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós y dos (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 1994 y 2007. Al comparar estos veintidós y dos (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos

ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.

- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

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

- ✓ Prueba - Exhibición de modelos contractuales por parte COMCEL: Al momento de la exhibición de documentos ordenada en el decreto de pruebas, COMCEL de forma digital en la carpeta denominada “Contratos” exhibió más de 40 contratos suscritos con su red de agentes distribuidores los cuales coinciden y se identifican en sus textos con los modelos contractuales aportados con la demanda reformada referidos en los párrafos anteriores.

VER Prueba Exhibición COMCEL - Modelos contractuales

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL, para unificar y replicar su modelo de negocio en las tres áreas (oriental, occidental y costa), organizó para OCCEL y CELCARIBE sendas redes de agentes/distribuidores, para lo cual utilizó el mismo modelo contractual que COMCEL extendió para su propia red de agentes/distribuidores: de esta forma, las redes de agentes/distribuidores de los tres concesionarios empezaron a operar de manera uniforme, estandarizada y coordinada, todas ellas bajo el control administrativo y operativo de COMCEL, y todas ellas bajo el mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5)**, cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.

- Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá, se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

VER Prueba No. 4 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Occel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., antes de ser absorbidas por COMCEL, empezaron a utilizar, para sus propias red de agentes/distribuidores, el “modelo” contractual que COMCEL diseñó para sí misma. (iii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicio de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (v) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL.

1.1.1.2. LA DEMANDANTE se adhirió al modelo contractual confeccionado por COMCEL.

a) Prueba Documental:

Cláusulas del CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) Al comparar el CONTRATO que LA DEMANDANTE suscribió, con los contratos que COMCEL, Occel y Celcaribe suscribieron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se corrobora que todos estos contratos corresponden al mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. LA DEMANDANTE, entonces, se adhirió al reglamento contractual que COMCEL confeccionó y extendió. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5)**, cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.

b) Testimonios:

Testimonio de Evelio Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Tú sabes, doctor Evelio, si ese contrato firmado entre Digimóvil y Comcel contrato de voz. ¿Se identifica con el modelo o proforma, habitualmente manejado por el Comcel	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: <u>Sí</u> , son los contratos de distribución que suelen manejarse frente a los terceros.

para suscribir con los miembros de lo que denominó Comcel, miembros de su red de distribuidores?	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Doctor, ¿sabes si esos ese modelo de contrato de distribución, uno de los cuales firmó Digimóvil es elaborado por parte de Comcel?	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: <u>Sí</u> .

Testimonio de Juan Isaza – Coordinador Comercial de Comcel	
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Conoces ese contrato ese modelo contractual?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí</u> claro, lo conozco, pero no lo he leído todo, la verdad es un contrato bastante extenso.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Sabes, ¿si cuando a los distribuidores se les ponía de presente ese contrato, finalmente ese era el contrato que debían firmar si querían hacer parte de la red y si querían contratar con Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí correcto</u> , ese era el contrato, había algunas inquietudes por parte de los distribuidores y los colocábamos en contacto con el área jurídica de Comcel se aclaraban dudas y ese era el que firmaba cuando decidía firmaba, generalmente con los distribuidores que yo apertura, todos firmaron el contrato sin ningún inconveniente.
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Ese contrato es una proforma que elabora Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí señor.

1.1.1.3. LA DEMANDANTE y COMCEL son comerciantes.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 37 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

37. COMCEL, en consecuencia, es comerciante.

Demanda Reformada. Pág. 34

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 18.

HECHOS PROBADOS: COMCEL es comerciante.

b) **Pruebas Documentales:**

- ✓ **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Prueba 01 aportada con la demanda.
- ✓ **Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.** Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambas, se hallan inscritas en el registro mercantil y cada una tenía abiertos sus propios establecimientos de comercio; de estas circunstancias se presume que son comerciantes.

Art. 13 CCO: Para todos los efectos legales se presume que una persona ejerce el comercio en los siguientes casos: 1) Cuando se halle inscrita en el registro mercantil; 2) Cuando tenga establecimiento de comercio abierto.

**En el proceso no se halla prueba o alegación alguna que desvirtúe esta presunción.**

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.

1.1.1.4. **Independencia de LA DEMANDANTE.**

a) **Confesión de COMCEL:**

**En el hecho 39 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:**

39. LA DEMANDANTE no es filial ni subsidiaria de COMCEL, ni hace parte de Grupo Empresarial alguno.

Demanda reformada, Pág. 35.

**COMCEL, al contestar la demanda reformada confesó que es cierto:** ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 19.

39) Es cierto que DIGIMOVIL no es filial ni subsidiaria de COMCEL.

No me consta que DIGIMOVIL haga parte de grupo empresarial alguno, lo que le corresponderá probar conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP

HECHO PROBADO: Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró vínculo de subordinación alguna. En consecuencia, se demostró la independencia de LA DEMANDANTE.

b) Pruebas Documentales:

- ✓ **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Prueba 01 aportada con la demanda.
- ✓ **Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.** Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró una relación de subordinación matriz-subordinada; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en los certificados de existencia y representación de ambas sociedades. (ii) LA DEMANDANTE no hace parte de grupo empresarial alguno; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en el certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.

Art. 30 de la Ley 222: OBLIGATORIEDAD DE INSCRIPCION EN EL REGISTRO MERCANTIL. Cuando de conformidad con lo previsto en los artículos 260 y 261 del Código de Comercio, se configure una situación de control, la sociedad controlante lo hará constar en documento privado que deberá contener el nombre, domicilio, nacionalidad y actividad de los vinculados, así como el presupuesto que da lugar a la situación de control. Dicho documento deberá presentarse para su inscripción en el registro mercantil correspondiente a la circunscripción de cada uno de los vinculados, dentro de los treinta días siguientes a la configuración de la situación de control.

1.1.1.5. Estabilidad del CONTRATO.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 44 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

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

Demanda reformada, Pág. 36.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 20.

44) Es cierto (...)

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 20

- b) DICTAMEN: En los Anexos del DICTAMEN se hallan las facturas y soportes contables que dan cuenta de la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE, remuneración que, según el CONTRATO, únicamente se causaba con la efectiva activación de planes pospago o prepago y con la efectiva realización de transacciones de recaudo por parte de LA DEMANDANTE. Del pago de esta remuneración se deduce, asimismo, la estabilidad del encargo que LA DEMANDANTE asumió de promover y explotar el negocio de COMCEL.
- c) Cartas de Comisiones y Circulares aportadas por LA DEMANDANTE y exhibidas por COMCEL: Con estos documentos se demuestra la estabilidad y ejecución permanente del CONTRATO. ver Prueba No 11 "Cartas de Comisiones" Aportada con la Demanda.

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

1.1.1.6. Encargo de Promover y Explotar el negocio de COMCEL.

- a. El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la comercialización de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho Servicio.
- a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 25.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 15.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 31.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 17.

26) Por tratarse de una negación indefinida que hace DIGIMOVIL no me encuentro obligado a contestar este hecho.

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO, es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

b) **Pruebas Documentales:**

- **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Según consta en el Certificado de Existencia y Representación de COMCEL, las actividades principales que tiene inscritas en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá son: Prueba 01 aportada con la demanda.

<b>CERTIFICA:</b>
ACTIVIDAD PRINCIPAL: 6120 (ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES INALAMBRICAS)
ACTIVIDAD SECUNDARIA: 4741 (COMERCIO AL POR MENOR DE COMPUTADORES, EQUIPOS PERIFERICOS, PROGRAMAS DE INFORMATICA Y EQUIPOS DE TELECOMUNICACIONES EN ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS)

(Prueba 1 aportada con la demanda: Certificado de Existencia y Representación de COMCEL).

- Informes anuales de COMCEL:** Prueba 02 aportada con la demanda. A título de ejemplo, se transcriben los Estados de Resultados incorporados en los Informes Anuales de COMCEL del 2014-2013, 2012-2011, informes que fueron aportados como pruebas en el presente proceso; información similar se halla en los informes anuales de COMCEL de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, etcétera, los cuales también reposan en el expediente:

<b>COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.</b>		
<b>ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)</b>		
<b>POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013</b>		
<b>(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)</b>		
	<b>2014</b>	<b>2013</b>
<b>INGRESOS:</b>		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6.810.190.130	\$ 7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos	1.857.756.894	1.355.524.972
<b>Total ingresos</b>	<b>8.667.947.024</b>	<b>8.378.464.593</b>

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

<b>COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.</b>		
<b>ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)</b>		
<b>POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011</b>		
<b>(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)</b>		
	<b>2012</b>	<b>2011</b>
<b>INGRESOS:</b>		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6,799,381,869	\$ 6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655	842,059,681
<b>Total ingresos</b>	<b>7,747,563,524</b>	<b>7,055,871,602</b>

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

A partir del 1 de julio del 2014 entró en vigor la Resolución 4444 de eliminación de las cláusulas de permanencia en los contratos de telefonía móvil, que busca desligar el costo de los equipos del valor de las llamadas y los Paquetes de Datos. Con esta medida el costo de los teléfonos celulares se dieron a valor real, debido a la eliminación de los subsidios de los equipos que otorgaban los operadores móviles. Adicionalmente, esta medida conllevó a que los operadores móviles realizaran nuevas estrategias comerciales para seguir siendo competitivos en el mercado.

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

HECHO PROBADO: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que el negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

- Contrato público de concesión No. 000004 que la Nación/Ministerio de Comunicaciones le adjudicó el 28 de marzo de 1994 a COMCEL, exhibido por COMCEL en el presente proceso. En este contrato se pactó:

CONTRATO No.	:	000004
OBJETO	:	Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular.
RED	:	A
AREA	:	Oriental
CONCESIONARIO	:	COMUNICACION CELULAR S.A. -COMCEL S.A.-
VALOR	:	Doscientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta y un millones (\$259.161.000.000.00) de pesos M/cte.

(...)

cláusulas y condiciones: **CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO.** El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico, asignado al CONCESIONARIO, constituye su elemento principal (art. 14 del Decreto 1900 de 1990 y el art.

(...)

acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones. **CLAUSULA DECIMA NOVENA. - OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:** Además de las obligaciones señaladas en las cláusulas de este contrato y en la ley, el CONCESIONARIO se obliga a: 1. Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, de conformidad con lo estipulado en el Pliego de Condiciones,

Contrato de Concesión 004 de 1994 suscrito por COMCEL. Contrato exhibido por COMCEL.

HECHO PROBADO: El negocio de COMCEL consiste en la prestación, por su cuenta y riesgo, del servicio de telefonía móvil celular.

- Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá, mediante la cual COMCEL se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá:

VER Prueba No. 4 aportada con la demanda.

#### Confesión de COMCEL:

En los hechos 15 y 16 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

15. Mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de 2004, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas). El 27 de diciembre de 2004, se inscribió esta Escritura Pública en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Demanda Reformada. Pág. 26

16. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas. Desde entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

Demanda Reformada. Pág. 26

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que estos hechos son ciertos; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 15.

- 2014 3 27, Mintic, Resolución 598 de 2014:

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

**EL MINISTRO DE TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y LAS COMUNICACIONES**

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

**CONSIDERANDO**

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

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

HECHOS PROBADOS: COMCEL asumió las posiciones contractuales que OCCEL y CELCARIBE tenían en los respectivos contratos de concesión celebrados con la Nación/Ministerio de Comunicaciones y, desde entonces, COMCEL presta directamente los Servicios de Telefonía Móvil Celular en las tres áreas en las que la Ley 37 de 1993 dividió el territorio nacional: Oriental, Occidental y Costa.

b. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la promoción de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas Documentales:

▪ **Cláusulas del CONTRATO:**

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...**

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

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

7.10.3. EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar en todas las promociones que COMCEL ofrezca al público, a observar estrictamente todos los términos y condiciones que se le comuniquen para cada una de estas promociones (...)

7.11 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a seguir los planes de ventas de productos y servicios, elaborados o fijados por COMCEL (...)

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

17. Efectos de la Terminación. Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el DISTRIBUIDOR, deberá: 17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.

## 2. Anexos

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.

Anexo B Estándares de Instalación.

**Anexo C Plan Coop Publicidad.**

Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV) y de Centros de Venta y de Servicios (CVS) y localización autorizada.

Anexo E. Garantías

Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.

Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

### ANEXO C. PLAN CO-OP. MODELO EMPLEADO POR COMCEL.

2. PRINCIPIO Y AUTORIZACION: EL DISTRIBUIDOR y COMCEL manifiestan que las obligaciones de publicidad y mercadeo de EL DISTRIBUIDOR corresponden en principio a EL DISTRIBUIDOR (...)

4. DESTINO DEL FONDO DEL PLAN CO-OP. Los dineros que conforman el Plan CO-OP se destinarán exclusivamente al pago del 50% de los costos en que incurra EL DISTRIBUIDOR en las siguientes actividades...: 4.1 Volantes; 4.2 Publicidad interior; 4.3 Publicidad exterior; 4.4 Medios impresos; 4.5 Merchandising; 4.6 Radio; 4.7 Televisión; 4.8 Ferias y eventos; 4.9 Vehículos con publicidad de COMCEL; 4.10 Páginas amarillas; 4.11 Investigación de Mercados; 4.12 Mercadeo Directo (Telemercadeo y Correos Directos).

8. PROCEDIMIENTO DEL PLAN CO-OP. (...) EL DISTRIBUIDOR, cumplirá salvo modificación que le comunique COMCEL, el siguiente procedimiento: 8.1 Enviar al departamento de mercadeo la forma de preaprobación que utilice COMCEL debidamente diligenciada acompañada de un boceto de la campaña. 8.2 El departamento de mercadeo devolverá con su firma de aprobación si es del caso, el boceto a EL DISTRIBUIDOR. 8.3 EL DISTRIBUIDOR ejecutará y ordenará la actividad previamente aprobada por COMCEL (...). 8.6. EL DISTRIBUIDOR en el momento de solicitar los dineros del fondo Plan Coop enviará al departamento de mercadeo de COMCEL factura original del gasto, boceto aprobado por mercadeo y prueba física de la actividad (...). 8.8 Tesorería de COMCEL pagará a EL DISTRIBUIDOR, dentro de los 30 días hábiles siguientes a la presentación de la solicitud que trata el numeral 8.6 anterior, siempre que EL DISTRIBUIDOR haya cumplido estrictamente con el trámite previsto por COMCEL y haya presentado todos los documentos señalados en este Anexo C o que en el futuro determine COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE: COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que obran en el expediente, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de promoción del negocio de COMCEL. Entre estas circulares se hallan las siguientes:

<b>Para</b>	Distribuidores Claro Móvil
<b>De</b>	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA</b>

---

**ASPECTOS A TENER EN CUENTA SOBRE LA IMAGEN CORPORATIVA Y EL USO DE POP EN LOS PDV:**

1. De acuerdo a lo estipulado en el contrato de distribución en los numerales 7.16 7.17 y 7.18 en los cuales indica que el distribuidor se compromete a ajustarse al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios, *el distribuidor se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que se entregue CLARO o que se apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, de igual forma en ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización, el distribuidor podrá colocar aviso al lado o encima del de CLARO.*

**Por tanto cualquier material fuera de lo autorizado deberá ser retirado de los puntos de venta.**

Recuerden que para la implementación de campañas cuentan con el apoyo del Plan Coop a través del ítem 49-Comunicaciones Trade y del área de G2M para el diseño de piezas acorde a sus necesidades.

2. De igual forma es importante el aseo y mantenimiento de los puntos, así como de los avisos, mobiliario y stands de acuerdo al numeral 7.19 deben cumplir con todos los requerimientos que establezca CLARO para las instalaciones de exhibición y demostración y con los requisitos para la apariencia y acceso al establecimiento, local, oficina, punto de venta, etc.

**Para** Distribuidores Comcel  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **CAMPAÑA VIVA LA FAMILIA - DISTRIBUIDORES**

A partir del 20 de Abril y hasta el 20 de Junio se llevara a cabo la campaña "viva la familia Comcel" por tal motivo queremos comunicarles que desde el próximo 20 de Abril la Red de distribuidores recibirá el material POP a nivel nacional, enviado por parte de la gerencia de Trade Marketing, coordinación de Visibility y Punto de Venta.

En el **Anexo 1** se encuentra el instructivo con las piezas y ubicaciones en puntos de venta, los sitios correctos de ubicación para que estén informados y nos brinden apoyo que siempre hemos tenido de su parte con el seguimiento. De igual manera la BTL CVML será la encargada de instalar el material pop dentro los siguiente lugares, Directos, CPS, mini CPS; a los sub y a CPS junior llegará el material pop por vía correo.

VER Prueba Circular 2012-GSDI01-5075129 de abril 20 de 2012 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la promoción de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió para los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida.

▪ **Cláusulas del CONTRATO:**

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

17. Efectos de la Terminación. Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el DISTRIBUIDOR, deberá: **17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.**

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente el mercadeo y la promoción del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

▪ **Informe de sostenibilidad de 2016 de COMCEL:**

• **Actividades comerciales**

Detalle	2015	2016
Número de eventos nacionales en los que la marca Claro tuvo presencia	10	99
Número de eventos realizados por la red de distribución a nivel nacional	25.962	22.477

VER Prueba No. 2: Información de COMCEL. Informe de Sostenibilidad 2016, Pág. 67.

**HECHOS PROBADOS:** Los miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, entre ellos LA DEMANDANTE, realizaron 25.962 eventos promocionales de activación de la marca "Comcel/Claro" en el año 2015 y 22.477 en el año 2016.

b) **Pruebas testimoniales:**

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Patricia, tu podrías ilustrar un poco a este despacho, ya nos has referido pues que conoces en términos generales lo que se hacía en Bogotá, pero nos referiste que era similar o igual las demás regiones del país incluido el eje cafetero ¿tú podrías ilustrarle a este despacho cuales son las actividades que deben realizar esos miembros de la red? ¿Cuáles son esas actividades en términos generales y luego las iremos mirando de manera específica?.	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Los distribuidores deben hacer la comercialización de los productos de Comcel S.A., <u>actividades comerciales, consecución de clientes</u> , generar tráfico en sus puntos de venta a través de esas actividades comerciales, venta y comercialización de los productos que nosotros les enviamos o les informamos a través de nuestros comunicados, circulares.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Perfecto Patricia, cuando te refieres a actividades comerciales ¿te estás refiriendo a actividades mercado técnicas, acciones comerciales, acciones promocionales?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Acciones comerciales si señor.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Muy bien, tú puedes ilustrarle a este despacho que tipo de actividades comerciales, acciones comerciales ¿como eran las que o son las que realizan los miembros de la red?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Por lo general los distribuidores envían un cronograma, un programa de sus actividades en los puntos de venta, por ejemplo, <u>perifoneo, un punto de venta gemelo el frente de su local, ¿qué más? Modelos</u> , lo que se podía hacer en el pasado y que estaba autorizado por, no sé, por la alcaldía, <u>camionetas promocionando tiendas</u>

	<u>móviles, promocionando los productos, vendiendo productos.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, ¿y esas actividades promocionales que buscaban? ¿Que se buscaba con todas esas actividades promocionales que realizaban, que realizaban los miembros de la red? Y que tú has llamado distribuidores, ¿cuál era el objetivo?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Vender, el objetivo era vender y generar tráfico en los puntos de venta.
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Y que se vendía, que se buscaba vender?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Los productos, productos, planes en pospago, planes prepago, kits prepago, sim card.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Es decir, eso que tú has referido planes pospago, prepago ¿es el portafolio de servicios de telefonía móvil celular de Comcel?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Entonces para redondear tu pregunta, te formulo la siguiente, ¿lo que se buscaba con esas actividades promocionales específicamente era <u>conseguir ventas de ese portafolio de servicios de Comcel?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor</u> , conseguir ventas.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Tu nos hablaste de consecución de clientes, en tu respuesta cuando te referiste a las actividades que realizaban estos miembros de la red, yo te pregunto esos clientes que se buscaban conseguir una vez se conseguían ¿ <u>eran clientes de quién?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>De Comcel S.A.</u>

Testimonio de Juan Carlos Villegas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ok si, Juan Carlos, tú nos dices que no tienen conocimiento de sí Digimovil efectivamente realizó esas actividades comerciales, mercadotécnicas y promocionales, yo te preguntó en tu conocimiento durante todos estos años, <u>¿lo normal y lo habitual es que los miembros de esa red de colaboradores de Comcel realicen ese tipo de actividades mercadotécnicas, comerciales y promocionales? ¿Es lo normal y lo habitual?</u>	[TESTIGO JUAN CARLOS VILLEGAS]: <u>Si, claro</u> porque efectivamente hay un proceso que se hace para la implementación de esas actividades, básicamente pues para evidenciar que el distribuidor las esté haciendo, no solamente con los lineamientos, sino con las características que ellos están haciendo, ¿qué significa eso? Que si el distribuidor hace una solicitud y va decir que lo que mi punto de venta voy a poner en una cuadra unas modelos repartiendo volantes, lo que ellos hacen es montar esa solicitud con esas características, donde dice necesito un perifoneo, dos modelos iban a estar ubicadas de esta fecha a esta fecha, en la cuadra o en la zona X, eso se monta una plataforma y el comercial que lidera pues la zona y lidera la parte comercial del agente se encarga de

	<p>hacer esas aprobaciones, cuando se hacen esas aprobaciones existe una legalización, esa legalización es evidenciar que efectivamente el distribuidor hizo la actividad y eso se legaliza con una factura y con un registro fotográfico, cuando ya se legaliza el comercial le da su aprobación y por ende nosotros estamos haciendo el ajuste de ese 50% del plan COOP como el 100% dependiendo de la actividad pertinente. Ese es el proceso que normalmente se hace para la solicitud del plan COOP al momento de hacer las actividades y es algo común que hacen los distribuidores con el área comercial de la región y está disponible en cualquier momento para que lo pueda hacer.</p>
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, gracias Juan Carlos, muy claro, Juan Carlos esas actividades comerciales, mercadotécnicas y promocionales a las que ha hecho referencia que habitualmente realizan los miembros de la red, <u>tiene por objeto tú nos decías y quiero que nos expliques un poco, nos decías que tienen por objeto atraer nuevos clientes, yo te pregunto, ¿esos clientes nuevos que se consiguen van a ser clientes de quién?</u></p>	<p>[TESTIGO JUAN CARLOS VILLESAS]: <u>De Comcel.</u></p>

<p>Testimonio de Juan Isaza – Coordinador Comercial de Comcel</p>	
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: Bueno, digamos con el tema de las actividades que debía realizar Digimovil en ejercicio de sus funciones, yo le pregunto, <u>¿ellos realizaban también dentro de esas labores actividades comerciales, lo que ustedes llaman actividades comerciales o promocionales?</u></p>	<p>[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí señor, se hacían actividades comerciales en la calle, por teléfono, pero sí las hace el distribuidor.</u></p>
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Qué tipo de actividades comerciales debía realizar Digimovil, por ejemplo?</p>	<p>[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Pues podría poner una carpa en la calle, podría ser una toma de un barrio, podría en los parques, podría ser abordaje, podría entregar volantes, podría colocar música en sus puntos de ventas con animadores, motivando a los clientes a visitar su punto de venta, podría ser colocar cuñas radiales en emisoras, publicidad en los periódicos, todo ese tipo de acciones comerciales.</u></p>

<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: Ok, desde el punto de vista comercial que era el que usted manejaba, ¿cada cuánto debería realizar este tipo de actividades Digimovil?</p>	<p>[TESTIGO JUAN ISAZA]: No, no hay unos días ni un tiempo ni unos horarios establecidos para esto, el distribuidor lo hace dependiendo del mes, dependiendo de la fecha, dependiendo del día, dependiendo de cómo va en sus ventas, entonces es posible que él haga acciones comerciales para mejorar sus ventas porque van caídas, fechas especiales, día de la madre, fechas de quincena, navidad, fecha del día del padre, etc. Pero no hay una fecha ni un tiempo establecido para que él lo deba realizar este tipo de acciones comerciales.</p>
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: <u>¿Esas actividades promocionales tenían por objeto atraer clientes para venderles los equipos en los diferentes planes, pospago y prepago?</u></p>	<p>[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí correcto, así es.</u></p>

c) DICTAMEN:

En el DICTAMEN, a partir de la información contable de LA DEMANDANTE se estableció los montos dinerarios que esta última invirtió durante el CONTRATO en campañas promocionales y publicitarias para el negocio de COMCEL:

<p><b>B.2.b)</b></p>
<p><b>¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última?</b></p>
<p><b>RESPUESTA</b></p>
<p>Siguiendo la metodología propuesta, sí COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE la suma de \$1.374.771.191 por concepto de comisión Plan Coop, <b>es porque LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de \$2.749.542.382 (\$1.374.771.191. x 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por COMCEL</b></p>

Ver DICTAMEN Página 32.

HECHO PROBADADO: LA DEMANDANTE ejecutó actividades promocionales del negocio de COMCEL, para lo cual debía tener el aval del área de marketing de COMCEL.

- c. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la explotación de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas Documentales:

▪ **Cláusulas del CONTRATO:**

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

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

7.11 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a seguir los planes de ventas de productos y servicios, elaborados o fijados por COMCEL...

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada... EL DISTRIBUIDOR, entregará en las instalaciones de COMCEL la totalidad de los documentos originales exigidos por la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes, el MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE DISTRIBUIDORES y las instrucciones que se le impartan... dentro de las 96 horas siguientes a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

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

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

17. Efectos de la Terminación: Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación y el DISTRIBUIDOR, deberá: 17.1. Suspender inmediatamente el mercadeo, la promoción y la venta del Servicio.

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE: El negocio de COMCEL es la comercialización del "servicio" y los "producto del abonado". (iii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "contratos de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribía con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iv) Para que el cliente/suscriptor pudiera acceder a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE tenía también que comercializar el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL. (v) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", se obligó a aplicar las tarifas, los valores de teléfono, etcétera, que COMCEL le señalaba. (vi) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" le pertenecieron a COMCEL.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente la explotación del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

- **Circulares:** COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que exhibió en el presente proceso, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de explotación del negocio de COMCEL. Entre estas circulares se hallan las siguientes:

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA – NUEVO OTROSÍ  
CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidas a nivel nacional:

Informamos que a partir de la fecha para todos los contratos de usuario que se suscriban en planes de Voz y/o Datos, para Persona Natural o Jurídica en todos los canales de venta es obligatorio diligenciar de manera correcta todos los campos en blanco de los Otrosí 1 y 2 adjuntos en la presente circular y hacer firmar según el tipo de venta.

Se recuerda que tratándose de Persona Jurídica debe relacionarse la razón social completa de la empresa, quien es el usuario que adquiere el servicio; así mismo, en estos casos el respectivo otrosí debe ser firmado por el Representante Legal de la empresa quien debe tener la capacidad para firmar dicho otrosí.

Así entonces:

**1. A PARTIR DE LA FECHA SE DEBERÁ SUSCRIBIR EL CONTRATO DATOS Y VOZ, CON Y SIN CLÁUSULA DE PERMANENCIA PERSONA NATURAL Y/O JURÍDICA, VERSION VS4 Y EL OTROSÍ QUE SE ADJUNTA** en la

presente circular, según corresponda al contrato de voz y datos respectivamente.

- ✓ Estos otrosí se deben **Imprimir, diligenciar y adjuntar** a los documentos de venta para su correspondiente legalización y son un requisito para ello.
- ✓ Se requiere para todo trámite de líneas Pospago (incluido cesión de contrato, migraciones de prepago a pospago)
- ✓ Se requiere para todo trámite de reposiciones.
- ✓ Aplica para ventas con y/o sin Clausula de permanencia, persona natural o jurídica.
- ✓ Estos otrosí deberán ser utilizados hasta que se les informe lo contrario.
- ✓ El otrosí actualizado en esta circular se podrá identificar con el pie de página:

**V1 Febrero 2014**

**2. APARTIR DE LA FECHA SÓLO PODRÁ UTILIZARSE LA PAPELERÍA VERSIÓN VS4.**

Para identificar la versión del contrato, se debe ubicar la versión 4 (**VS4**) la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:

**Claro**

**SOLICITUD DE SERVICIO DE DATOS COMCEL**  
PERSONA NATURAL SIN CLAUSULA DE PERMANENCIA

COMCEL S.A.  
NIT. 800.153.993-7  
MT15831 - JULIO 2013 VS4 JULIO 2013

**No. C** TELS.: 618 1818  
NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR 01 8000 341818

FECHA SOLICITUD  
DIA MES AÑO

CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

**3. A PARTIR DE LA FECHA NO PODRÁ UTILIZARSE LA PAPELERÍA VERSIÓN VS3.**

Para identificar la versión del contrato, se debe ubicar la versión 3 (VS3) la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:

**Claro**

**SOLICITUD DE SERVICIO DE DATOS COMCEL**  
PERSONA JURIDICA CON CLAUSULA DE PERMANENCIA

COMCEL S.A.  
NIT. 800.153.993-7  
MT15798 - ABRIL 2013 VS3 ABRIL 2013

**No. C** TELS.: 618 1818  
NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR 01 8000 341818

FECHA SOLICITUD  
DIA MES AÑO

CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

**INFORMACION DE LA EMPRESA** **INFORMACION**

VER Prueba Circular 2014-GSDI01D-S067737-1 de marzo 7 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

**Para** Distribuidores Comcel  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **CONDICIONES DE VENTA PARA PERSONA NATURAL – ABRIL 2012**

Informamos las siguientes condiciones de venta para persona natural que aplicarán durante el mes de Abril de 2012:

1. Los clientes nuevos y antiguos tipo A, B y C de oriente, occidente y costa, podrán activar líneas en pospago (voz, oficina móvil o internet móvil) **SIN SOPORTE DE INGRESOS** sólo en las condiciones que se describen a continuación:

**CLIENTE NUEVO:**

Oriente / Occidente

- Tipo A: Aplica hasta 2 líneas en cualquier gama – Abiertos o Mixtos
- Tipo B: Aplica para 1 línea en cualquier gama – Abierto o Mixto
- Tipo C: Aplica para 1 línea gama baja – Mixto

Costa

- Tipo A: Aplica para 1 línea en cualquier gama – Abierto o Mixto
- Tipo B: Aplica para 1 línea en gama media o baja – Abierto o Mixto
- Tipo C: Aplica para 1 línea gama baja – Mixto

**CLIENTE ANTIGUO**

Oriente / Occidente / Costa

- Clientes con una línea activa en voz o en datos que presenten 3 facturas canceladas y se encuentre al día en pagos con Comcel, independiente de su comportamiento de pago y sin importar su calificación (diferente a tipo 7 y tipo I) podrán activar una (1) línea adicional en cualquiera de los planes de transmisión de datos de **internet móvil**, sin necesidad de adjuntar soportes de ingresos.
- Clientes que requieran líneas adicionales, se mantienen el máximo número de líneas a activar solo para calificaciones tipo A, B y C de acuerdo a la gama permitida en la matriz de ventas según la zona, siempre y cuando presenten una antigüedad mínima de 3 meses y hábito de pago BUENO y MUY BUENO.

VER Prueba Circular 2012-GSDI01-S061852 de abril 2 de 2012 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió para los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida. En estas circulares, COMCEL estableció las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar el encargo de explotación del servicio de telefonía móvil celular de COMCEL.

b) Testimonios:

Testimonio de Juan Isaza – Coordinador Comercial de Comcel	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Doctor Juan Diego le pido que me responda la pregunta, qué pena ser insistente en todos casos, ¿se vendía el servicio de telefonía móvil celular de Comcel llámese postpago o prepago?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí, correcto.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ok, yo le pregunto en el momento en que se hacían esas ventas una de las funciones de Digimovil, ¿era hacer firmar un contrato de prestación de servicios al cliente?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Se firma un contrato de prestación de servicio de telefonía móvil celular, sí. Y ese contrato se

	lo entrega directamente Comcel al distribuidor, perdón, y ellos el vendedor hace su venta y lo que hace Digimovil o hacía era activar los teléfonos por la línea celular y los documentos se radicaban a Comcel, los documentos firmados por el cliente.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que Digimovil le ponía de presente al cliente, <u>¿a quiénes vinculaba?</u> ¿Cuáles eran las dos partes de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que ponía de presente Digimovil para que firmara el cliente?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Comcel y el Cliente.</u>

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Muy pertinente su señoría, ¿María del Pilar dentro de esas capacitaciones a esos miembros de la red se les instruye cuales son los documentos que firmar los clientes que van a acceder a los servicios de Comcel?	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: Si, eso es parte de los temas que se tratan en la formación.
[APODERADO DIGIMOVIL]: María del Pilar, dentro de esos documentos que diligenciar los clientes, <u>¿hay un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que el cliente debe firmar al momento de comprar su servicio?</u>	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: <u>Si.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular, <u>¿es un contrato que vincula a Comcel con esos clientes?</u>	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: Pues es el contrato, lo que entiendo yo, <u>es el contrato de servicio que firmó yo como cliente para acceder a los servicios de la compañía.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ok, una de las labores específicas que deben cumplir los miembros de esa red de vendedores llamémoslo así, <u>¿es hacer firmar ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular por parte del cliente para que quede vinculado con Comcel?</u>	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: <u>Si.</u>

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, ¿tú sabes Patricia si en el momento en que se realizan las ventas uno de los requisitos que se les exige a los miembros de la red es le <u>hagan firmar un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular a ese cliente que va a entrar a hacer parte de los usuarios de Comcel?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor, esa es una de las condiciones.</u>

<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, ¿tú sabes las partes de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que quedan vinculadas son de un lado <u>Comcel y del otro lado el cliente o usuario de Comcel?</u></p>	<p>[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <b>Si señor.</b></p>
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Tú sabes Patricia, para terminar lo que preguntas, si una de las obligaciones de Digimovil y los demás miembros de la red era poner de presente el contrato al usuario y generar la firma adecuada del contrato por parte de ese usuario?</p>	<p>[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si, ellos promocionaban nuestros productos y las condiciones era la firma el contrato.</p>

<p style="text-align: center;"><b>Testimonio de Jimena Villegas – Asesor Comercial de COMCEL</b></p>	
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Doctora Jimena yo le pregunto, ¿en esas actividades de comercialización cuando se vendían los planes postpago y prepago por parte de Digimovil a los clientes, Digimovil debía hacerle suscribir al cliente un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>	<p>[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: Se hacía firmar un, en la parte de planes se hacía firmar un contrato físico.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, ¿ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular vinculaba a Comcel con el cliente que adquiría el plan?</p>	<p>[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: Sí señor.</p>

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE, según las instrucciones que COMCEL le impartía (v. gr. según el encargo hecho), explotó el negocio de COMCEL. Esta explotación se perfeccionó mediante la celebración, por parte de LA DEMANDANTE y los clientes de COMCEL, de los respectivos contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de venta de equipos terminales, contratos que vincularon a COMCEL con los respectivos clientes.

c) DICTAMEN:

**B.1.a.(i) ¿Cuántos Kits Prepago legalizó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA:** De acuerdo con la información suministrada por LA DEMANDANTE, entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018 (fecha de terminación del contrato), **se legalizaron 157.915 kits prepago.** En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

**B.1.a.(ii) ¿Cuántos Planes Pospago activó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA.** Con fundamento en la información suministrada por LA DEMANDANTE, se observaron **139.804 planes pospagos activados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018**. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29, DICTAMEN.

**B.1.a.(iii) ¿Cuántos Planes Sim Cards (wb) legalizó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA.** Según la información entregada por LA DEMANDANTE, los planes sim cards legalizados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018 (terminación del contrato) fueron 240.515. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29 y 30, DICTAMEN.

**B.1.a.(iv) ¿Cuántas transacciones de recaudo hizo LA DEMANDANTE en sus Centros de Pagos y Servicios (CPS)?**

**RESPUESTA:** De acuerdo con las evaluaciones efectuadas a la información entregada por LA DEMANDANTE, **las transacciones de recaudo entre julio 29 de 2013 y abril 13 de 2018 fueron 1.252.811**. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 30, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE efectivamente explotó el negocio de COMCEL. Entre el 1º de enero de 2008 y el 29 de junio de 2018, por ejemplo, LA DEMANDANTE activó 760.162 planes pospago, 391.216 kits prepago, 768.061 Sim Cards y realizó 4.720.760 transacciones de recaudo.

- d. Además de las actividades de preventa (promoción) y de venta (explotación) de su negocio, COMCEL también le encargó a LA DEMANDANTE las actividades de posventa.
- Prueba Documental: Otrosí suscrito entre COMCEL y LA DEMANDANTE:

### **CONSIDERANDO**

- a). Que entre, PROCOM LTDA y COMCEL S.A se celebró contrato de distribución.
- b). Que es intención de las partes intervinientes adicionar el alcance de la cláusula 7.7 del contrato de distribución, mencionado, confiriendo a los distribuidores autorizados la facultad de actuar como Centros de Pago y Servicio de COMCEL S.A., recepcionando dineros que provengan de los usuarios y/o suscriptores por concepto de valores por consumo, al igual que para atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores.
- c). Que, en consecuencia, las partes han acordado adicionar la cláusula 7.7 del contrato antes mencionado.

(...)

### **ACUERDAN**

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.7. del contrato de distribución deberá adicionarse así:

7.7.1 Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Centro de Pago y Servicios, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL. El envío a las cuentas de COMCEL de los dineros recaudados por el distribuidor, deberá hacerse diariamente y a través de la Transportadora de Valores designada por COMCEL, quien recogerá los dineros firmemente sellados, en el Centro de Pago y Servicios del distribuidor, dentro de los rangos de hora previamente acordados.

En cuanto a los cheques recibidos por EL DISTRIBUIDOR del usuario por concepto del pago de valores de consumo, EL DISTRIBUIDOR deberá proceder a consignarlos, el mismo día o a más tardar el día hábil siguiente en las cuentas bancarias que se establezcan en el Manual de Recaudo en Caja de Distribuidores Anexo 1 (el cuál hace parte integrante del presente contrato) o en las que le indique COMCEL.

Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los

requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL.

(...)

7.7.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: Otrosí CPS de 2005.

**HECHOS PROBADOS:** (i) Mediante el otrosí (Convención CPS) suscrito en el año 2005, las partes modificaron la cláusula 7.7 del CONTRATO. (ii) A partir de entonces, LA DEMANDANTE actuó como Centro de Pagos y Servicios de COMCEL. (iii) Como centro de pagos, COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la gestión de los dineros que los clientes de COMCEL pagaban por el consumo de los servicios de telefonía móvil celular que COMCEL les prestaba. (iv) Como centro de servicios, COMCEL le encargó a LA

DEMANDANTE la atención y solución de los requerimientos de los clientes de COMCEL. (v) COMCEL, en contraprestación de estos encargos, remuneró a LA DEMANDANTE mediante la denominada “comisión por transacción de recaudo”).

- Prueba Documental: Circulares enviadas por COMCEL a LA DEMANDANTE: En la prueba No. 25, “Circular Operaciones CPS” aportada con la demanda, se enlistan los diferentes servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL:

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** Maria del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **RELANZAMIENTO PROCESO SOPORTE A CPS  
 CLIENTE MASIVO Y SOPORTE CLIENTE NEGOCIOS**

Recuerda que las solicitudes de nuestros clientes que no pueden ser atendidas Online cuentas con correos de soporte que pueden ayudarte a mejorar la atención, esto lo puedes hacer a través de las cuentas de correo de soporte CPS, [Soportecientemasivo@claro.com.co](mailto:Soportecientemasivo@claro.com.co), y [Soportegarantiascps@claro.com.co](mailto:Soportegarantiascps@claro.com.co) y [soportecientepymes@claro.com.co](mailto:soportecientepymes@claro.com.co) con el fin de simplificar los procedimientos, mejorar los tiempos de respuesta ejerciendo un control de calidad en las respuestas ofrecidas. Cabe aclarar que aún continúa vigente el procedimiento publicado en la Circular 2016-GSDI01-S301967-3.

A continuación, encontraras las solicitudes que pueden ser atendidos:



### Funciones de CPS

Item	Servicios	Observación
1	Reposiciones Voz-Datos-Información-Tramites ✓	
2	Cambio de Sim Card por robo/perdida/daño	
3	Ventas Líneas Nuevas ✓	Venta y activación de líneas a través de Poliedro
4	Información Planes, Promociones y servicios adicionales.	
6	Cambio de Equipo Voluntario/Robo/Perdida/Daño	Tramites de solicitudes de cambio con equipos homologados traídos por el cliente.
7	Actualización de datos personales, dirección, teléfono.	
8	Aclaración de factura saldo y corte.	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura.

9	Radicación de PQR (Peticiónes, Quejas, Reclamos y Recursos de Reposición)	Radicación de reclamaciones escritas. <a href="http://sac/Directorio/correspondencia.htm">http://sac/Directorio/correspondencia.htm</a> Ver directorio CPS autorizados
10	Recepción de oficios judiciales y tutelas.	
11	Fraude por suscripción	CPS autorizados para radicar PQR Radicación de formato de Negación de Línea Ver directorio CPS autorizados
12	Consulta de Saldo (Cuenta activa, DX y Cartera Castigada)	
13	Reinstalación de Línea Prepago y Pospago	Líneas Dx por Mora. Voluntario, se tramita al titular de la línea, no se recibe documentación por parte de un tercero.
14	PNA (Pagos No Abonados)	Consulta-Radicación-Respuesta PNA
15	Pagos de facturas ✓	
16	Cambio de Numero de Celular	
17	Aclaración factura	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura.
18	Servicio técnico (Equipos en Garantía o fuera de Garantía)	Ver directorio CPS autorizados. <a href="http://datos/Excel/módulos/Servicio_Tecnico.xls">http://datos/Excel/módulos/Servicio_Tecnico.xls</a>
19	Cesiones de contrato	Efectuar cesiones de contratos. CPS únicamente a titulares, no se reciben documentos de terceros.
20	Verificación entrega de facturas	Consulta de guías de entrega y devoluciones.
21	Información Up-Grade Prepago.	Información de tramites y avances de Solicitud de Prepago a Up-grade.
22	Uso de tarjeta amigo en líneas Pospago. -	Información del acceso a *500 y *600.
23	Recarga en Línea ✓	
24	Recarga telemic	
25	Recarga Pasatiempo ✓	
26	Venta de tarjeta prepago	
27	Ventas de accesorios	Venta de accesorios de equipos celulares.
28	Activación Servicios Adicionales NO	

(...)

Ítem	Servicios
1	Reportes (información de planes, CFM, paquetes de datos, valor de los paquetes)
2	Factura electrónica
3	Comprobante entrega de factura
4	Instalación de APN
6	Información general (saldo pendientes, referencia de pago, fecha de corte, maestra)
7	Pagos no abonados
8	Traslado de saldo
9	Creación de maestra
10	Activación ID restringido
11	Reinstalación de líneas
12	Activación de Roaming Internacional
13	Activación paquete datos ✓
14	Bloqueo Internet, MMS
15	Bloqueo servicios
16	Cambio de ciclo
17	Cambio de elegidos
18	Cambio de Min
19	Cambio de tecnología
20	Cambio plan a corte
21	Cambio plan inmediato
22	Cambios demográficos
23	Cruce Min
24	Desactivación paquete datos
25	Desactivación Protección Móvil
26	Eliminación de Cuotas
27	Escenarios IMEI
29	Inscripción de Correos (Lista Blanca)
30	Liberación ICCID
31	Liberación IMEI
32	Liberación IMEI - ICCD
33	Perfilamiento (Activación)
34	Portal Corporativo (Activación)

HECHOS PROBADOS: En estas circulares se enumeran los servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL, incluido el servicio de atención frente a casos de fallas en la prestación del servicio de telefonía móvil celular por parte de COMCEL.

- e. LA DEMANDANTE se obligó a reportarle a COMCEL cualquier información relacionada con las necesidades e intereses de los clientes/suscriptores de COMCEL y con las condiciones del mercado.

▪ **Prueba Documental: Cláusula 10 del CONTRATO:**

10. Cooperación. EL DISTRIBUIDOR cooperará en todo momento con los representantes de COMCEL y reportará oportunamente a COMCEL cualquier información que llegue a la atención del DISTRIBUIDOR relacionada con quejas o reclamos con respecto al Servicio y a los Productos, necesidades e intereses del cliente y condiciones locales del mercado.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- f. LA DEMANDANTE no puede, por imposibilidad jurídica y operativa, prestar los servicios de telefonía móvil celular. En consecuencia, el negocio que LA DEMANDANTE promovió y explotó fue el negocio de COMCEL.

a) **Confesión de COMCEL y negación indefinida:**

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 25.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 15.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 31.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 17.

26) Por tratarse de una negación indefinida que hace DIGIMOVIL no me encuentro obligado a contestar este hecho.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 17

Este hecho de la demanda incorpora una negación indefinida que no requiere prueba:

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

Ley 37. Artículo 3º: Prestación del Servicio. El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia.

Ley 1341. Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC). (ii) LA DEMANDANTE, al promover y explotar los servicios de telefonía móvil

celular y los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que se requieren para prestar dicho servicio, promovió y explotó el negocio de COMCEL, no el suyo propio.

1.1.1.7. Actuación de la DEMANDANTE por cuenta de COMCEL:

- a. LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que LA DEMANDANTE celebró actuando en nombre y por cuenta de COMCEL.

a) Pruebas Documentales:

▪ **Cláusulas del CONTRATO:**

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

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

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren

enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) El negocio de COMCEL es la comercialización del "servicio" y de los "productos del abonado". (ii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "contratos de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribió con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) Para que el cliente/suscriptor accediera a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE le vendió el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: *significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.* (iii) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", aplicó las tarifas, los valores de teléfono, etc., que COMCEL le señaló. (iv) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" pertenecían a COMCEL, y LA DEMANDANTE tenía la obligación de recaudarlo frente al cliente/suscriptor y entregárselo a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

## CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

### Pruebas Documentales:

- **Cláusulas del CONTRATO:**

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

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

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

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE comercializaba los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL mediante la suscripción de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) Estos contratos los celebraba LA DEMANDANTE con los

clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE, para la celebración de estos contratos, utilizaba el texto que COMCEL le suministraba y aplicaba en él las tarifas y precios que COMCEL señalaba. (iv) Todos los derechos y obligaciones derivados de los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular” quedaban en cabeza de COMCEL. (v) LA DEMANDANTE recaudaba los dineros que los clientes/suscriptores pagaban y tenía la obligación de entregárselos a COMCEL “a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado”.

▪ **Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:**

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **REFERENCIAS SOLICITUDES DE SERVICIO**

Recordamos la importancia de diligenciar los contratos de solicitud de servicios persona natural o jurídica con la información completa de referencias personales y/o comerciales, con el fin de continuar con transcripción de los datos en Poliedro.

The image shows two forms for 'SOLICITUD DE SERVICIO COMCEL S.A.' The left form is for 'PERSONA NATURAL CON CLAUSULA DE PERMANENCIA' and the right form is for 'PERSONA JURIDICA CON CLAUSULA DE PERMANENCIA'. Both forms have a 'No. C' field and a 'FOTO' field. The left form has sections for 'INFORMACION PERSONAL', 'INFORMACION BANCARIA', 'TARJETA DE CREDITO', 'PAGO CON CARGO A TARJETA DE CREDITO', 'INFORMACION LABORAL', 'INFORMACION EQUIPO', and 'REFERENCIAS PERSONALES'. The right form has sections for 'INFORMACION DE LA EMPRESA', 'INFORMACION BANCARIA', 'PAGO CON CARGO A TARJETA DE CREDITO', 'REFERENCIAS COMERCIALES', 'INFORMACION EQUIPOS Y EQUIPOS', and 'FORMA DE PAGO'. Red circles highlight the 'REFERENCIAS PERSONALES' section on the left form and the 'REFERENCIAS COMERCIALES' section on the right form.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE diligenciaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”. (ii) LA DEMANDANTE tenía que incluir la información completa de referencias personales y/o comerciales de los clientes/suscriptores. (iii) La demandante debía cargar toda la información incorporada en los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular” en el sistema POLIEDRO de COMCEL.

**Para** Distribuidores Comcel  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **INFORMACION IMPORTANTE CONTRATOS**

Los Contratos con versión de Septiembre son los siguientes:

Material SAP	Nombre del Documento	Fecha Versión Vigente
8553	SOL. PER NATURAL SIN CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8552	SOL. PER NATURAL CON CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8551	SOL. PER JURÍDICA SIN CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8550	SOL. PER JURÍDICA CON CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8549	SOL. DATOS PER NATURAL SIN CLAUSULA + PA	Septiembre de 2011
8548	SOL. DATOS PER NATURAL CON CLAUSULA + PA	Septiembre de 2011
8547	SOL. DATOS PER JURÍDICA SIN CLAUSULA + P	Septiembre de 2011
8546	SOL. DATOS PER JURÍDICA CON CLAUSULA + P	Septiembre de 2011

**NOTA:**

Para determinar la versión de papelería, podrá ver la siguiente Imagen:

**COMCEL**  
 COMUNICACION CELULAR S.A.  
 NIT. 800.153.993-7  
 MT8552 - SEPT 2011 VS2 - SEPT/2011

**SOLICITUD DE SERVICIO COMCEL S.A.**  
 PERSONA NATURAL CON CLAUSULA DE PERMANENCIA

TELS.: 618 1818  
 01 8000 341818

FECHA SOLICITUD  
 DIA | MES | AÑO

**No. C**  
 NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR  
 CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

**INFORMACION PERSONAL**  
 PRIMER APELLIDO | SEGUNDO APELLIDO

**INFORMACION BANCARIA**  
 NOMBRE | SUCURS.  
 TELEFONO | CUENTA NUMERO

Fecha Producción  
 Fecha Versión

VER Prueba Circular 2011-GSDI01-S167958 de octubre 14 de 2011 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, junto con los pagarés que los clientes/suscriptores debían completar.



2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



**CONTRATO DE COMPRAVENTA  
DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES  
DE CONTADO**

2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



**CONTRATO DE COMPRAVENTA  
DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES  
A CUOTAS**

(...)

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **CONDICIONES DE VENTA PARA EMPRESAS PYMES  
CON NIT (800/900)**

Informamos que a partir del 01 de Julio por disposición de la Reolución CRC 4444 de 2014 sólo se podrán realizar ventas sin cláusula de permanencia mínima. Para

(...)

**1. Ventas sin Cláusula de Permanencia:**

Los documentos que se deben diligenciar para la venta **Sin cláusula de permanencia** a **Ciente Nuevo o Ciente Antigo Pyme** con tipo de documento NIT (800/900) son:

1. Contrato de Prestación de Servicios Persona Jurídica ( Voz o Datos).
2. Contrato de compraventa de Equipos Terminales Móviles (Contado o a Cuotas) en caso de equipo comprado a CLARO
3. Adendo a la Solicitud de Servicio y/o al Contrato de compraventa del Equipo (solo si se requiere incluir líneas adicionales) se debe señalar "sin cláusula".
4. Documentos requeridos por matriz de Venta.

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, además de celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular",

celebró los denominados “Contratos de Venta de Equipos Terminales”. (ii) Los clientes/suscriptores de COMCEL podían adquirir los equipos terminales de contado o financiados (a cuotas). En ambos casos, LA DEMANDANTE suscribía con los clientes/suscriptores un “Contrato de Venta de Equipos Terminales”. (iii) En los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y en los “Contratos de Venta de Equipos Terminales”, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.



COMCEL S.A.  
NIT. 800.153.993-7  
MT31766 - MAYO 2015 - VS1 - MAYO 2015

**CONDICIONES GENERALES DEL  
SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO**

**EL SERVICIO**

Nos comprometemos a prestarle los servicios que usted elija de telefonía móvil, mensajes de texto (SMS) y/o internet en modalidad prepago. Para hacer uso de estos servicios, deberá hacer una recarga por la suma de dinero que desee consumir.

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución CRC 4625 de 2014, el modelo de contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular en planes prepago de COMCEL debe coincidir con el modelo adoptado en dicha resolución. COMCEL, tiene publicados en su página web este modelos: <https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html>.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo debía completar dichos contratos.

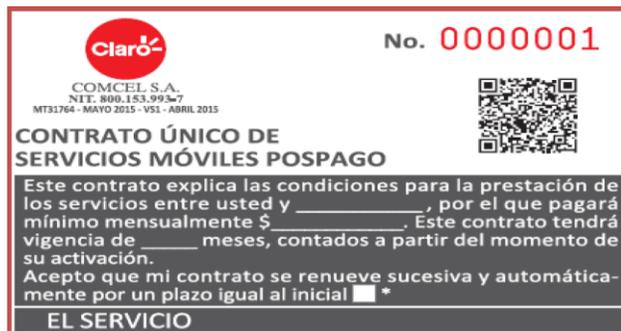
Para Distribuidores Claro Móvil  
De María del Pilar Suárez G.  
Asunto **NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO –  
PAPELERIA PREIMPRESA**

A partir del **01 de Junio de 2015, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.**

Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales **NO** tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.

El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del **01 de Junio de 2015, es el Contrato Único de Servicios Móviles Pospago.**

Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato



(...)

**PAPELERIA ANTERIOR NO VIGENTE:**

- A partir del **1 de Junio 2015, ES OBLIGATORIO EL USO DE LA NUEVA PAPELERÍA**. En caso que lleguen documentos a Comcel con fecha de venta 1 de junio de 2015 en papelería antigua, será causal de devolución y penalización.
- **NO** se podrá utilizar la papelería no vigente que quede en los puntos de venta.
- por tal motivo solicitamos realizar la devolución de la papelería anterior de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.
- Dirección de envío de la papelería **NO** vigente: Zona Franca Bogotá (Operador Logístico Logytech) Carrera 106 No. 15-25 Bodega 1 interior 121 Manzana 18, contacto Andres Salamanca Celular 3108016471.
- La papelería **NO** vigente se debe enviar al operador logístico máximo al día 15 de Julio de 2015.

**LEGALIZACIÓN CONTRATOS DE VENTAS**

- Todas las ventas realizadas a partir del 01 de junio de 2015, deben ser legalizadas y solucionadas con la nueva documentación.
- Todas las ventas online realizadas antes del **1 de Junio 2015**, deben ser legalizadas y solucionadas con la papelería antigua.
- Las solicitudes de activación tradicional para ventas realizadas antes del 01 de junio serán recibidas solo hasta el día 10 de junio de 2015.
- Las soluciones a devoluciones para activaciones tradicionales con papelería antigua y que su fecha de venta sea antes del 01 de junio de 2015 serán recibidas solo hasta el 22 de junio de 2015.

**IMPORTANTE**

Próximamente se enviará circular con el paso a paso de diligenciamiento del nuevo formato "**Contrato Único de Servicios Móviles Pospago**"

Sin otro particular,

HECHOS PROBADOS: (i) A partir del 1º de junio de 2015, LA DEMANDANTE empezó a utilizar la papelería que COMCEL le remitió con los formatos simplificados. (ii) En los formatos simplificados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.

## CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

### ▪ Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

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

7.8 EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos,

valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, **deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.**

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes **a quienes se hubieren enajenado productos**, prestado servicios o activado líneas, **son de la exclusiva propiedad de COMCEL.**

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

▪ **Circulares:**

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



VER Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE no podía vender equipos terminales que no fueran suministrados por COMCEL.

Según se probó hasta el año 2014, se comercializaron al amparo de los "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" pues, hasta entonces, los equipos móviles eran subsidiados por COMCEL y su precio se incorporaba en el valor del "Servicio" (las llamadas). A partir del año 2014, y producto de la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil celular, COMCEL incluida, fueron obligados a comercializar, por separado, los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales; desde entonces, LA DEMANDANTE, por instrucciones de COMCEL, suscribió por separado en los contratos de "Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales". Al respecto, las siguientes pruebas que obran en el expediente señalan:

A partir del 1 de julio del 2014 entró en vigor la Resolución 4444 de eliminación de las cláusulas de permanencia en los contratos de telefonía móvil, que busca desligar el costo de los equipos del valor de las llamadas y los Paquetes de Datos. Con esta medida el costo de los teléfonos celulares se dieron a valor real, debido a la eliminación de los subsidios de los equipos que otorgaban los operadores móviles. Adicionalmente, esta medida conllevó a que los operadores móviles realizaran nuevas estrategias comerciales para seguir siendo competitivos en el mercado.

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

En la referida Resolución CRT 4444 DE 2014, CRT estableció:

**RESOLUCIÓN No. 4 4 4 4 DE 2014**

*"Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones"*

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 638 de la Comunidad Andina, y

**CONSIDERANDO**

(...)

Que las obligaciones sobre la comercialización de equipos terminales móviles a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, son conexas al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima originadas con ocasión de la financiación o subsidio de dichos equipos.

(...)

Que de acuerdo con lo anterior, esta Comisión llevó a cabo una revisión teórica y de experiencias internacionales relacionada con los costos que enfrentan los usuarios cuando éstos eligen cambiar de proveedor de servicios de comunicaciones móviles, así como también respecto de los efectos que tiene en el mercado la posibilidad, por una parte, que dichos proveedores otorguen subsidios a sus usuarios respecto de los equipos terminales móviles, y por otra parte, que establezcan cláusulas de permanencia mínima en los contratos ofreciendo equipos terminales móviles cuya venta está incluida en el mismo contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

(...)

Que lo anterior indica que la información de precios para la provisión de los servicios de comunicaciones móviles a disposición del usuario no es transparente, en la medida en que éste desconoce las reales condiciones en las que se financia el equipo terminal móvil y a su vez, no tiene claridad del verdadero precio por unidad de consumo que se le está cobrando en cada uno de los planes tarifarios, como consecuencia de la financiación o subsidio.

Que adicionalmente, esta Comisión identificó que en la venta conjunta de equipos terminales móviles y servicios de comunicaciones móviles, el mercado es altamente concentrado y el usuario está en una posición de asimetría de información respecto del proveedor de servicios de comunicaciones móviles, ya que el mismo no puede observar de manera directa el precio de compra de los equipos terminales móviles en las ofertas que le presenta el proveedor. Esto incrementa la falta de transparencia en la información de los precios de dichos equipos que entregan los proveedores de servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios, lo cual se traduce en un mayor costo de cambio para los usuarios que suscriben cláusulas de permanencia mínima.

(...)

Que la prohibición de establecer cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, con ocasión del subsidio o financiación de equipos terminales móviles, conlleva a la separación de los contratos de compraventa de equipos terminales móviles frente a los contratos de prestación de dichos servicios, y ésta a su vez a la necesaria separación, que de cara al usuario, debe hacer el proveedor en relación con la información relativa a los valores a pagar por concepto del equipo terminal móvil y de la provisión de los servicios contratados. Frente a lo cual se incorpora en el presente Acto Administrativo una modificación al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el sentido de precisar el deber que tienen los proveedores de informar claramente y en forma discriminada los valores por los conceptos mencionados. Lo anterior, permitirá que el usuario disponga de la información sobre las condiciones de cada contrato, y en forma transparente y clara pueda identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo terminal móvil, y cuando sea del caso, el costo adicional generado por la financiación del equipo terminal móvil.

(...)

En virtud de lo expuesto,

## **RESUELVE**

(...)

**ARTÍCULO 4.** Adicionar el párrafo 2 al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales quedarán de la siguiente manera:

(...)



**2. JUNTO CON EL CONTRATO MENCIONADO EN EL NUMERAL 1 ANTERIOR, CUANDO UN USUARIO ADQUIERA UN EQUIPO TERMINAL CON COMCEL, DEBERÁ FIRMAR EN FORMA SEPARADA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS.**

2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **NUEVAS CONDICIONES DE VENTA Y REPOSICION A CUOTAS.**

**Informamos las nuevas condiciones de venta a cuotas vigentes a partir del próximo lunes 8 de febrero de 2016.**

Cuando un cliente desee comprar un equipo a cuotas sea en línea nueva postpago, prepago o reposición, se debe hacer el pago de una cuota inicial que dependerá de las condiciones de crédito, plazo y equipo seleccionado.

**Debe tener en cuenta:**

- A menor plazo, menor es el valor de cuota inicial.
- **Para plazo 6 meses no se exigirá pago inicial.**
- Al realizar un pago de cuota inicial, disminuye el saldo del equipo, por lo tanto el valor de la cuota mensual será más baja.

(...)

## DILIGENCIAMIENTO DEL CONTRATO

El valor de la cuota inicial pagada por el cliente, así como el IVA del equipo, saldo del equipo y el valor de la cuota, deberán quedar liquidados en el contrato de compra venta equipo a cuotas.

Continuando con el mismo ejemplo, quedaría el contrato diligenciado de la siguiente manera:

 **COMCEL S.A.**  
N° C. 1894.185.000-7  
M72001821-18/02/2016-194- DIC/EMBRE 2016

**CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS** No. C **XXXXXXXXXX**

**PRIMERA. OBJETO:** Mediante el presente CONTRATO COMCEL S.A. en adelante COMCEL vende y por tanto transfiere el dominio a EL COMPRADOR quien se identifica con nombre y cédula al pie de su firma, los equipo terminales detallados en la cláusula tercera:

**SEGUNDA. PRECIO:** El valor total de la presente compraventa es de \$ \_\_\_\_\_ IVA incluido.

**TERCERA. FORMA DE PAGO:** El COMPRADOR pagará a COMCEL conforme las siguientes condiciones:

FABRICANTE	REFERENCIA	IMEI	VALOR TOTAL EQUIPO/IVA	IVA DEL EQUIPO	PAGO INICIAL EQUIPO	SALDO DEL EQUIPO	Nº. CUOTAS PACTADAS	VALOR CUOTA MENSUAL
ALCATEL	XXXXXXXXXX	XXXXXXXXXXXX	\$957.397	\$153.183	\$95.740	\$861.657	12	\$71.805
<b>TOTAL VENTA</b>								

**CUARTA. MORA.** En caso de mora de una cualquiera de las cuotas mensuales de acuerdo a los términos de la cláusula tercera, EL COMPRADOR facultará a COMCEL para acelerar el pago

## POLIEDRO ACTIVACIONES

El valor del pago inicial será solicitado al momento de la activación en el campo “**Cuota inicial equipo**”, adicional mostrará el IVA y el total pago inicial del equipo.

<b>SERVICIO</b>		
ICC_ID: \$ 0	IVA ICC_ID: \$ 0	Total Pago Inicial del Servicio: \$ 2.913
CFM: \$ 2.913	CFM Base: \$ 2.511	Impuestos CFM Base: \$ 402
Nro. Contrato* 56151515	Nro. Pagare* 6515161	
<b>EQUIPO</b>		
Cuota Inicial Equipo* \$ 331.997	IVA Equipo: \$ 265.597	Total Pago Inicial del Equipo: \$ 597.594
Nro. Contrato 96462166	Nro. Pagare 6516516165	Nro. Pagare 51516161

El valor del pago inicial del equipo + el IVA + la sim card + el 1er CFM será el valor total pagado solicitado por poliedro en la activación:

VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Venta de Equipos Terminales” que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirían a cuotas. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo celebrar dichos contratos. (iii) En estos contratos, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL.

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Muy pertinente su señoría, ¿María del Pilar dentro de esas capacitaciones a esos miembros de la red se les instruye cuales son los documentos que firmar los clientes que van a acceder a los servicios de Comcel?	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: Si, eso es parte de los temas que se tratan en la formación.
[APODERADO DIGIMOVIL]: María del Pilar, dentro de esos documentos que diligenciar los clientes, <u>¿hay un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que el cliente debe firmar al momento de comprar su servicio?</u>	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: <u>Si.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular, ¿es un contrato que vincula a Comcel con esos clientes?	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: Pues es el contrato, lo que entiendo yo, <u>es el contrato de servicio que firmó yo como cliente para acceder a los servicios de la compañía.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ok, una de las labores específicas que deben cumplir los miembros de esa red de vendedores llamémoslo así, <u>¿es hacer firmar ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular por parte del cliente para que quede vinculado con Comcel?</u>	[TESTIGO MARÍA DEL PILAR SUÁREZ]: <u>Si.</u>

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, ¿tú sabes Patricia si en el momento en que se realizan las ventas uno de los requisitos que se les exige a los miembros de la red es <u>le hagan firmar un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular a ese cliente que va a entrar a hacer parte de los usuarios de Comcel?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor, esa es una de las condiciones.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, ¿tú sabes las partes de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que quedan vinculadas son de un lado Comcel y del otro lado el cliente o usuario de Comcel?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Tú sabes Patricia, para terminar lo que preguntas, si una de las obligaciones de Digimovil y los demás miembros de la red era poner de presente el contrato al usuario y generar la firma adecuada del contrato por parte de ese usuario?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si, ellos promocionaban nuestros productos y las condiciones era la firma el contrato.

b) DICTAMEN:

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o,

¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** (...) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

VER Prueba: Pág. 17, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la activación/legalización de planes pospago y planes prepago. La activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes/suscriptores de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (ii) Mediante la celebración de contratos de “Venta de Equipos Terminales”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (iii) Mediante la entrega al cliente suscriptores del respectivo equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

HECHOS PROBADOS: Los clientes/suscriptores así captados por LA DEMANDANTE, se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL: Son CLIENTES de COMCEL. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones que se derivaron de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró, quedaron en cabeza de COMCEL como prestatario del Servicio de Telefonía Móvil Celular y como empresa que suministra los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) a través de los cuales presta los referidos Servicio de Telefonía Móvil Celular.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y también los contratos de “Venta de Equipos Terminales”.

- g. Porque COMCEL fue la parte que quedó vinculada con los clientes/suscriptores que suscribieron los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales”, fue COMCEL la que percibió los beneficios y asumió los riesgos provenientes de dichos negocios.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO: El provecho proveniente de los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de la venta de equipos terminales era de COMCEL.

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

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

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Informes anuales de COMCEL: Ingresos operacionales de COMCEL.

**COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**

**ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)  
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013  
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)**

	2014	2013
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6.810.190.130	\$ 7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos	1.857.756.894	1.355.524.972
Total ingresos	8.667.947.024	8.378.464.593

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

**COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.**

**ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)  
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011  
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)**

	2012	2011
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6,799,381,869	\$ 6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655	842,059,681
Total ingresos	7,747,563,524	7,055,871,602

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

HECHO PROBADO: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que COMCEL obtuvo sus ingresos operacionales con (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y con (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

Los riesgos son de COMCEL: Porque los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales Financiados” vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos el riesgo de cartera, el riesgo operativo y el riesgo de mercado.

Al respecto, y a título de ejemplo, se transcribe la Nota 13 de los Estados Financieros de COMCEL de 2015 y 2014, en la cual se desagregan los montos a los cuales ascienden las “Cuentas por Cobrar” que COMCEL tiene respecto de sus clientes:

- Informes anuales de COMCEL: Cuentas por cobrar de COMCEL (Cartera).

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

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2015, página 78.

Nótese que los riesgos de cartera comprenden los derivados de los equipos terminales financiados, es decir, de los teléfonos celulares que LA DEMANDANTE, actuando en nombre y por cuenta de COMCEL, y según las instrucciones que esta última le impartió, comercializó atados a los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

Cláusula de CONTRATO: COMCEL asumió el riesgo operativo relacionado con el correcto funcionamiento de las redes celulares y de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards):

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

Efecto negativo: Asunción del riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias: Otro de los riesgos que COMCEL asumió fue el riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias. Al respecto, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), mediante la resolución 2062 de 2009 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), constató que COMCEL tenía una posición dominante en el mercado de la telefonía móvil celular. A partir de esta constatación, la Comisión ha emitido diversas resoluciones, entre ellas las 2066 y 2067 de 2009, las 2171 y 2172 de 2009 y la 4002 de 2012 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), en las cuales ha establecido múltiples medidas regulatorias en contra de COMCEL.

En la resolución CRT 4002 de 2012, por ejemplo, se cuantificó las consecuencias que el riesgo de mercado y regulatorio, le generaron a COMCEL:

Mediante la Resolución CRT 2058 de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-) definió los criterios y condiciones para determinar los mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, los mercados susceptibles de regulación ex ante, los proveedores con posición dominante y las medidas regulatorias pro competitivas aplicables en los mismos. Entre los mercados relevantes identificados, la Entidad incluyó el mercado denominado "Voz Saliente Móvil" en el que COMUNICACIÓN CELULAR S.A (COMCEL) presta sus servicios. A través de la Resolución CRT 2062 de 2009, confirmada por la Resolución CRT 2152 del mismo año, la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones constató la existencia de posición dominante de COMCEL en el mercado "Voz Saliente Móvil". Así mismo, y como consecuencia de la constatación de la posición dominante de COMCEL en el referido mercado, mediante la

Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada a través de la Resolución CRC 2171 de 2009, la Comisión estableció un régimen regulatorio tarifario para COMCEL en el que la tarifa off-net no podía ser superior a la tarifa on-net más el cargo de acceso regulado, en razón a que COMCEL aplica diferenciales de tarifas on-net/off-net que sólo benefician a sus usuarios y que en conjunto con su posición dominante afecta de manera negativa la competencia en el mercado relevante.

4.12.2.1 Ejecución a junio de 2010, de las resoluciones 2066 y 2171 de 2009, COMCEL indica que cumple con la fórmula tarifaria tanto en los planes de prepago como en los planes de postpago, y que la medida a junio de 2010 ha tenido un impacto negativo en el estado de resultados por un valor de \$270 mil millones de pesos entre enero y junio de 2010 (disminución de ingresos y aumento en costos). Entre enero de 2010 y diciembre de 2015, se tendría un impacto financiero negativo en el estado de resultados por un valor de 1,6 billones de pesos.

Prueba 14 aportada con la demanda: CRC resoluciones, 2012 11 09 Medidas Regulatorias.

El siguiente testimonio complementa la información que reposa en los informes anuales de COMCEL y confirma que fue COMCEL la parte que asumió los riesgos asociados a los contratos que LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL:

**Testimonio:** El testigo Oscar Rodríguez se refirió, expresamente, a los riesgos de cartera y operativos que asumió COMCEL.

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Consolidación de Informes COMCEL.	
<p><b>[APODERADO DEMANDANTE]:</b> Bueno, en esta página se hace, hay un subtítulo que se llama 13 deudores comerciales y otras cuentas por cobrar y en estos deudores entiendo que estos son los deudores o hay un, un acápite que se denomina suscriptores y dice quinientos cincuenta y siete millones de pesos (\$557'000.000) yo te pregunto, ¿esos suscriptores se identifican como los usuarios o clientes que son llevados a por parte de Digimovil y los demás miembros de la red?</p>	<p><b>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]:</b> Pues señor juez en ese, en ese rubro de suscriptores no solamente están lo que, digamos que en los suscriptores hay dos partes están los que activa la red de distribución y están las ventas que hace directamente la compañía, en ese rubro especialmente habla de clientes postpagos y de cartera de equipos postpago a corto plazo, entonces no solamente están distribuidores sino también hay puntos de venta directos, no sé la proporción de cuánto es, de cuánto es cada una, pero, pero hay de los dos rubros señor, señor, doctor Arguez.</p>

<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Muchas gracias su señoría y gracias doctor Oscar, doctor Oscar, este capítulo entonces en esos aspectos relacionados con suscriptores que usted está refiriendo, <u>¿está vinculado con la cartera de esos clientes que son abonados de Comcel y las facturas o pagos que esos clientes le deben a Comcel?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí, sí señor, sí doctor así es, es la cartera de los Clientes.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Y en el caso de las deudas no corrientes, los equipos suscriptores equipos financiados, <u>¿esa la cartera que deben esos clientes por temas de pagos de equipos telefónicos que se les han vendido a ellos de manera financiada?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí, sí doctor así es, esos son la cartera de equipos mayores a 12 meses que Comcel termina financiando la cartera.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Muchas gracias, ya voy a dejar de compartir y le quiero preguntar doctor Oscar, si además de estos riesgos de cartera, lo primero. Primero, <u>¿Comcel asume esos riesgos de cartera de esos pagos que no efectúan los clientes a los cuales se les venden esos servicios y productos?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí doctor así es Comcel lo asume el riesgo de cartera, digamos que Comcel también penaliza el distribuidor cuando una activación no cumple con los requisitos de la compañía lo penaliza y le cobrarían en ese momento la cartera. Pero a su pregunta el riesgo de cartera lo asume Comcel.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: En esos informes que ustedes rinden desde el área de reportes Oscar, <u>¿ustedes también identifican otros riesgos que se asuman por parte de Comcel en toda esa actividad de venta de productos y servicios a los clientes y usuarios?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Si, nosotros pues por norma internacional que básicamente identificamos varios riesgos, hay riesgos de liquidez, riesgos de mercado, riesgos de moneda, riesgos de crédito y riesgos de capital, esos son los cinco tipos de riesgos que administra la compañía.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Y son, le pregunto específicamente doctor Oscar, <u>esos riesgos son asumidos por parte de Comcel, ¿son asumidos por parte de Comcel esos riesgos?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí señor, sí doctor, así es.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, tú sabes doctor Oscar si además de los riesgos que referiste, <u>¿Comcel también asume el riesgo denominado riesgo operativo, es decir, la calidad técnica y operativa de las redes, las antenas, los equipos, etc?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí claro que sí doctor, eso es una, el tema parte de la licencia de telefonía está contemplada ahí no, que nos regula el ministerio de las tecnologías, entonces todos esos riesgos los asume la compañía.</u></p>

**HECHOS PROBADOS:** (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. (ii) Estos contratos vincularon, jurídica y

contractualmente, a COMCEL con los respectivos clientes/suscriptores. (iii) Los ingresos provenientes de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales" fueron ingresos de COMCEL, no de LA DEMANDANTE. (iv) COMCEL, como co-contratante, asumió todos los riesgos asociados a los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales", incluidos los riesgos de cartera y los riesgos operativos.

b. LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica, no asumió los riesgos de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales".

a) Confesión:

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 24.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 11.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 31.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, señaló: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 17.

26) Por tratarse de una negociación indefinida que hace DIGIMOVIL no me encuentro obligado a contestar este hecho.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 17

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar servicios de telefonía móvil celular en Colombia. (ii) LA DEMANDANTE no se vinculó contractualmente con los clientes/suscriptores de COMCEL que suscribieron los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”. (iii) LA DEMANDANTE, por no ser parte en dichos contratos, no asumió obligación ni riesgo alguno derivado de dichos negocios.

CONCLUSIÓN: (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de los Equipos Terminales”. (ii) LA DEMANDANTE celebró dichos contratos con los clientes/suscriptores que captó en sus establecimientos; las partes que quedaron vinculadas contractualmente en estos contratos fueron COMCEL y los respectivos clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE. (iii) Los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE, fueron clientes de COMCEL. (iv) LA DEMANDANTE, entonces, celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de los Equipos Terminales”. (v) En el CONTRATO, como elemento esencial suyo, se halla la actuación de LA DEMANDANTE por cuenta de COMCEL.

1.1.1.8. COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 61 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

Demanda reformada, Pág. 43

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que son ciertos ver  
CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 23.

61) **Es cierto.**

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.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 23

HECHO PROBADO: COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE. El sistema de remuneración que se implementó en el CONTRATO tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

b) DICTAMEN:

En el DICTAMEN, a partir de los soportes y libros contables que se anexaron por parte del perito, se estableció, **para cada uno de los componentes que tuvo el sistema remuneratorio de LA DEMANDANTE (Ver hecho confesado por COMCEL)**, la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

COMISIONES

PERIODO	CANTIDAD FACTURAS	VALORES
Entre el 14/4/2015 al 13/4/2016	653	2.035.290.465
Entre el 14/4/2016 al 13/4/2017	401	2.250.179.422
Entre el 14/4/2017 al 13/4/2018	406	1.981.404.739
<b>TOTAL COMISIONES ULTIMOS TRES AÑOS</b>	<b>1.460</b>	<b>6.266.874.626</b>

En el siguiente anexo se presentan los documentos que sustentan los anteriores valores:

Anexo electrónico No. 5-A.1.a-Facturas de ingresos recibidos  
Anexo electrónico No. 6-A.1.a-Libros de contabilidad de los últimos tres años de ejecución del contrato.

DICTAMEN, Pág. 14

## DESCUENTOS OTORGADOS EN KITS PREPAGO Y SIM CARDS

A.2.a)

¿Cuál fue el promedio de los descuentos<sup>1</sup> que LA DEMANDANTE obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

### RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a LA DEMANDANTE los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en kit prepago del Contrato Voz. LA DEMANDANTE suministró **10.315 facturas** emitidas por COMCEL donde se evidencian los descuentos otorgados por cada kit prepago. Los documentos revisados corresponden al periodo de **abril 14 de 2015 a abril 13 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en kits prepago que LA DEMANDANTE obtuvo es de **\$1.531.513.780**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD DE FACTURAS	VALORES
Entre el 14/4/2015 al 13/4/2016	3396	617.043.970
Entre el 14/4/2016 al 13/4/2017	4266	590.995.810
Entre el 14/4/2017 al 13/4/2018	2653	323.474.000
<b>TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS</b>	<b>10.315</b>	<b>1.531.513.780</b>

En el siguiente anexo se presentan las facturas que sustentan los anteriores valores:

Anexo electrónico No. 9-A.2.a-Facturas de kits prepago

El promedio se calcula dividiendo el total de los descuentos kits prepago entre tres (3), tal como se muestra en el siguiente cuadro:

<b>TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS</b>	<b>1.531.513.780</b>
PROMEDIO: \$1.531.513.780 ÷ 3=	510.504.593

El promedio de los descuentos que LA DEMANDANTE obtuvo de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del contrato de la relación jurídica patrimonial es de **\$510.504.593**.

**A.3.-SIM CARDS:**

A partir de la información de la facturación que COMCEL le emitió a LA DEMANDANTE por concepto de SIM CARDS, el perito deberá determinar:

**A.3.a)**

¿Cuál fue el promedio de los descuentos que LA DEMANDANTE obtuvo por este concepto durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

**RESPUESTA**

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a LA DEMANDANTE los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en Sim Cards del Contrato de Voz. LA DEMANDANTE suministró **116 facturas** emitidas por COMCEL donde se evidencian los descuentos otorgados. Los documentos revisados corresponden al periodo de **abril 14 de 2015 a abril 13 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en Sim Cards que LA DEMANDANTE obtuvo es de **\$48.675.676**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD DE FACTURAS	VALORES
Entre el 14/4/2015 al 13/4/2016	50	23.546.392
Entre el 14/4/2016 al 13/4/2017	50	13.778.364
Entre el 14/4/2017 al 13/4/2018	16	11.350.920
<b>TOTAL DESCUENTOS ULTIMOS TRES AÑOS</b>	<b>116</b>	<b>48.675.676</b>

En el siguiente anexo se presentan las facturas que sustentan los anteriores valores:

[Anexo electrónico No. 12-A.3.a-Facturas sim cards](#)

A.4.a)

¿Cuál fue el promedio de los montos incorporados en notas crédito que LA DEMANDANTE obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

**RESPUESTA**

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a LA DEMANDANTE los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de *notas crédito*. LA DEMANDANTE suministró **31 notas crédito** enviadas por COMCEL donde se evidencia que se incorporó un mayor valor a pagar por parte de COMCEL. Los documentos revisados corresponden al periodo de **abril 14 de 2015 a abril 13 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de las notas crédito que LA DEMANDANTE obtuvo es de **\$326.001.407**.

A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD DE FACTURAS	VALORES
Entre el 14/4/2015 al 13/4/2016	10	55.994.040
Entre el 14/4/2016 al 13/4/2017	14	143.517.713
Entre el 14/4/2017 al 13/4/2018	7	126.489.654
<b>TOTAL NOTAS CRÉDITO ULTIMOS TRES AÑOS</b>	<b>31</b>	<b>326.001.407</b>

En el siguiente anexo, se presentan los soportes documentales que sustentan los anteriores valores:

[Anexo electrónico No. 15-A.4.a-Soportes de notas crédito](#)

DICTAMEN, Págs. 23 y 24.

HECHO PROBADO: COMCEL efectivamente remuneró a LA DEMANDANTE bajo el sistema de remuneración que COMCEL implementó en el CONTRATO.

c) CONTRATO:

- Cláusula 2: Anexos del CONTRATO.

**2.Anexos**

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

- Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.
- Anexo B Estándares de Instalación.
- Anexo C Plan Coop Publicidad.
- Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV)
- Anexo E. Garantías
- Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.
- Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: En el ANEXO A del CONTRATO regula el Plan de Comisiones de LA DEMANDANTE.

- **Confesión de COMCEL:** En el hecho 62 de la demanda reformada LA DEMANDANTE alegó:

62. En materia de comisiones, las principales clases fueron:

a) POSPAGO: (i) Comisión por Activación. (ii) Comisión por Permanencia (Buena Venta); eliminada en el año 2014. (iii) Comisión por Residual.

b) KITS PREPAGO: (i) Comisión por Legalización. (ii) Comisión por Buena Venta; eliminada temporalmente en junio de 2016. (iii) Comisión sobre recargas.

c) SIM CARDS: Comisión sobre recargas.

d) CPS: Comisión por cada transacción de recaudo.

e) Comisión COOP: Es una comisión que se pagó por las actividades mercadotécnicas que LA DEMANDANTE realizó y que COMCEL verificó y aceptó.

Demanda reformada, Pág. 43.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 23.

62) **Es cierto.**

HECHO PROBADO: Las comisiones que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se clasificaron así:

- POSPAGO: (i) Comisión por Activación. (ii) Comisión por Permanencia (Buena Venta); eliminada en el año 2014. (iii) Comisión por Residual.
- KITS PREPAGO: (i) Comisión por Legalización. (ii) Comisión por Buena Venta; eliminada temporalmente en junio de 2016. (iii) Comisión sobre recargas.
- SIM CARDS: Comisión sobre recargas.
- CPS: Comisión por cada transacción de recaudo.
- Comisión COOP: Es una comisión que se pagó por las actividades mercadotécnicas que LA DEMANDANTE realizó y que COMCEL verificó y aceptó.

- **Cartas de Comisiones (Prueba No. 11 aportada con la demanda):** En estas “Cartas de Comisiones”, COMCEL determinó la remuneración que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago, cada plan prepago, cada equipo terminal colocado en el cliente final, cada transacción de recaudo realizada y cada recarga comercializada. LA DEMANDANTE, al expediente,

aportó 66 cartas de comisiones que COMCEL le envió entre los años 2005 y 2018. Algunos ejemplos se hallan en las siguientes “Carta de Comisiones” que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

## ACTIVACIÓN DE PLANES POSPAGO

### 1 POSTPAGO

#### 1.1 Comisiones y Anticipos

El pago de comisiones y anticipos por venta de Planes Postpago Masivos será equivalente a un porcentaje del cargo fijo mensual del plan vigente para el usuario al momento de liquidar la comisión y anticipo respectivo al Distribuidor, aplicables en los meses 1, 2, 3 y 6 posteriores a la activación y legalización de la venta. Adicionalmente, para el pago de las comisiones y anticipos de los meses 2, 3 y 6 se requiere se encuentren canceladas por el usuario los cargos fijos de estos meses; así entonces el Distribuidor tendrá derecho al pago de 4 comisiones y anticipos, de acuerdo a la siguiente tabla y cumplimiento de condiciones:

Período de Pago	% del CFM en Planes Abiertos*	% del CFM en Planes Mixtos*
Mes 1 - % CFM	100%	70%
Mes 2 - % CFM	60%	42%
Mes 3 - % CFM	50%	35%
Mes 6 - % CFM	50%	35%

\* Dentro del total del porcentaje a pagar al Distribuidor, se encuentra el valor de la comisión más el 20% que corresponde al valor del anticipo.

Las comisiones y los anticipos mencionados se pagarán siempre y cuando (i) Los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (ii) La documentación aportada por el Distribuidor se encuentre legalizada, es decir, se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL. (iii) Envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 30 días para Distribuidores de Ciudades Principales, y regionales. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la comisión y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada “Conciliación, Compensación, Dedución y Descuentos” y en el numeral 5.y/o 6 del Anexo A del mismo. (v) Las comisiones y anticipos para los meses 2, 3 y 6 según corresponda, se pagarán siempre y cuando la línea se encuentre activa y con pago del cargo fijo mensual del servicio de telefonía celular por parte del usuario.

#### 1.3 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140702\_0001

## ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO A CUOTAS

#### 1.3 Kit a Cuotas

Por la venta de Kit a cuotas, el Distribuidor recibirá una bonificación y un anticipo de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 15.600
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 19.500

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 23.400
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 27.742
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 32.058
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 40.742
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 45.058
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 49.400
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 54.600
\$ 702.001	Adelante	\$ 58.058

Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los datos de los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) Se haya legalizado la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL, envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iv) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (v) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (v) del párrafo anterior, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como el anticipo y el descuento otorgado sobre el precio de venta al público del Kit, deberán ser reembolsados por el Distribuidor a COMCEL, pudiendo COMCEL descontarlos de cualquier valor adeudado por COMCEL al Distribuidor.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

Nótese que la remuneración de LA DEMANDANTE en los Kits Pre pago que el cliente/suscriptor adquiría a cuotas (financiado), variaba entre \$15.600 y \$58.058 dependiendo del valor del teléfono.

Como se verá a continuación, en los Kits Pre pago que el cliente/suscriptor adquiría de contado, la remuneración de LA DEMANDANTE era la misma, pero, a diferencia de la remuneración por activación de un Kit Pre pago a cuotas (financiado), en el caso de los Kits Pre pago de contado esta remuneración se dividía en dos:

- (i) Una comisión fija de \$12.500.
- (ii) Un descuento sobre el precio de venta del Kit al cliente final.

Al sumar la comisión fija y el descuento aplicable según el caso, esta remuneración era idéntica a la que LA DEMANDANTE recibía por la comercialización de un Kit Prepago a cuotas (financiado).

## ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO DE CONTADO

1 PREPAGO		
1.1 Kit Prepago de Contado		
Por la compra de Kit destinados a la reventa, con pago de contado por parte del Distribuidor, COMCEL le otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:		
RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 0	\$ 18.200	\$ 0
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 5.200
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 9.100
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 13.000
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 17.342
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 21.658
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 30.342
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 34.658
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 39.000
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 44.200
\$ 702.001	Adelante	\$ 47.658

Se pagará por una sola vez la suma de \$10.417 por concepto de bonificación por legalización de Kit y un anticipo de \$2.083 para un total a pagar al Distribuidor de \$12.500, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación del teléfono. (ii) Se haya Legalizado la venta, es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL y que la información haya sido ingresada a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

En el hecho 61 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) **Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards)**. (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

Demanda reformada, Pág. 43

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 23:

61) Es cierto.

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.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 23

▪ Testimonios:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, en la modalidad de prepago yo te pregunto, ¿igualmente se le pagaba algún tipo de remuneraciones a Digimovil y a los demás miembros de la red cuando se vendía un plan en la modalidad de prepago?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: <u>Ahí ya estamos hablando de kit, de kit prepago como tal que es cuando vendemos la SIM card con el equipo y digamos que ese diferencial de precio</u> pues no, no está liquidado por mi gerencia porque no es, no se considera una comisión ni nada sino es simplemente <u>un diferencial en precio</u>, en donde básicamente un equipo en prepago se le dice al distribuidor que se lo vamos a vender no sé, en Cincuenta mil pesos (\$50.000) y que él lo puede ir a llevar y vender ese equipo que ya es de él porque ya se lo vendimos, venderlo al mercado en Setenta mil pesos (\$70.000) por decir algo, entonces él pues ya tiene apenas lo vende pues tiene esa utilidad, esos Veinte mil pesos (\$20.000) en el ejemplo.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, <u>¿esos precios los fija Comcel, es decir, el precio al cual le entrega el equipo Comcel a Digimovil y el precio al cual Digimovil tiene que entregarle el equipo al usuario final?</u></p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: <u>Sí señor.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: ¿Esos precios son fijados por Comcel?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Si señor, pues digamos que por todas las condiciones de mercado y todo, pero y a los precios que los compra la compañía y demás, pero <u>sí como usted dice cuál es el precio de venta al distribuidor y cuál es el precio que se debe vender al cliente al final.</u></p>

- Exposición de Motivos del Código de Comercio: Tomo 2, Libros 3, 4 y 5. Actualmente los originales de esta exposición de motivos se halla en los archivos físicos de la Superintendencia de Sociedades.

Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agente promueve y explota los negocios del principal, en determinada zona. Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fijado al agente por el principal y el que éste obtenga del comprador al colocar el artículo en el respectivo mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo importante es que el agente promueva o explote los negocios respectivos POR CUENTA del principal. Porque hay una forma del comercio de importación que suele confundirse con la agencia y que en realidad no lo es: se trata de la distribución de mercaderías por un importador

que las compra al fabricante o al despachador extranjero, sin que opere "por cuenta" de éstos.

Toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el "principal" de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito "por cuenta", en referencia. De consiguiente, cuando el distribuidor opere en alguna forma "por cuenta" del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente AGENTE de su principal.

Tomo 2, Libros 3, 4 y 5. Actualmente los originales de esta exposición de motivos se halla en los archivos físicos de la Superintendencia de Sociedades.

HECHO PROBADO: En relación con los KITS PREPAGO que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirirían de CONTADO, el descuento remuneratorio que COMCEL estableció

a favor de LA DEMANDANTE corresponde a la utilidad que LA DEMANDANTE obtenía en la diferencia de precios entre el precio que COMCEL le fijaba al cliente/suscriptor, y el precio menor que LA DEMANDANTE, del dinero pagado por el cliente/suscriptor. Esta utilidad, según la Exposición de Motivos del Código de Comercio, fue uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial.

## COMISIÓN POR TRANSACCIÓN DE RECAUDO: SERVICIOS CPS

### DICTAMEN:

#### **C.3.b)**

**A partir de julio 29 de 2013, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta: ¿Cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE?**

#### **RESPUESTA**

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por **LA DEMANDANTE**, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que **COMCEL** le pagó a **LA DEMANDANTE** es de **\$1.544** por transacción de recaudo ( $\$1.933.850.806 \div 1.252.811$ ). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD	VALOR
Julio 29 a diciembre 31 de 2013	39.109	49.432.680
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	116.667	175.841.500
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	201.919	285.182.476
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	337.359	540.488.330
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	474.356	698.969.160
Enero 1 a abril 13 de 2018	83.401	183.936.660
<b>TOTAL</b>	<b>1.252.811</b>	<b>\$ 1.933.850.806</b>
<b>PROMEDIO</b>		<b>1.544</b>

En el siguiente anexo, se aporta el detalle y los pagos realizados por COMCEL a LA DEMANDANTE por concepto de comisión por transacción de recaudo:

Anexo electrónico No. 31-C.3.b-Facturas, pagos y libros auxiliares de contabilidad de la comisión por transacción de recaudo.

VER Prueba: Págs. 39 y 40, DICTAMEN.

Circular:

Para Distribuidores Claro Móvil  
De María del Pilar Suárez G.  
Asunto **NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES**

Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0%	90%	100%	>= a 120%
	89,99%	99,99%	119,99%	
1er.Q	\$ 1.200	\$ 1.400	\$ 1.450	\$ 1.600
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350  
26 DE DICIEMBRE DE 2017

1  
INFORMACION CONFIDENCIAL

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

**ACTIVACIÓN DE SIM CARDS**

### 1.3 Amigo SIM

Para las activaciones de líneas prepago con Amigo Sim que se realicen en el periodo a partir del **01 de Enero de 2017**, el distribuidor tendrá derecho a recibir dentro de los seis meses siguientes a la activación de la línea una bonificación mensual del 8% del valor de las recargas realizadas dentro del respectivo mes. Esta bonificación se reconocerá, siempre y cuando la línea haya realizado un evento con costo.

Así mismo, para el pago de la bonificación y el anticipo se requiere que el cliente este activo en COMCEL, que los documentos hayan sido debidamente revisados y aprobados conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL e ingresados a través de los sistemas de activación y de legalización (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales y que las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones. Archivo 20161228.

HECHO PROBADO: COMCEL, a través de las denominadas Cartas de Comisiones fijó las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago y cada plan prepago activado en la red celular de COMCEL, y, a través de Circulares, fijó la comisión que LA DEMANDANTE recibiría por cada transacción de recaudo realizada.

#### 1.1.1.9. Zona Prefijada.

##### a) Confesión de COMCEL:

En los hechos 57 y 58 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

57. EL CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA OCCIDENTAL.

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

Demanda reformada, Págs. 42

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 22:

57. Es cierto.

58. Es cierto.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

b) **Pruebas documentales:**

▪ **Cláusulas del CONTRATO:**

1.12. "Área de Servicio" significa el área geográfica en la cual COMCEL preste o llegue a prestar el Servicio.

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

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

EL DISTRIBUIDOR, observará estrictamente las instrucciones que se le impartan por COMCEL sobre las materias anteriores... y, en todo caso requerirá de la previa autorización escrita... en particular para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

MODELO ANEXO C. El DISTRIBUIDOR calificado como Centro de Ventas y COMCEL han llegado a un acuerdo, para la creación de un fondo destinado a actividades de mercadeo y publicidad, dentro de las siguientes condiciones: OBJETIVOS. 1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas a promover los productos y servicios. 1.2 Colaborar con el Centro de Ventas con el acceso al fondo para lograr presencia en el mercado. 1.3 Mantener un alto nivel de conocimiento de COMCEL dentro del área de cubrimiento.

Prueba No. 8 aportada con la demanda: Modelos contractuales de COMCEL.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área OCCIDENTAL y, dentro del área OCCIDENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

▪ Actas de conciliación de cuentas:

**CONSIDERACIONES**

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

*1.1 El 29 de Enero de 2009 COMCEL S.A. y DIGIMOVIL S.A.S., suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Occidente.*

Prueba No. 2 aportada con la CONTESTACIÓN de la demanda reformada: Actas Conciliación de Cuentas.

- Prueba No. 06 aportada con la demanda: En esta carpeta se hallan los certificados de matrícula mercantil de los establecimientos de comercio que LA DEMANDANTE, en efecto, abrió en el ÁREA OCCIDENTAL.

▪ DICTAMEN:

**B.1.b) Extensión de los negocios: ¿En qué puntos (locales comerciales) comercializó LA DEMANDANTE los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL? Se le solicita al perito indicar la ciudad y dirección de estos?**

**RESPUESTA.** De acuerdo con los certificados de registro mercantil entregados por DIGIMOVIL, los puntos donde DIGIMOVIL comercializó los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL son los siguientes:

MUNICIPIO	PUNTO	DIRECCIÓN
MANIZALES	CENTRO PP MULTIPUNTO	CR 7C 11 47 ED PALMARU LC 1
MANIZALES	AV SANTANDER TRIANGULO	CR 23 53 A 04
MANIZALES	CABLE SIGLO XXI	CR 23 64 B 33
MANIZALES	BURBUJA	CENTRO COMERCIAL PARQUE CALDAS / BURBUJA ENTRADA PRINCIPAL
DORADA	DORADA	CC DORADA PLAZA LC N 001 BLOQUE AZUL
ANSERMA	ANSERMA	CRA 4 7-14
PEREIRA	CUBA	CARRERA 25 69 19 PISO 1
ARMENIA	PORTAL DEL QUINDIO	AV BOLIVAR 19-46 C.CIAL PORTAL DEL QUINDIO L-N240

En el anexo siguiente, se adjuntan los documentos escaneados:

**Anexo electrónico No. 23 -B.1.b-Certificados de registro mercantil**

HECHO PROBADO: LA DEMANDANTE, en efecto, operó establecimientos de comercio ubicados en el Área OCCIDENTAL, área que corresponde al territorio del CONTRATO.

1.1.1.10. La clientela gestionada por LA DEMANDANTE fue la clientela de COMCEL.

a) Confesión de COMCEL:

LA DEMANDANTE, en el hecho 78 de la demanda reformada, alegó:

78. En franca coherencia con las cláusulas transcritas, y a propósito de los avisos exteriores que identificaron los establecimientos de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, el 13 de abril de 2005 COMCEL emitió la circular GSD-2005-153468 en la cual se manifestó:

Para De <b>Asunto</b>	Distribuidores Comcel María del Pilar Suárez G. <b>MANTENIMIENTO DE AVISOS</b>
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	
Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.	

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que es cierto; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 26:

78) Es cierto que COMCEL emitió el 13 de abril de 2005 la circular a que se refiere este hecho, conducta que corresponde a lo que pactaron los contratantes.

Contestación de COMCEL, Pág. 26

b) Pruebas documentales:

▪ Cláusulas del CONTRATO:

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL y, EL DISTRIBUIDOR, no podrá en forma ninguna distraerlos ni desviarlos, ...

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR, verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada advirtiéndole que se entiende rendida bajo

gravedad del juramento y adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante.

10. Cooperación. EL DISTRIBUIDOR cooperará en todo momento con los representantes de COMCEL y reportará oportunamente a COMCEL cualquier información que llegue a la atención del DISTRIBUIDOR relacionada con quejas o reclamos con respecto al Servicio y a los Productos, necesidades e intereses del cliente y condiciones locales del mercado.

25. Convenio. (...) EL DISTRIBUIDOR conviene y acuerda que ni EL DISTRIBUIDOR ni ninguna de sus filiales, contactará, directa o indirectamente a los abonados de COMCEL con miras a pasar a esos abonados de COMCEL a cualquier tercero, preste o no un Servicio Competitivo o a un distribuidor actual de COMCEL. El incumplimiento o tentativa de incumplimiento de esta estipulación constituye causa de incumplimiento grave, origina su terminación anticipada por condición resolutoria expresa e implica la exigibilidad de la penal pecuniaria más alta consagrada en este contrato, sin perjuicio de la indemnización ordinaria.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los clientes y abonados que LA DEMANDANTE gestionó y los cuales se vincularon con COMCEL mediante un contrato de "prestación de servicios de telefonía móvil celular" y/o de venta de un equipo terminal debidamente activado en la red celular de COMCEL, fueron clientes de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE no podía desviar esos clientes a favor de un tercero.

▪ **Informes de sostenibilidad de COMCEL:**

Página 9: Nuestros clientes son la razón de ser de nuestra compañía, por lo que trabajamos constantemente en servicio y atención para encontrar nuevas formas de satisfacer sus necesidades y expectativas...

Página 31: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 60: Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el

70% de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2012 de COMCEL

Página 23: Distribuidores: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes...

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2015 de COMCEL.

Página 63: La red de distribución de Claro, sin duda, es el canal más importante de comercialización y una herramienta fundamental para el cumplimiento de las metas corporativas, tanto desde el punto de vista de calidad, como en la atención a los clientes...

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2016 de COMCEL

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

▪ **Circulares:**

Para De Asunto	Distribuidores Comcel María del Pilar Suárez G. <b>MANTENIMIENTO DE AVISOS</b>
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	

VER Prueba No. 13 de la demanda. Circular Avisos.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE tenía la obligación de mantener en sus establecimientos avisos con la marca COMCEL-CLARO. (ii) Estos avisos exteriores instalados por COMCEL le garantizaron al cliente de COMCEL la seguridad de estar en un punto de venta de COMCEL.

c) **Testimonios:**

Testimonio de Juan Carlos Villescás. Gerente de Marketing COMCEL.	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, gracias Juan Carlos, muy claro, Juan Carlos esas actividades comerciales, mercadotécnicas y promocionales a las que ha hecho referencia que habitualmente realizan los miembros de la red, tiene por objeto tú nos decías y quiero que nos expliques un poco, nos decías que tienen por objeto atraer nuevos clientes, yo te pregunto, <u>¿esos clientes nuevos que se consiguen van a ser clientes de quién?</u>	[TESTIGO JUAN CARLOS VILLESCAS]: <u>De Comcel.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Es decir, eso que tú has referido planes pospago, prepago <u>¿es el portafolio de servicios de telefonía móvil celular de Comcel?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Entonces para redondear tu pregunta, te formulo la siguiente, ¿lo que se buscaba con esas actividades promocionales específicamente era conseguir ventas de ese portafolio de servicios de Comcel?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>Si señor, conseguir ventas.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Tu nos hablaste de consecución de clientes, en tu respuesta cuando te referiste a las actividades que realizaban estos miembros de la red, yo te pregunto esos clientes que se buscaban conseguir una vez se conseguían <u>¿eran clientes de quién?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: <u>De Comcel S.A.</u>

Testimonio de Juan Isaza. Coordinador Comercial de COMCEL.	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Yo le pregunto doctor Juan David, para cerrar el tema de este contrato de prestación de servicios, cuando usted se refiere al cliente, <u>¿se está refiriendo al cliente de Comcel?</u>	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí, al cliente que está comprando un teléfono o un plan pospago.</u>
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese cliente, <u>¿es un cliente de Comcel?</u>	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Es un cliente de Comcel.</u>

Testimonio de Jimena Villegas. Coordinadora Comercial COMCEL.	
[APODERADO DEMANDANTE]: ¿Y quiénes eran los destinatarios de esas actividades comerciales, es decir a quién se buscaba vender esos servicios y productos?	[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: A usuarios, pues a clientes que llegaban a los puntos de venta.
[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, <u>¿esos clientes o usuarios que tú referes una vez adquirirían cualquiera de esos servicios y productos entraban a ser parte de los clientes de Comcel?</u>	[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: El usuario adquiría un producto de Comcel y ahí ya empezaba a tener relación con la compañía porque le facturaba a la compañía.

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

1.1.2. Conclusiones sobre las pruebas obrantes en el expediente en relación con la naturaleza jurídica del CONTRATO.

En el presente proceso, contrariamente a lo dicho por la Juez a quo en la SENTENCIA, tal y como consta en el anterior numeral 1.1.1. de la presente sustentación, sí se probó que la naturaleza del CONTRATO fue de Agencia Comercial; veamos: Los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial son: (i) Calidad de las partes: El agente y el empresario agenciado son comerciantes. (ii) Independencia del agente: el agente comercial no está subordinado al empresario agenciado. (iii) Estabilidad o permanencia del vínculo negocial: el encargo que el empresario agenciado le hace al agente comercial no es esporádico, es permanente. (iv) Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado: el empresario agenciado le encarga la promoción y explotación de su negocio al agente comercial. (v) La Zona Prefijada: el agente comercial ejecuta el referido encargo en las zonas que el empresario agenciado determina. (vi) Remuneración del agente comercial: en la agencia comercial se pacta una remuneración a favor del agente comercial; esta remuneración puede consistir en una comisión, en una utilidad (diferencia en precio) o en una regalía (porcentaje sobre los ingresos generados a favor del empresario agenciado). (vii) Actuación del agente por cuenta del empresario agenciado: el agente comercial ejecuta el encargo de explotación del negocio del empresario agenciado mediante la celebración, por cuenta del empresario agenciado, de negocios jurídicos.

- Las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, demuestran que el CONTRATO reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, así:
  - ✓ COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.
  - ✓ LA DEMANDANTE no es subordinada de COMCEL; LA DEMANDANTE celebró y ejecutó el CONTRATO en su calidad de empresario independiente de COMCEL.
  - ✓ El CONTRATO se ejecutó de manera estable y permanente.

- ✓ COMCEL le encargó la promoción y explotación de su negocio a LA DEMANDANTE.
- ✓ El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.
- ✓ Para la ejecución de dicho encargo, COMCEL le prefijó una zona a LA DEMANDANTE.
- ✓ COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

El sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO a favor de LA DEMANDANTE estuvo integrado por los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Utilidades que fueron equivalentes a los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago de contado y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas de tiempo al aire comercializadas..

- ✓ LA DEMANDANTE, en la zona prefijada, explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración, **en nombre y por cuenta de COMCEL**, de (i) contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y, (ii) contratos de “Venta de Equipos Terminales”. Estos contratos se perfeccionaron así:

- ✚ COMCEL le enviaba a LA DEMANDANTE los textos de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”. Estos contratos tenían unos espacios en blanco que LA DEMANDANTE debía completar con los datos de cada cliente captado y con los datos de los elementos accidentales acordados con cada cliente: p.e. plan pospago o prepago elegido por el cliente, equipo terminal elegido por el cliente (teléfono celular o Sim Card), valor de activación del plan pospago o prepago, valor del equipo terminal, condiciones de financiación del equipo terminal cuando COMCEL lo financiaba, etcétera.

- ✚ Una vez LA DEMANDANTE y el respectivo cliente/suscriptor concertaban los elementos accidentales de los negocios, se suscribían,

**DE MANERA SIMULTÁNEA**, el contrato de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y el contrato de “Venta de Equipo Terminal”. En los planes pospago y en la venta de equipos terminales financiados (Pospago y Prepago), los clientes/suscriptores, además de estos contratos, suscribían a favor de COMCEL un pagaré en blanco con su respectiva carta de instrucciones.

✚ LA DEMANDANTE, una vez suscritos los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”:

(i) Activaba en la red celular de COMCEL la respectiva línea de telefonía móvil celular; esta activación la realizaba directamente LA DEMANDANTE a través del sistema POLIEDRO. (ii) Le entregaba al cliente/suscriptor el respectivo equipo terminal debidamente activado. A partir de la activación, el cliente/suscriptor accedía al plan pospago o prepago de Telefonía Móvil Celular contratado con COMCEL y desde este momento podía realizar y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto, etcétera. (iii) LA DEMANDANTE, finalmente, le enviaba a COMCEL los contratos físicos que acordó con cada cliente/suscriptor y los demás documentos exigidos por COMCEL: Copia de la cédula del cliente, copia del certificado de existencia y representación (cuando es persona jurídica) con copia de la cédula del representante legal, los pagarés en blanco con sus cartas de instrucciones (planes pospago y venta de equipos terminales financiados), etcétera.

✚ El provecho fue de COMCEL: Los dineros que los clientes/suscriptores de COMCEL pagaron en virtud de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales” constituyeron ingresos operacionales de COMCEL. Por expresa disposición contractual, estos dineros (servicios y productos) eran propiedad de COMCEL.

Los ingresos de LA DEMANDANTE, en contraste, provenían del sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO.

✚ Los riesgos fueron de COMCEL: Porque los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de

Equipos Terminales Financiados” vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos los riesgos de cartera y los operativos relacionados con la correcta prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular y correcto funcionamiento de los Equipos Terminales - teléfonos celulares y Sim Cards-.

- ✓ La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue la clientela de COMCEL.: Con la celebración de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”, los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE quedaron vinculados contractualmente con COMCEL, no con LA DEMANDANTE. Estos clientes/suscriptores, en consecuencia, pasaron a ser clientes directos de COMCEL.

---

1.2. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER DECLARADO QUE EL CONTRATO FUE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL POR REUNIR LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DE ESTE TIPO DE CONTRATO Y POR HABER SIDO LA REAL INTENCIÓN DE LAS PARTES

---

1.2.1. El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de la Agencia Comercial fue un típico negocio de Agencia Comercial y así se ha debido declarar la SENTENCIA.

COMCEL, como lo demuestran las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO; LA DEMANDANTE se adhirió al CONTRATO.

La cláusula cuarta, la cláusula 15 y todas las demás estipulaciones del CONTRATO en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio celebrado, o en las que lo denominó un atípico negocio de distribución, de comisión o de “compras para la reventa”, están amparados por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC).

Asimismo, las otras cláusulas del CONTRATO en las que se hallan los elementos esenciales de la Agencia Comercial también están amparadas por el principio *pacta sunt servanda*.

Del texto contractual extendido por COMCEL (cláusula 4ª, cláusula 15, etcétera), por una parte, y de los elementos esenciales del CONTRATO, por la otra, se pueden deducir DOS VOLUNTADES NEGOCIALES que son contradictorias y excluyentes entre sí: (i) Una primera voluntad negocial que intenta derrotar toda posibilidad de una Agencia Comercial, bien sea mediante su exclusión expresa o mediante una velada calificación del CONTRATO como un atípico negocio de Distribución, de Comisión o de “Compras para la Reventa”. (ii) Una segunda voluntad negocial que se extrae a partir de la causa originadora, del objeto estructural y de las obligaciones emanadas del contrato celebrado y ejecutado, y que permite deducir que el CONTRATO incorpora todos y cada uno de los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

Estas voluntades contradictorias y excluyentes entre sí, en preciso lenguaje jurídico, configuran una “antinomía”.

Con fundamento en los Arts. 1501 CCO, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 8º de la Ley 153 de 1887 y 23 del CST (ora por analogía, ora por incorporar un principio general de derecho), y a partir del principio del “Contrato Realidad” que las subyace, la referida antinomía se resuelve a favor de la calificación del CONTRATO como un típico negocio de Agencia Comercial.

Como fundamento complementario se tiene: Según el Art. 898 CCO (Inciso 2º), un contrato solamente se puede declarar inexistente cuando falte alguno de sus elementos esenciales. En el presente caso, la SENTENCIA declaró la inexistencia de una Agencia Comercial, esto a pesar de que el CONTRATO, como resultó probado, reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

- Del error de derecho cometido por las partes en cuanto a la calificación del CONTRATO:
  - ✓ COMCEL, se reitera, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, incorporó cláusulas en las que denominó el negocio como un atípico negocio de distribución y, además, incorporó otras que excluyeron expresamente a la Agencia Comercial como calificación suya.

- ✓ Al clausulado así concebido se adhirió LA DEMANDANTE.
- ✓ Al resultar probado que entre las partes se celebró y se ejecutó un típico negocio de Agencia Comercial, las cláusulas que COMCEL extendió y a las que LA DEMANDANTE se adhirió, y en las que el negocio se calificó como un atípico contrato de distribución, o en las que se excluyó expresamente una Agencia Comercial, fueron cláusulas que incorporaron un “Error de Derecho” (NO UNA FALSEDAD IDEOLÓGICA).

Este error de derecho, en voces del Art. 1509 CC, no vició el consentimiento:

ARTICULO 1509 CC: El error sobre un punto de derecho no vicia el consentimiento.

El error de derecho incorporado en el texto contractual que COMCEL extendió, y el silencio que frente a él mantuvo LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, en nada afectaron la naturaleza jurídica ni la validez de la Agencia Comercial realmente celebrada.

A propósito de este “Error de Derecho”, en la SENTENCIA la Juez señaló:

Pág. 11 de la Sentencia: En ese contexto, ya se anotó que el Tribunal no encuentra de recibo que la parte demandante hubiera esperado el transcurso de 11 años de ejecución de la relación contractual como si se tratase de un negocio jurídico de distribución, para plantear, después, reclamaciones derivadas de una anunciada agencia comercial. Tal proceder, amén de ir contra el acto propio, no acompasa con el principio según el cual, "los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural" (Código de Comercio, art. 871).

En relación con este argumento, se tiene:

- Durante la ejecución del CONTRATO, ninguna de las partes le elevó a su co-contratante reclamación alguna relacionada con algún elemento natural de la Agencia Comercial, motivo por el cual, durante su ejecución, nunca surgió la necesidad de develar la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.
- LA DEMANDANTE, durante la ejecución del CONTRATO, se ocupó enteramente de cumplir con las obligaciones de dar, hacer y no hacer que

tuvieron por fuente al CONTRATO, las cuales debía cumplir en armonía con las instrucciones que COMCEL le enviaba periódicamente a través de las denominadas “Circulares” y “Cartas de Comisiones”.

- Las principales consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial se desatan al momento de su terminación: (i) Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Derecho de retención del Art. 1326 CCO. (iii) Indemnización especial del inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO, cuando hay lugar a ella.
- Por este motivo, solamente hasta el momento de la terminación del CONTRATO fue cuando LA DEMANDANTE ejerció el derecho de retención del Art. 1326 CCO y le reclamó a COMCEL la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO y la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO.

Solamente al momento de la terminación del CONTRATO, entonces, surgió entre las partes una controversia relativa a la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.

La espera de 11 años a que se refiere la Ratio Decidendi de LA SENTENCIA es, jurídicamente, irrelevante: Ninguna prescripción se generó al respecto. En efecto, la Prestación Mercantil y la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO que LA DEMANDANTE reclama, se hicieron exigibles al momento de la terminación del CONTRATO, de tal manera que el respectivo término de prescripción se empieza a contar a partir de la fecha de su terminación:

ARTÍCULO 2535 CC: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

En los subsiguientes subtítulos se desarrolla el Principio del Contrato Realidad, se demuestra que COMCEL, como predisponente del CONTRATO intentó eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial, se demuestra que el CONTRATO no reunió los elementos esenciales de un típico contrato de COMISIÓN y se demuestra que el “Error de Derecho” en que incurrió COMCEL y al que se adhirió LA DEMANDANTE relativo a la calificación del CONTRATO, no vició el consentimiento de las partes ni tampoco generó consecuencia jurídica alguna.

---

### 1.2.2. Principio del “Contrato Realidad”.

**Este principio, en materia civil y por ende comercial<sup>1</sup>, se deriva de los artículos 1501 y 1618 del CC:**

ART. 1501 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

ART. 1618 CC: Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

**Según este principio, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen, por ejemplo, a través de elementos accidentales.**

**El principio del “Contrato Realidad”, así concebido, está perfectamente enunciado en la ley laboral:**

Numeral 2º del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo: (...) 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

**Por vía del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 también se explica la aplicación de este principio claramente incorporado en la ley laboral a la cuestión sub iúdice, ora por analogía, ora por ser una regla general del derecho:**

Ley 153 de 1887. Art. 8º: Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

---

<sup>1</sup> ART. 822 CCO: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”

En suma, a partir de los artículos 1501 y 1618 del CC por una parte, y de los artículos 22 del CST y 8° de la Ley 153 de 1887 por la otra, se predica que sobre el CONTRATO rige el principio del “Contrato Realidad”.

Principio del “Contrato Realidad”. Aproximación jurisprudencial: La Corte Suprema de Justicia se ha pronunciado, en los siguientes términos, frente a este principio:

Este principio ha sido reiteradamente consagrado en nuestra jurisprudencia, la cual ha afirmado:

*“La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo del litigio no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato en otro por el mero hecho de darle un nombre” (Sentencia del 9 de septiembre de 1929, G.J., tomo XXXVII, Pág. 128).*

Igualmente ha dicho “los pactos no tienen la calidad que les den los contratantes, sino la que realmente les corresponde” (Sentencia del 28 de julio de 1940, G.J. tomo XLIX, pág. 574)

En las siguientes sentencias también sostuvo:

Sentencia de diciembre 14 de 2005. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-023-1997-24529-01. Páginas 17 y 18: Desde luego que para abatir su juicio al respecto no bastaba afirmar que el contrato suscrito fue de agencia comercial, porque así se le designó en el documento otorgado unos meses después para clausurarlo, puesto que lo que le da fisonomía a un negocio jurídico no es la denominación que le asignen las partes, sino los elementos que le confieren una determinada estructura negocial, típica o atípica y la función económica que pretenden cumplir los contratantes. Los pactos, tiene dicho la Corte, “no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales” (G.J. t. L, pág. 27), luego para salir victorioso en su aspiración el recurrente tenía que desarrollar una labor mucho más exigente, que necesariamente lo apremiaba a comprobar que en el mencionado convenio se conjugan los elementos esenciales de contrato de agencia comercial que dice haber concluido con la demandada, sacando a flote, de paso, el desacierto el Tribunal por hacer tabla rasa de ellos, laborío en el que se quedó corto.

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable

que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. Ese proceder, a pesar de ser viable, se hace innecesario si se tiene en cuenta que el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción, sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica. Sobre este punto la Corte tiene precisado que “es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos. (...) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474). (...) Por tal razón, cuando un nexo de esa índole se hace constar por escrito y se aduce que éste no contiene la real voluntad de los concertantes o que simplemente el apelativo dado para identificarlo no corresponde al contenido de sus estipulaciones, es imprescindible hacer un contraste entre ambas figuras para que, dejando de lado los puntos en que convergen y delimitadas sus divergencias, se encamine el esfuerzo probatorio a develar

la presencia de estas últimas en la forma como se desarrollan las relaciones entre sus intervinientes, sin que se requiera de un pronunciamiento previo sobre la existencia de un concierto simulatorio.

**CONCLUSIONES:** (i) La calificación de un negocio con fundamento en el Principio del Contrato Realidad es un acto de interpretación jurídica que no requiere el ejercicio de la acción simulatoria. (ii) Según este principio interpretativo, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen. (iii) El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de un típico contrato de Agencia Comercial y al margen de la denominación equivocada que COMCEL extendió como predisponente del negocio, debe ser calificado como un típico agenciamiento comercial. (iv) En consecuencia, entre COMCEL como agenciado y LA DEMANDANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídica patrimonial típica y nominada de Agencia Comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

---

1.2.3. El CONTRATO, según la real intención de las partes, fue de Agencia Comercial.

Las cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO, en su literalidad, rehúyen una Agencia Comercial como calificación jurídica del CONTRATO. Sin embargo, según el Art. 1628 CC, prevalece la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras.

ARTICULO 1618 CC: Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras.

En el presente proceso, y a partir de las pruebas que el Juez ad quem pretermitió, resultó probado que las partes celebraron y ejecutaron una típica Agencia Comercial. Ver títulos 1.2.2.3 a 1.2.2.10 y 1.2.3.1.1 a 1.2.3.1.9 de la presente demanda.

Entonces, al resultar probado que la causa y la finalidad común que motivó la celebración del CONTRATO, y que el objeto, contenido y alcance de las obligaciones contractuales que las partes asumieron y ejecutaron, corresponden todos con la esencia de una Agencia Comercial, no queda duda alguna que la intención común de COMCEL y LA DEMANDANTE fue la de celebrar y ejecutar una típica Agencia Comercial,

intención que, jurídicamente, prevalece sobre la literalidad de la cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) que COMCEL extendió.

---

1.2.4. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas con las cuales intentó eludir las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial.

COMCEL, como predisponente del modelo contractual al que se adhirieron los miembros de su red de agentes/distribuidores (LA DEMANDANTE incluida), v. gr. como predisponente del CONTRATO, realizó ingentes esfuerzos para eludir las consecuencias económicas que son connaturales al contrato de Agencia Comercial, entre ellas la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, la indemnización especial que regula el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO y el derecho de retención que regula el Art. 1326 CCO.

Hicieron parte de estos intentos los siguientes:

- COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de LA DEMANDANTE: Cláusulas 5.3 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas de indemnidad a su favor: Cláusula 17.4 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones: Cláusulas 30 (inciso 3º) del CONTRATO.
- COMCEL extendió cláusulas que simulan débitos a su favor que se causarían al momento de la terminación del CONTRATO, débitos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil que legalmente se causó a favor de LA DEMANDANTE: Cláusula 15, inciso 2º, Anexo C, Núm. 5º del CONTRATO.

De estos intentos elusivos de COMCEL, por su pertinencia, únicamente se hará referencia, en el presente cargo, al siguiente: COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO. Respecto de los otros intentos elusivos, en el Cargo Segundo de la presente demanda se atacará la

SENTENCIA por no haber anulado, como ha debido hacerlo, las respectivas cláusulas elusivas y abusivas extendidas por COMCEL.

COMCEL, se reitera, fue la parte que extendió el CONTRATO; son diversas las implicaciones que acarrea el que COMCEL haya extendido o dictado el CONTRATO; una de ellas versa sobre su interpretación:

ARTICULO 1624 CC: (...) Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La ambigüedad a que se refiere el Art. 1624 CC se tipifica, por ejemplo, en los siguientes casos:

- a) Caso 1. Un texto oscuro: Del texto incorporado en una misma estipulación (p. e. en una única cláusula) se pueden extraer dos reglas diferentes, esto según la interpretación que se les dé a las palabras extendidas. En este caso se debe preferir la regla que se extraiga del entendimiento que el adherente hizo de la respectiva cláusula.
- b) Caso 2. Dos textos claros, pero antinómicos: Del texto claro e inequívoco de una primera cláusula se extrae una primera regla, pero, del texto también claro e inequívoco de una segunda cláusula, se extrae una segunda regla que contradice a la primera. Frente a esta antinomia contractual se debe preferir la regla o precepto que favorezca al adherente.

Sentencia de mayo 8 de 1974 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria:

No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente.

En el presente caso, resultó probado que COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió unas cláusulas que rehúyen la calificación del contrato como un

típico negocio de Agencia Comercial pero, simultáneamente, extendió otras que incorporan todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

Ante la ambigüedad del texto así concebido por COMCEL, la interpretación del CONTRATO se debe hacer en contra de COMCEL, es decir, en contra de sus inicuos intentos que, como predisponente del texto contractual, realizó por eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial.

CONCLUSIÓN: La SENTENCIA al no tener en cuenta las pruebas que han sido referidas en los anteriores numerales que probaron que el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos de la esencial del contrato de agencia comercial y no aplicar a la interpretación y definición sobre la naturaleza del CONTRATO los principios del Contrato Realidad y la interpretación del clausulado antinómico del CONTRATO en favor de LA DEMANDANTE como adherente y en contra de COMCEL como predisponente del texto contractual:

- a) No declaró en la SENTENCIA que el CONTRATO fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, con lo cual se violaron los Arts. 27 (inciso 2º) CC, 1501 CC, 1509 CC, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 1509 CC, 822 CCO, 898 (Inciso 2º) CCO, 1317 CCO, 8º de la Ley 153 de 1887 y 23 (Núm. 2º) Código Sustantivo del Trabajo).
- b) Este yerro cometido por el Juez ad quem, asimismo, conllevó a una violación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, el Art. 1326 CCO y los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP; en efecto, la violación de estas normas impidió:
  - Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO, lo que constituyó una violación indirecta y consecucional de esta norma.
  - Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han venido causando desde la notificación a COMCEL del auto admisorio de la demanda, lo que constituyó una violación indirecta y consecucional de los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP.
  - Que en la SENTENCIA se declarara que LA DEMANDANTE ejerció, válidamente, el derecho de retención, lo que constituyó una violación indirecta y consecucional del Art. 1326 CCO.

---

### 1.3. LAS PARTES NO PUEDEN RENUNCIAR A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

---

- 1.3.1. Error de la SENTENCIA al considerar que el CONTRATO no fue de agencia porque “las partes excluyeron expresamente a la Agencia Comercial como calificación del CONTRATO”. Los pactos, “no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales”.

La SENTENCIA como parte de su fundamentación para negar la existencia de un contrato de agencia, transcribió la cláusula del CONTRATO que dice:

El presente contrato es de distribución. Nada en ese contrato se interpretara no constituirá ... agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implicará responsabilidad coligada, compartida o plural ni obligación por CELCARIBE en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad , ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por interferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresa o implícitas con respecto al servicio, salvo las expresamente autorizadas por CELCARIBE según los términos y condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a CELCARIBE en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de las calidades.

La Juez A quo en el proceso de calificación jurídica del CONTRATO, invocó la referida cláusula para colegir que entre las partes no se celebró una Agencia Comercial.

El proceso interpretativo de los contratos, en sentido amplio, está compuesto por las siguientes tres etapas sucesivas:

- a) **Interpretación en sentido estricto o etapa de verificación:** En esta primera etapa se busca verificar el significado jurídicamente relevante de lo dicho por las partes. A partir del resultado obtenido, se extrae el contenido obligacional que las partes acordaron y, de él, los elementos esenciales del contrato celebrado. **Esta etapa está regulada por los Arts. 1618 a 1624 CC.**
- b) **Etapas de Calificación Jurídica:** En esta etapa se establece si los elementos esenciales del contrato celebrado coinciden con los elementos esenciales de algún contrato tipificado en la Ley. De haber coincidencia al contrato celebrado se le asigna la calificación legal que corresponda. Porque no todos los contratos que se celebran en el tráfico civil y mercantil están tipificados en la Ley, es posible que el resultado de esta etapa arroje la existencia de un contrato atípico. **Esta etapa está regulada por el Art. 1501 CC.**

- c) Etapa de Integración: En esta etapa se integra el contrato celebrado con reglas contractuales que provienen de fuentes externas al reglamento acordado por las partes (p.e. elementos naturales que provienen de normas imperativas, normas supletivas, costumbre, etcétera).

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: Sobre este punto la Corte tiene precisado que “es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual.

Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes;

la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos;

y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...)

En relación con el proceso de interpretación en sentido amplio de los contratos, importan, en el presente cargo, dos normas sustanciales: El Art. 1501 CC y el Art. 822 CC; el primero determina la etapa de “calificación jurídica” de los contratos civiles, y el segundo extiende su aplicación a los contratos mercantiles.

Etapa de “calificación jurídica”: El Art. 1501 CC establece:

ARTICULO 1501 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

La calificación de un contrato es una labor estrictamente jurídica que, en armonía con el Art. 1501 CC, se limita a establecer si los elementos esenciales del contrato calificado, coinciden o no con los elementos esenciales de un contrato tipificado en la Ley: Si coinciden, al contrato se le asigna la calificación legal que corresponda; si no coinciden, se estaría en presencia de un contrato atípico.

En la etapa de calificación del contrato, las cláusulas que los co-contratantes extiendan y en las que se califique el contrato de alguna manera o se excluya de su calificación algún tipo contractual en particular, carecen de toda eficacia normativa, pues la Ley, de manera perentoria, estableció que para la calificación jurídica de un contrato únicamente se tendrán en cuenta sus elementos esenciales. Por este motivo, dichas

**cláusulas no determinan ni afectan de manera alguna el proceso de calificación del negocio.**

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos.

Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevénida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica" (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474).

El Art. 1501 CC, en virtud del Art. 822 CCO, rige también frente a los contratos mercantiles:

ARTÍCULO 822 CCO: Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La SENTENCIA incurrió, entonces, al concluir que el CONTRATO no fue de agencia comercial porque las partes renunciaron expresa y válidamente a la calificación del mismo como de agencia comercial, incurrió en un grave yerro jurídico violando el Art. 1501 CC y el Art. 822 CCO, toda vez que: **En el proceso de calificación jurídica del CONTRATO y según lo ordena el Art. 1501 CC, el juez a quo únicamente podía considerar los elementos esenciales del CONTRATO. La SENTENCIA, al involucrar en la calificación del CONTRATO aspectos ajenos a los elementos esenciales del CONTRATO, concretamente las cláusulas en las que las partes calificaron o excluyeron de su calificación un determinado tipo contractual, violó los Art. 1501 CC y 822 CCO de manera directa, el primero en virtud a la remisión que el segundo ordena, el segundo por haber incumplido tal remisión.**

---

#### 1.4. LA DEMANDANTE NO COMPRABA TELÉFONOS PARA REVENDERLOS

En la SENTENCIA, como argumento estructural para declarar que el CONTRATO fue de distribución y no de agencia, el Juez a quo señaló que LA DEMANDANTE en lo relacionado con la comercialización de los denominados Kits Prepago compraba teléfonos a COMCEL para revenderlos a terceros y, por lo mismo, esta supuesta compra para reventa hacía imperioso excluir la existencia de un contrato de agencia comercial.

---

##### 1.4.1. LA DEMANDANTE, según se probó, en la comercialización de los Kits Prepago actuaba por cuenta de COMCEL y no compraba teléfonos para revenderlos.

Si la juez a quo hubiese apreciado y valorado, de forma conjunta y como una unidad probatoria, las pruebas obrantes en el expediente que se refieren en los subsiguientes numerales contrariamente a lo que sucedió, habría concluido en la SENTENCIA que LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL en la promoción y comercialización de todos los productos y servicios de COMCEL, incluidos los denominados Kits Prepago.

En efecto, los argumentos de la SENTENCIA que constituyen el fuste de la decisión para negar la actuación de LA DEMANDANTE por cuenta de COMCEL, no reflejan la realidad que emana de la valoración conjunta del acervo probatorio y de las confesiones que hizo el apoderado de COMCEL, de los cuales se concluye, a contrario sensu de lo concluido por la SENTENCIA, que LA DEMANDANTE no le compró a COMCEL Kits Prepago para posteriormente revenderlos. Lo que demuestran las pruebas que no fueron valoradas adecuadamente, es que COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE equipos de telefonía móvil para que LA DEMANDANTE, por cuenta de COMCEL, los distribuyera y los colocara entre los clientes/suscriptores de COMCEL, atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL.

A continuación, se singularizan las pruebas obrantes en el expediente respecto de las cuales el Juez a quo erró en el tópico analizado en el presente acápite.

##### 1.4.1.1. Pruebas que demuestran que LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL.

- a) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta de la juez a quo y no lo fueron, por medio de las cuales, se corroboró que en la comercialización de los planes pospago y planes prepago de COMCEL (Kits Prepago), LA DEMANDANTE, actuando en nombre de COMCEL, celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL los contratos de “prestación de servicios de telefonía móvil celular” y de “venta de equipos terminales móviles”, contratos que vincularon a los clientes directamente con COMCEL. Estos contratos, asimismo, se celebraron por cuenta de COMCEL, quien fue la parte que quedó contractual y jurídicamente vinculada con los clientes/suscriptores.

## Pruebas Documentales:

### ▪ Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.2. EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de COMCEL, sean apropiados, teniendo en cuenta la alta calidad y la reputación del Servicio; es consciente y acepta que su estricto cumplimiento es condición esencial e imprescindible para mantener su carácter de DISTRIBUIDOR. Sin limitar la generalidad de lo anterior, EL DISTRIBUIDOR cumplirá con las obligaciones y las responsabilidades que se establecen en este Contrato y con las Instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

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

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Lo entendemos, Patricia entonces te preguntaba respecto de esos prepagos, esos clientes a los que se	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor, si tiene una línea celular sí señor.

les vende ese plan prepago, sea kit prepago o sin card, ¿igualmente también son clientes de Comcel?	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, y cuando el miembro de la red vende al cliente ese kit prepago ¿necesariamente ese kit prepago que se vende llámese el teléfono o sólo la sin card, ¿debe ir necesariamente con una línea telefónica de Comcel?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Para recibir las bonificaciones, sí señor.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, es decir que Comcel fijaba tanto el precio al que le daba el producto a Digimovil como el precio al cual debían entregárselo al cliente final.	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Sí, para que el distribuidor recibiera sus bonificaciones pues debía venderlo bajo el precio de venta al público que salía en la circular.
[APODERADO DIGIMOVIL]: <u>¿Y siempre iba atado a una línea celular ese teléfono en esta modalidad de prepago de la que estamos hablando?</u>	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Para recibir la bonificación, <u>tenía que tener una línea celular de Comcel S.A.</u>

Testimonio de Juan Isaza – Coordinador Comercial de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: <u>Cuando se le vende el kit al cliente, yo te pregunto, ¿ese kit está conformado por un teléfono, una SIM card y una línea telefónica de Comcel?</u>	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí señor.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Es decir que cada vez que DIGIMOVIL vendía un plan para COMCEL de servicios de telefonía móvil celular a los clientes de COMCEL <u>necesariamente más allá del equipo ¿lo que se vendía era ese servicio de telefonía móvil celular?</u>	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí, correcto.</u>

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, ¿tú sabes si cuando se venden esos kits Digimovil y los demás miembros de la red necesaria y obligatoriamente <u>deben vender ese equipo con una SIM card que tenga una línea telefónica de Comcel?</u>	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: <u>El producto viene junto, el producto viene del equipo con la SIM</u> o sea por eso es que se diferencia del otro producto que es el de Chip, en el chip solo vendo la SIM card y aquí si vendo el equipo con una SIM card que tiene una línea activa de Comcel, ya digamos que así sale el producto, ya que el distribuidor realmente lo venda así o que el cliente lo use así pues ya es otros temas, porque pues al final el equipo debido también a una ley que existió que, pues que se generó en el país hace algún tiempo no recuerdo cuál es exactamente ni la fecha, los equipos no salen bloqueados, entonces pues básicamente el equipo le pueden colocar una SIM card de cualquier operador y va a funcionar perfectamente.

<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, ¿para qué se entienda que esa venta de ese plan prepago es válida y genera una remuneración, es obligatorio que el equipo se venda como tú dices con esa línea telefónica de Comcel?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Digamos que en los sistemas cómo funciona para ser un poquito más, más puntual, es el equipo está concebido como un kit y cuando lo activan, yo lo voy a ver con un kit, puede haberlo vendido separado, pero la sola activación como ya estaba como predeterminado ese material yo veo que es un kit, digamos que al interior los inventarios tienen un número de material por decirlo así, entonces yo ya sé que ese equipo es un kit con una SIM card que es de un kit, que cuando la active la voy a ver como un kit.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Igualmente en lo que tú denominas <u>chip o SIM card que es cuando se vende sin el equipo telefónico ese, ¿cuándo se vende esa ese chip o SIM card igualmente eso va con una línea telefónica de Comcel atada?</u></p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: <u>Sí señor, la, el chip tiene una SIM card,</u> lo que estamos vendiendo pues es como tal el servicio sí señor.</p>

<p>Testimonio de Juan Vega – Coordinador Comercial de COMCEL</p>	
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: Yo te pregunto, tanto en los planes pospago como en los planes prepago el equipo que se le entrega al cliente una vez se <u>le vende el plan debe ir, necesaria y obligatoriamente con una línea telefónica de COMCEL para el servicio de telefonía Móvil celular.</u></p>	<p>[TESTIGO ALEJANDRO VEGA]: <u>Sí señor.</u></p>
<p>[APODERADO DIGIMOVIL]: <u>¿Cuando se vendía un kit obligatoriamente debía ir atado a una línea de telefonía móvil celular específica de Comcel?.</u></p>	<p>[TESTIGO ALEJANDRO VEGA]: <u>Sí, salía en una dupla, sí señor.</u></p>

HECHOS PROBADOS: (i) El CONTRATO definió los conceptos “establecimiento”, “servicio”, “producto del abonado” y “contrato de servicios de telefonía móvil celular”. (ii) El negocio de COMCEL es la comercialización del “servicio” y de los “productos del abonado”. (ii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus “establecimientos”, explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de “contratos de servicios de telefonía móvil celular”, contratos que suscribió con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) Para que el cliente/suscriptor accediera a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE le vendió el denominado “Producto de Abonado”; el CONTRATO define al “Producto del Abonado” así: *significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.* (iii) LA DEMANDANTE, en la comercialización del “servicio” y del “producto del abonado”, aplicó

las tarifas, los valores de teléfono, etc., que COMCEL le señaló. (iv) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" pertenecían a COMCEL, y LA DEMANDANTE tenía la obligación de recaudarlo frente al cliente/suscriptor y entregárselo a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

## CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

### Pruebas Documentales:

- **Cláusulas del CONTRATO:**

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...**

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad **que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...**

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, **única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.**

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE comercializaba los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL mediante la suscripción de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) Estos contratos los celebraba LA DEMANDANTE con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE, para la celebración de estos contratos, utilizaba el texto que COMCEL le suministraba y aplicaba en él las tarifas y precios que COMCEL señalaba. (iv) Todos los derechos y obligaciones derivados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" quedaban en cabeza de COMCEL. (v) LA DEMANDANTE recaudaba los dineros que los clientes/suscriptores pagaban y tenía la obligación de entregárselos a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

- Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

<b>Para</b>	Distribuidores Claro Móvil
<b>De</b>	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>REFERENCIAS SOLICITUDES DE SERVICIO</b>

Recordamos la importancia de diligenciar los contratos de solicitud de servicios persona natural o jurídica con la información completa de referencias personales y/o comerciales, con el fin de continuar con transcripción de los datos en Poliedro.



Los Contratos con versión de Septiembre son los siguientes:

Material SAP	Nombre del Documento	Fecha Versión Vigente
8553	SOL. PER NATURAL SIN CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8552	SOL. PER NATURAL CON CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8551	SOL. PER JURÍDICA SIN CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8550	SOL. PER JURÍDICA CON CLAUSULA + PAGARE	Septiembre de 2011
8549	SOL. DATOS PER NATURAL SIN CLAUSULA + PA	Septiembre de 2011
8548	SOL. DATOS PER NATURAL CON CLAUSULA + PA	Septiembre de 2011
8547	SOL. DATOS PER JURÍDICA SIN CLAUSULA + P	Septiembre de 2011
8546	SOL. DATOS PER JURÍDICA CON CLAUSULA + P	Septiembre de 2011

**NOTA:**

Para determinar la versión de papelería, podrá ver la siguiente Imagen:

**COMCEL**  
 COMUNICACION CELULAR S.A.  
 NIT. 800.153.993-7  
 MT8552 - **SEPT 2011** VS2 - **SEPT/2011**

**SOLICITUD DE SERVICIO COMCEL S.A.**  
**PERSONA NATURAL CON CLAUSULA DE PERMANENCIA**

TELS.: 618 1818  
 01 8000 341818

FECHA SOLICITUD  
 DIA MES AÑO

**No. C**  
 NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR  
 CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

**INFORMACION PERSONAL**  
 PRIMER APELLIDO SEGUNDO APELLIDO

**INFORMACION BANCARIA**  
 NOMBRE SUCURS.  
 TELEFONO CUENTA NUMERO

Fecha Producción  
 Fecha Versión

VER Prueba Circular 2011-GSDI01-S167958 de octubre 14 de 2011 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, junto con los pagarés que los clientes/suscriptores debían completar.

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA –CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidos a nivel nacional:

Informamos que a partir del 1 de julio de 2014 para todos los contratos de servicio con usuarios que se suscriban en planes de voz y/o datos, para persona natural y/o jurídica **no se suscribirá con cláusula de permanencia y para la compra de equipos terminales se suscribirá por separado contrato de compraventa de equipos.** Motivo por el cual, a partir del 18 de Junio de 2014 los diferentes canales de venta empezarán a recibir nueva papelería, la cual **ÚNICAMENTE PODRÁ SER UTILIZADA A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 2014**, en las siguientes condiciones:

- 1. A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 2014 SÓLO PODRÁN UTILIZARSE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS, PERSONA NATURAL Y/O PERSONA JURÍDICA, VERSIÓN 6 (VS6), SEGÚN CORRESPONDA JUNTO CON EL PAGARÉ Y CARTA DE INSTRUCCIONES QUE VIENEN INCORPORADOS EN EL MISMO DOCUMENTO.**

Para identificar la versión del contrato a ser utilizado, se debe ubicar la versión 6 (VS6) la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:



2014-GSDI01-S174469  
17 DE JUNIO DE 2014

1  
INFORMACION CONFIDENCIAL

- 2. JUNTO CON EL CONTRATO MENCIONADO EN EL NUMERAL 1 ANTERIOR, CUANDO UN USUARIO ADQUIERA UN EQUIPO TERMINAL CON COMCEL, DEBERÁ FIRMAR EN FORMA SEPARADA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS.**

2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



(...)

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **CONDICIONES DE VENTA PARA EMPRESAS PYMES CON NIT (800/900)**

Informamos que a partir del 01 de Julio por disposición de la Reolución CRC 4444 de 2014 sólo se podrán realizar ventas sin cláusula de permanencia mínima. Para

(...)

**1. Ventas sin Cláusula de Permanencia:**

Los documentos que se deben diligenciar para la venta Sin cláusula de permanencia a **Cliente Nuevo o Cliente Antiguo Pyme** con tipo de documento NIT (800/900) son:

1. **Contrato de Prestación de Servicios Persona Jurídica** ( Voz o Datos).
2. **Contrato de compraventa de Equipos Terminales Móviles** (Contado o a Cuotas) en caso de equipo comprado a CLARO
3. Adendo a la Solicitud de Servicio y/o al Contrato de compraventa del Equipo (solo si se requiere incluir líneas adicionales) se debe señalar "sin cláusula".
4. Documentos requeridos por matriz de Venta.

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, además de celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", celebró los denominados "Contratos de Venta de Equipos Terminales". (ii) Los clientes/suscriptores de COMCEL podían adquirir los equipos terminales de contado o financiados (a cuotas). En ambos casos, LA DEMANDANTE suscribía con los

clientes/suscriptores un "Contrato de Venta de Equipos Terminales". (iii) En los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y en los "Contratos de Venta de Equipos Terminales", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.



**COMCEL S.A.**  
NIT. 800.153.993-7  
MT31766 - MAYO 2015 - VS1 - MAYO 2015

**CONDICIONES GENERALES DEL  
SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO**

**EL SERVICIO**

Nos comprometemos a prestarle los servicios que usted elija de telefonía móvil, mensajes de texto (SMS) y/o internet en modalidad prepago. Para hacer uso de estos servicios, deberá hacer una recarga por la suma de dinero que desee consumir.

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución CRC 4625 de 2014, el modelo de contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular en planes prepago de COMCEL debe coincidir con el modelo adoptado en dicha resolución. COMCEL, tiene publicados en su página web este modelos: <https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html>.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo debía completar dichos contratos.

<b>Para</b>	Distribuidores Claro Móvil
<b>De</b>	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO – PAPELERIA PREIMPRESA</b>

A partir del **01 de Junio de 2015, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.**

Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales **NO** tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.

El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del **01 de Junio de 2015**, es el **Contrato Único de Servicios Móviles Pospago**.

Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato



(...)

#### **PAPELERIA ANTERIOR NO VIGENTE:**

- A partir del **1 de Junio 2015**, **ES OBLIGATORIO EL USO DE LA NUEVA PAPELERIA**. En caso que lleguen documentos a Comcel con fecha de venta 1 de junio de 2015 en papelería antigua, será causal de devolución y penalización.
- **NO** se podrá utilizar la papelería no vigente que quede en los puntos de venta.
- por tal motivo solicitamos realizar la devolución de la papelería anterior de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.
- Dirección de envío de la papelería **NO** vigente: Zona Franca Bogotá (Operador Logístico Logytech) Carrera 106 No. 15-25 Bodega 1 interior 121 Manzana 18, contacto Andres Salamanca Celular 3108016471.
- La papelería **NO** vigente se debe enviar al operador logístico máximo al día 15 de Julio de 2015.

#### **LEGALIZACIÓN CONTRATOS DE VENTAS**

- Todas las ventas realizadas a partir del 01 de junio de 2015, deben ser legalizadas y solucionadas con la nueva documentación.
- Todas las ventas online realizadas antes del **1 de Junio 2015**, deben ser legalizadas y solucionadas con la papelería antigua.
- Las solicitudes de activación tradicional para ventas realizadas antes del 01 de junio serán recibidas solo hasta el día 10 de junio de 2015.
- Las soluciones a devoluciones para activaciones tradicionales con papelería antigua y que su fecha de venta sea antes del 01 de junio de 2015 serán recibidas solo hasta el 22 de junio de 2015.

#### **IMPORTANTE**

Próximamente se enviará circular con el paso a paso de diligenciamiento del nuevo formato **“Contrato Único de Servicios Móviles Pospago”**

Sin otro particular,

VER Prueba Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: (i) A partir del 1º de junio de 2015, LA DEMANDANTE empezó a utilizar la papelería que COMCEL le remitió con los formatos simplificados. (ii) En los formatos simplificados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.

## CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

### ▪ Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) 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...

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

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

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

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

▪ Circulares:

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



VER Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida por LA DEMANDANTE.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE no podía vender equipos terminales que no fueran suministrados por COMCEL.

Según se probó hasta el año 2014, se comercializaron al amparo de los "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" pues, hasta entonces, los equipos móviles eran subsidiados por COMCEL y su precio se incorporaba en el valor del "Servicio" (las llamadas). A partir del año 2014, y producto de la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil celular, COMCEL incluida, fueron obligados a comercializar, por separado, los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales; desde entonces, LA DEMANDANTE, por instrucciones de COMCEL, suscribió por separado en los contratos de "Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales". Al respecto, las siguientes pruebas que obran en el expediente señalan:

A partir del 1 de julio del 2014 entró en vigor la Resolución 4444 de eliminación de las cláusulas de permanencia en los contratos de telefonía móvil, que busca desligar el costo de los equipos del valor de las llamadas y los Paquetes de Datos. Con esta medida el costo de los teléfonos celulares se dieron a valor real, debido a la eliminación de los subsidios de los equipos que otorgaban los operadores móviles. Adicionalmente, esta medida conllevó a que los operadores móviles realizaran nuevas estrategias comerciales para seguir siendo competitivos en el mercado.

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

En la referida Resolución CRT 4444 DE 2014, CRT estableció:

RESOLUCIÓN No. **4 4 4 4** DE 2014

*"Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones"*

**LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES**

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 638 de la Comunidad Andina, y

**CONSIDERANDO**

(...)

Que las obligaciones sobre la comercialización de equipos terminales móviles a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, son conexas al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima originadas con ocasión de la financiación o subsidio de dichos equipos.

(...)

Que de acuerdo con lo anterior, esta Comisión llevó a cabo una revisión teórica y de experiencias internacionales relacionada con los costos que enfrentan los usuarios cuando éstos eligen cambiar de proveedor de servicios de comunicaciones móviles, así como también respecto de los efectos que tiene en el mercado la posibilidad, por una parte, que dichos proveedores otorguen subsidios a sus usuarios respecto de los equipos terminales móviles, y por otra parte, que establezcan cláusulas de permanencia mínima en los contratos ofreciendo equipos terminales móviles cuya venta está incluida en el mismo contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

(...)

Que lo anterior indica que la información de precios para la provisión de los servicios de comunicaciones móviles a disposición del usuario no es transparente, en la medida en que éste desconoce las reales condiciones en las que se financia el equipo terminal móvil y a su vez, no tiene claridad del verdadero precio por unidad de consumo que se le está cobrando en cada uno de los planes tarifarios, como consecuencia de la financiación o subsidio.

Que adicionalmente, esta Comisión identificó que en la venta conjunta de equipos terminales móviles y servicios de comunicaciones móviles, el mercado es altamente concentrado y el usuario está en una posición de asimetría de información respecto del proveedor de servicios de comunicaciones móviles, ya que el mismo no puede observar de manera directa el precio de compra de los equipos terminales móviles en las ofertas que le presenta el proveedor. Esto incrementa la falta de transparencia en la información de los precios de dichos equipos que entregan los proveedores de servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios, lo cual se traduce en un mayor costo de cambio para los usuarios que suscriben cláusulas de permanencia mínima.

(...)

Que la prohibición de establecer cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, con ocasión del subsidio o financiación de equipos terminales móviles, conlleva a la separación de los contratos de compraventa de equipos terminales móviles frente a los contratos de prestación de dichos servicios, y ésta a su vez a la necesaria separación, que de cara al usuario, debe hacer el proveedor en relación con la información relativa a los valores a pagar por concepto del equipo terminal móvil y de la provisión de los servicios contratados. Frente a lo cual se incorpora en el presente Acto Administrativo una modificación al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el sentido de precisar el deber que tienen los proveedores de informar claramente y en forma discriminada los valores por los conceptos mencionados. Lo anterior, permitirá que el usuario disponga de la información sobre las condiciones de cada contrato, y en forma transparente y clara pueda identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo terminal móvil, y cuando sea del caso, el costo adicional generado por la financiación del equipo terminal móvil.

(...)

En virtud de lo expuesto,

## RESUELVE

(...)

**ARTÍCULO 4.** Adicionar el parágrafo 2 al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales quedarán de la siguiente manera:

(...)

**PARÁGRAFO 2.** *En el evento en que el usuario adquiera el equipo terminal móvil a través de un Proveedor de Servicios de Comunicaciones con el cual contrate la prestación de los servicios, el valor a pagar por concepto del equipo terminal móvil debe establecerse en forma separada y discriminada, de manera que el usuario pueda identificar claramente entre los valores a pagar por concepto del equipo y los valores a pagar por concepto de la prestación de los servicios de comunicaciones móviles contratados. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, deberán garantizar que frente a la falta de pago del equipo terminal móvil por parte del usuario, no procederá la suspensión de los servicios de comunicaciones contratados. Lo anterior, significa que el proveedor debe otorgar la posibilidad de efectuar el pago del equipo de manera independiente al pago de la provisión de los servicios, sin que el pago del equipo afecte en manera alguna la prestación de los servicios."*

A partir de la entrada en vigor de la referida Resolución CRT 4444 de 2014, COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE las siguientes instrucciones:

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **IMPORTANTE – MANEJO PAPELERIA –CONTRATOS DE USUARIO**

A continuación se envían las respectivas instrucciones para el uso de la papelería de contratos de usuarios distribuidos a nivel nacional:

Informamos que a partir del 1 de julio de 2014 para todos los contratos de servicio con usuarios que se suscriban en planes de voz y/o datos, para persona natural y/o jurídica **no se suscribirá con cláusula de permanencia y para la compra de equipos terminales se suscribirá por separado contrato de compraventa de equipos**. Motivo por el cual, a partir del 18 de Junio de 2014 los diferentes canales de venta empezarán a recibir nueva papelería, la cual **ÚNICAMENTE PODRÁ SER UTILIZADA A PARTIR DEL 1 DE JULIO DE 2014**, en las siguientes condiciones:

**1. A PARTIR DEL 1º DE JULIO DE 2014 SÓLO PODRÁN UTILIZARSE LOS CONTRATOS DE SERVICIOS DE VOZ Y DATOS, PERSONA NATURAL Y/O PERSONA JURÍDICA, VERSIÓN 6 (VS6), SEGÚN CORRESPONDA JUNTO CON EL PAGARÉ Y CARTA DE INSTRUCCIONES QUE VIENEN INCORPORADOS EN EL MISMO DOCUMENTO.**

Para identificar la versión del contrato a ser utilizado, se debe ubicar la versión 6 (VS6) la cual se encuentra en el extremo superior izquierdo bajo el NIT de COMCEL:



**2. JUNTO CON EL CONTRATO MENCIONADO EN EL NUMERAL 1 ANTERIOR, CUANDO UN USUARIO ADQUIERA UN EQUIPO TERMINAL CON COMCEL, DEBERÁ FIRMAR EN FORMA SEPARADA EL CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS.**

2.1 Si la compra del equipo se realiza de Contado, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa de contado, el cual se visualiza en su encabezado así:



2.2 Si la compra del equipo se realiza a cuotas, deberá firmar el modelo de contrato de compraventa a cuotas junto con el pagaré y carta de instrucciones que vienen incorporados en el mismo documento, el cual se visualiza en su encabezado así:



VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE.

**Para** Distribuidores Claro Móvil  
**De** María del Pilar Suárez G.  
**Asunto** **NUEVAS CONDICIONES DE VENTA Y REPOSICION A CUOTAS.**

**Informamos las nuevas condiciones de venta a cuotas vigentes a partir del próximo lunes 8 de febrero de 2016.**

Cuando un cliente desee comprar un equipo a cuotas sea en línea nueva postpago, prepago o reposición, se debe hacer el pago de una cuota inicial que dependerá de las condiciones de crédito, plazo y equipo seleccionado.

**Debe tener en cuenta:**

- A menor plazo, menor es el valor de cuota inicial.
- **Para plazo 6 meses no se exigirá pago inicial.**
- Al realizar un pago de cuota inicial, disminuye el saldo del equipo, por lo tanto el valor de la cuota mensual será más baja.

(...)



c) DICTAMEN:

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o, ¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** (...) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

VER Prueba: Pág. 19, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la activación/legalización de planes pospago y planes prepago. La activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes/suscriptores de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular", contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (ii) Mediante la celebración de contratos de "Venta de Equipos Terminales", contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (iii) Mediante la entrega al cliente suscriptores del respectivo equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

HECHOS PROBADOS: Los clientes/suscriptores así captados por LA DEMANDANTE, se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL: Son CLIENTES de COMCEL. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones que se derivaron de los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de los contratos de "Venta de Equipos Terminales" que LA DEMANDANTE celebró, quedaron en cabeza de COMCEL como prestatario del Servicio de Telefonía Móvil Celular y como empresa que suministra los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) a través de los cuales presta los referidos Servicio de Telefonía Móvil Celular.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y también los contratos de "Venta de Equipos Terminales".

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta de la juez a quo y no lo fueron, por medio de las cuales, se corroboró que todos los clientes/suscriptores que LA DEMANDANTE gestionó, fueron única y exclusivamente clientes de COMCEL.

LA DEMANDANTE, en el hecho 78 de la demanda reformada, alegó:

78. En franca coherencia con las cláusulas transcritas, y a propósito de los avisos exteriores que identificaron los establecimientos de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, el 13 de abril de 2005 COMCEL emitió la circular GSD-2005-153468 en la cual se manifestó:

Para	Distribuidores Comcel
De	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>MANTENIMIENTO DE AVISOS</b>

Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.

Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.

Demanda Reformada, Pág. 54.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que es cierto; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 26:

78) Es cierto que COMCEL emitió el 13 de abril de 2005 la circular a que se refiere este hecho, conducta que corresponde a lo que pactaron los contratantes.

Contestación de COMCEL, Pág. 26

- d) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

1.13 "Abonado" para los efectos de este contrato, significa una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía Móvil Celular mediante un contrato celebrado con COMCEL...

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

17.3. La totalidad de derechos derivados de la activación de líneas, de los contratos de suscripción celebrados con éstos, respecto de los abonados y clientes a quienes se hubieren enajenado productos, prestado servicios o activado líneas, son de la exclusiva propiedad de COMCEL y, EL DISTRIBUIDOR, no podrá en forma ninguna distraerlos ni desviarlos, ...

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR, verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada advirtiéndole que se entiende rendida bajo gravedad del juramento y adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante.

10. Cooperación. EL DISTRIBUIDOR cooperará en todo momento con los representantes de COMCEL y reportará oportunamente a COMCEL cualquier información que llegue a la atención del DISTRIBUIDOR relacionada con quejas o reclamos con respecto al Servicio y a los Productos, necesidades e intereses del cliente y condiciones locales del mercado.

25. Convenio. (...) EL DISTRIBUIDOR conviene y acuerda que ni EL DISTRIBUIDOR ni ninguna de sus filiales, contactará, directa o indirectamente a los abonados de COMCEL con miras a pasar a esos abonados de COMCEL a cualquier tercero, preste o no un Servicio Competitivo o a un distribuidor actual de COMCEL. El incumplimiento o tentativa de incumplimiento de esta estipulación constituye causa de incumplimiento grave, origina su terminación anticipada por condición resolutoria expresa e implica la exigibilidad de la penal pecuniaria más alta consagrada en este contrato, sin perjuicio de la indemnización ordinaria.

HECHOS PROBADOS: (i) Los clientes y abonados que LA DEMANDANTE gestionó y los cuales se vincularon con COMCEL mediante un contrato de “prestación de servicios de telefonía móvil celular” y/o de venta de un equipo terminal debidamente activado en la red celular de COMCEL, fueron clientes de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE no podía desviar esos clientes a favor de un tercero.

- **Informes de sostenibilidad de COMCEL:**

Página 9: Nuestros clientes son la razón de ser de nuestra compañía, por lo que trabajamos constantemente en servicio y atención para encontrar nuevas formas de satisfacer sus necesidades y expectativas...

Página 31: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 60: Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70% de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2012 de COMCEL

Página 23: Distribuidores: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes...

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2015 de COMCEL.

Página 63: La red de distribución de Claro, sin duda, es el canal más importante de comercialización y una herramienta fundamental para el cumplimiento de las metas corporativas, tanto desde el punto de vista de calidad, como en la atención a los clientes...

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2016 de COMCEL

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

▪ **Circulares:**

Para	Distribuidores Comcel
De	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>MANTENIMIENTO DE AVISOS</b>
<hr/>	
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	

VER Prueba No. 13 de la demanda. Circular Avisos.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE tenía la obligación de mantener en sus establecimientos avisos con la marca COMCEL-CLARO. (ii) Estos avisos exteriores instalados por COMCEL le garantizaron al cliente de COMCEL la seguridad de estar en un punto de venta de COMCEL.

e) **Testimonios:**

Testimonio de Juan Carlos Villescás. Gerente de Marketing COMCEL.	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Okey, gracias Juan Carlos, muy claro, Juan Carlos esas actividades comerciales, mercadotécnicas y promocionales a las que ha hecho referencia que habitualmente realizan los miembros de la red, tiene por objeto tú nos decías y quiero que nos expliques un poco, nos decías que tienen por objeto atraer nuevos clientes, yo te pregunto, ¿esos clientes nuevos que se consiguen van a ser clientes de quién?	[TESTIGO JUAN CARLOS VILLESCAS]: De Comcel.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Es decir, eso que tú has referido planes pospago, prepago ¿es el portafolio de servicios de telefonía móvil celular de Comcel?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Entonces para redondear tu pregunta, te formulo la siguiente, ¿lo que se buscaba con esas actividades promocionales específicamente era	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor, conseguir ventas.

conseguir ventas de ese portafolio de servicios de Comcel?	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Tu nos hablaste de consecución de clientes, en tu respuesta cuando te referiste a las actividades que realizaban estos miembros de la red, yo te pregunto esos clientes que se buscaban conseguir una vez se conseguían ¿eran clientes de quién?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: De Comcel S.A.

Testimonio de Juan Isaza. Coordinador Comercial de COMCEL.	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que Digimovil le ponía de presente al cliente, ¿a quiénes vinculaba? ¿Cuáles eran las dos partes de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que ponía de presente Digimovil para que firmara el cliente?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Comcel y el Cliente.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Le pregunto, ¿ese texto, ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que hacía firmar Digimovil al cliente, es una proforma un modelo que Comcel le remite varios, le remitía a Digimovil para que él cuando vendía hiciera firmar esos contratos?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí señor.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Yo le pregunto doctor Juan David, para cerrar el tema de este contrato de prestación de servicios, cuando usted se refiere al cliente, ¿se está refiriendo al cliente de Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí, al cliente que está comprando un teléfono o un plan pospago.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Ese cliente, ¿es un cliente de Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Es un cliente de Comcel.

Testimonio de Jimena Villegas. Coordinadora Comercial COMCEL.	
[APODERADO DEMANDANTE]: ¿Y quiénes eran los destinatarios de esas actividades comerciales, es decir a quién se buscaba vender esos servicios y productos?	[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: A usuarios, pues a clientes que llegaban a los puntos de venta.
[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, ¿esos clientes o usuarios que tú referes una vez adquirirían cualquiera de esos servicios y productos entraban a ser parte de los clientes de Comcel?	[TESTIGO JIMENA VILLEGAS]: El usuario adquiría un producto de Comcel y ahí ya empezaba a tener relación con la compañía porque le facturaba a la compañía.

**HECHO PROBADO:** La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

- c) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que en la comercialización de los Kits Prepago, COMCEL era quien remuneraba a LA DEMANDANTE y no a la inversa, que es lo que sucedería en un supuesto negocio de compra con destino a la reventa. Estas pruebas corroboran que COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE mediante el pago de comisiones y, además, mediante un descuento remuneratorio calculado sobre el valor de los equipos terminales móviles que era comercialización junto con el servicio de telefonía móvil celular y que juntos (servicio + equipo), conformaron los denominados Kits Prepago:

### ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO A CUOTAS

#### 1.3 Kit a Cuotas

Por la venta de Kit a cuotas, el Distribuidor recibirá una bonificación y un anticipo de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 15.600
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 19.500

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 23.400
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 27.742
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 32.058
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 40.742
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 45.058
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 49.400
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 54.600
\$ 702.001	Adelante	\$ 58.058

Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los datos de los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) Se haya legalizado la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL, envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iv) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (v) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Dedución y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (v) del párrafo anterior, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como el anticipo y el descuento otorgado sobre el precio de venta al público del Kit, deberán ser reembolsados por el Distribuidor a COMCEL pudiendo COMCEL descontarlos de cualquier valor adeudado por COMCEL al Distribuidor.

Nótese que la remuneración de LA DEMANDANTE en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiriría a cuotas (financiado), variaba entre \$15.600 y \$58.058 dependiendo del valor del teléfono.

Como se verá a continuación, en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiriría de contado, la remuneración de LA DEMANDANTE era la misma, pero, a diferencia de la remuneración por activación de un Kit Prepago a cuotas (financiado), en el caso de los Kits Prepago de contado esta remuneración se dividía en dos: (i) Una comisión fija de \$12.500. (ii) Un descuento sobre el precio de venta del Kit al cliente final. Al sumar la comisión fija y el descuento aplicable según el caso, esta remuneración era idéntica a la que LA DEMANDANTE recibía por la comercialización de un Kit Prepago a cuotas (financiado), cuestión que se corrobora al comparar las cartas de comisiones.

### ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO DE CONTADO

1 PREPAGO		
1.1 Kit Prepago de Contado		
Por la compra de Kit destinados a la reventa, con pago de contado por parte del Distribuidor, COMCEL le otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:		
RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 0	\$ 18.200	\$ 0
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 5.200
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 9.100
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 13.000
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 17.342
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 21.658
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 30.342
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 34.658
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 39.000
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 44.200
\$ 702.001	Adelante	\$ 47.658

Se pagará por una sola vez la suma de \$10.417 por concepto de bonificación por legalización de Kit y un anticipo de \$2.083 para un total a pagar al Distribuidor de \$12.500, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación del teléfono. (ii) Se haya Legalizado la venta, es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL y que la información haya sido ingresada a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Dedución y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

- d) Confesión a la que el Juez a quo, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que en la comercialización de Kits Prepago, LA DEMANDANTE percibía un descuento remuneratorio, lo que confirma que era COMCEL quien remuneraba a LA DEMANDANTE y no a la inversa que es lo que sucedería en un supuesto negocio de compra para reventa.

En el hecho 61 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

Demanda reformada, Pág. 43

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 23:

61) **Es cierto.**

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.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 23

El descuento con el que COMCEL remuneraba a LA DEMANDANTE por la comercialización de Kits Prepago, corresponde, dicho sea de paso, con uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial:

Otra de las especies de mandato es = el de agencia comercial. El agente obra en forma inde=  
pendiente, aunque de manera estable. por cuenta de su =  
principal. Esa independencia que caracteriza su gestión  
diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agen=  
te promueve y explota los negocios del principal, en =  
determinada zona. Su remuneración puede consistir en un  
porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fi=  
jado al agente por el principal y el que éste obtenga =  
del comprador al colocar el artículo en el respectivo =  
mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo=

(Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

e) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que fue COMCEL la parte que percibió los beneficios provenientes de los ingresos generados con los “contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular” y con los “contratos de venta de equipos terminales móviles”:

- **Informes anuales de COMCEL:** Los ingresos que COMCEL obtiene y que provienen de los “contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular” (Ingresos por Servicios de Telecomunicaciones) y con los “contratos de venta de equipos terminales móviles” (Ingresos por venta de equipos telefónicos), se ven reflejados en los estados financieros de COMCEL, estados que reposan en la Prueba No. 2 aportada con la demanda (Informes Anuales de COMCEL del 2002 al 2015). A título de ejemplo, se transcriben los ingresos de COMCEL de los años 2013 y 2012:

<b>COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.</b>				
<b>ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)</b>				
<b>POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2013 Y 2012</b>				
<b>(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)</b>				
	<b>2013</b>		<b>2012</b>	
<b>INGRESOS:</b>				
Servicios de telecomunicaciones (Nota 19)	\$	7,022,939,621	\$	6,799,381,869
Venta de equipos telefónicos		1,355,524,972		948,181,655
<b>Total ingresos</b>		<b>8,378,464,593</b>		<b>7,747,563,524</b>

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2013, página 36.

Al respecto, resulta pertinente mencionar que LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (NO ESTÁ AUTORIZADA POR LA NACIÓN), no puede, por su cuenta, prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular, de tal manera que, jurídica y contablemente, es imposible que LA DEMANDANTE perciba ingresos por la prestación de dichos servicios.

f) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que fue COMCEL, no LA DEMANDANTE, la parte que asumía los riesgos derivados de la comercialización de los planes postpago y planes prepago, incluidos los riesgos derivados del no pago de las cuotas de los teléfonos que los clientes de COMCEL adquirirían financiados:

- **Testimonios:**

<b>Testimonio de Oscar Rodriguez. Gerente de Consolidación de Informes COMCEL.</b>	
[APODERADO DEMANDANTE]: Bueno, en esta página se hace, hay un subtítulo que se llama 13 deudores comerciales y otras cuentas por cobrar y en estos deudores entiendo que estos son los deudores o hay un, un acápite que se denomina suscriptores y dice quinientos cincuenta	[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: Pues señor juez en ese, en ese rubro de suscriptores no solamente están lo que, digamos que en los suscriptores hay dos partes están los que activa la red de distribución y están las ventas que hace

<p>y siete millones de pesos (\$557'000.000) yo te pregunto, ¿esos suscriptores se identifican como los usuarios o clientes que son llevados a por parte de Digimovil y los demás miembros de la red?</p>	<p>directamente la compañía, en ese rubro especialmente habla de clientes postpagos y de cartera de equipos postpago a corto plazo, entonces no solamente están distribuidores sino también hay puntos de venta directos, no sé la proporción de cuánto es, de cuánto es cada una, pero, pero hay de los dos rubros señor, señor, doctor Arguez.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Muchas gracias su señoría y gracias doctor Oscar, doctor Oscar, este capítulo entonces en esos aspectos relacionados con suscriptores que usted está refiriendo, <u>¿está vinculado con la cartera de esos clientes que son abonados de Comcel y las facturas o pagos que esos clientes le deben a Comcel?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí, sí señor, sí doctor así es, es la cartera de los Clientes.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Y en el caso de las deudas no corrientes, los equipos suscriptores equipos financiados, ¿esa la cartera que deben esos clientes por temas de pagos de equipos telefónicos que se les han vendido a ellos de manera financiada?</p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí, sí doctor así es, esos son la cartera de equipos mayores a 12 meses que Comcel termina financiando la cartera.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Muchas gracias, ya voy a dejar de compartir y le quiero preguntar doctor Oscar, si además de estos riesgos de cartera, lo primero. Primero, ¿Comcel asume esos riesgos de cartera de esos pagos que no efectúan los clientes a los cuales se les venden esos servicios y productos?</p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí doctor así es Comcel lo asume el riesgo de cartera, digamos que Comcel también penaliza el distribuidor cuando una activación no cumple con los requisitos de la compañía lo penaliza y le cobrarían en ese momento la cartera. Pero a su pregunta el riesgo de cartera lo asume Comcel.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: En esos informes que ustedes rinden desde el área de reportes Oscar, ¿ustedes también identifican otros riesgos que se asuman por parte de Comcel en toda esa actividad de venta de productos y servicios a los clientes y usuarios?</p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Si, nosotros pues por norma internacional que básicamente identificamos varios riesgos, hay riesgos de liquidez, riesgos de mercado, riesgos de moneda, riesgos de crédito y riesgos de capital, esos son los cinco tipos de riesgos que administra la compañía.</u></p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Y son, le pregunto específicamente doctor Oscar, <u>esos riesgos son asumidos por parte de Comcel, ¿son asumidos por parte de Comcel esos riesgos?</u></p>	<p>[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: <u>Sí señor, sí doctor, así es.</u></p>

[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, tú sabes doctor Oscar si además de los riesgos que referiste, ¿Comcel también asume el riesgo denominado riesgo operativo, es decir, la calidad técnica y operativa de las redes, las antenas, los equipos, etc?

[TESTIGO OSCAR RODRIGUEZ]: Sí claro que sí doctor, eso es una, el tema parte de la licencia de telefonía está contemplada ahí no, que nos regula el ministerio de las tecnologías, entonces todos esos riesgos los asume la compañía.

- **Informes anuales de COMCEL: Cartera de COMCEL:** Los riesgos de cartera a que se refirió el testigo Oscar Rodríguez se vieron reflejados en los estados financieros de COMCEL, estados que reposan en la Prueba No. 2 aportada con la demanda (Informes Anuales de COMCEL del 2002 al 2015). A título de ejemplo, se transcribe la “cartera” de COMCEL provenientes de sus clientes/suscriptores de los años 2015 y 2014:

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

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2015, página 78.

Las pruebas citadas en los anteriores literales, como parte de una valoración conjunta del acervo probatorio y como parte de las confesiones válidas del apoderado de COMCEL, corroboraron de forma manifiesta y evidente los siguientes hechos, disímiles a los hechos que la SENTENCIA declaró probados:

1. Que la activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”. (ii) Mediante la celebración de “contratos de Venta de Equipos Terminales Móviles”. (iii) Mediante la entrega al cliente/suscriptor del respectivo equipo móvil terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

Que la DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los referidos contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”, de tal manera que tales contratos vincularon a los clientes/suscriptores

directamente con COMCEL. Que COMCEL, en consecuencia, asumió todos los derechos, deberes y riesgos asociados a dichos contratos, incluidos los riesgos de cartera.

2. Que LA DEMANDANTE, actuando en nombre y por cuenta de COMCEL, celebró los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales Móviles", de tal manera que LA DEMANDANTE, al no ser acreedora ni deudora en dichos contratos, no adquirió derecho ni asumió obligación alguna proveniente de dichos negocios.
3. Que en la comercialización de los denominados Kits Prepago: (i) COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE equipos móviles. (ii) LA DEMANDANTE colocó estos equipos móviles entre los clientes/suscriptores de COMCEL, atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL. En efecto, los Kits Prepago se comercializaron a través de contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y de "Venta de Equipos Terminales" que LA DEMANDANTE celebró en nombre y por cuenta de COMCEL. (ii) Por la comercialización de los Kits Prepago ante el cliente/suscriptor, COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE y no a la inversa como sucedería en un negocio de compraventa. Estos hechos corroboran que en los Kits Prepago LA DEMANDANTE actuaba por cuenta de COMCEL

No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que LA DEMANDANTE actuaba por cuenta propia y no en representación del Comcel S.A. en la negociación de kits prepago.

---

### 1.5. ERRADA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En la SENTENCIA, se desestimaron las pretensiones de LA DEMANDANTE con fundamento en la "Teoría del Acto Propio" y la confianza legítima, señalando que la falta de quejas o acciones de LA DEMANDANTE durante la ejecución del contrato sub iúdice para reclamar la existencia de una agencia comercial y la existencia de abusos e incumplimientos contractuales, le impide a LA DEMANDANTE reclamar con posterioridad a la finalización del contrato sub iúdice la existencia de la agencias y los referidos incumplimientos y abusos con sus correspondientes indemnizaciones. Para la SENTENCIA, LA DEMANDANTE, al elevar estas pretensiones en su demanda demandada, actúa sin buena fe y en contravía del silencio y la falta de actividad que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según la SENTENCIA, resulta

inadmisible a la luz de del principio del derecho de la “Teoría del Acto Propio” y de la buena fe contractual.

En los contratos mercantiles bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios (Art. 870 CCO). Asimismo, el que abuse de sus derechos contractuales estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause (Art. 830 CCO). En la responsabilidad civil contractual y en la responsabilidad civil por abuso del derecho, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, v. gr. desde que se le notifica el auto admisorio de la demanda (Arts. 1615 CC y 94 CGP). Toda indemnización derivada de una responsabilidad contractual o de una responsabilidad por abuso del derecho se puede reclamar judicialmente mientras la respectiva acción no esté prescrita; la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones y las acciones; la prescripción que extingue las acciones y las obligaciones exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido la respectiva acción; se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. (Arts. 1625 CC, 2512 CC, 2535 CC y 2545 CC).

En el presente caso, las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en los literales a), b), c) y f) de la pretensión vigésima quinta de la demanda reformada no han prescrito. (Arts. 2545 CC, 1329 CCO y 94 CGP). Sin embargo, para el Juez ad quem, LA DEMANDANTE, al reclamar estas indemnizaciones en su demandada, actúa en contravía de la “inactividad” que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según el Juez aquo, resulta inadmisibile a la luz de del principio de la “Teoría del Acto Propio”.

La “Teoría del Acto Propio”, como principio general de derecho, es un criterio auxiliar de la actividad judicial y únicamente se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido. (Arts. 230 CP y 8º de la Ley 153 de 1887). A partir de la “Teoría del Acto Propio” no se puede derogar el plazo que la Ley expresamente señala para el ejercicio del derecho de acción. LA DEMANDANTE, mientras su derecho de acción no esté prescrito, puede ejercerlo en el momento que lo desee, incluso al cabo de varios años de cometido el abuso demandado o incumplida la obligación exigible.

El Juez ad quem, al desestimar con fundamento en la “Teoría del Acto Propio” las pretensiones indemnizatorias de LA DEMANDANTE **que no han prescrito**, aplicó indebidamente este principio violando los Arts. 230 CP, 8º de la Ley 153 de 1887, 870 CCO, 830 CCO, 1615 CC, 1625 CC, 94 CGP, 2512 CC, 2535 CC, 2545 CC y 1329 CCO.

LA DEMANDANTE solicitó que se declarara la responsabilidad civil de COMCEL y se le condenara a indemnizar los perjuicios a que se refieren los literales a), b), c) y f) de la pretensión vigésima quinta de la demanda reformada. Los daños que LA

DEMANDANTE reclama en su demanda y respecto de los cuales se circunscribe el recurso de apelación, son:

- Literal b) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante la última etapa contractual.
- Literal c) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.
- Literal f) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante, la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.
- Literal a) de la Pretensión 25ª: La indemnización especial que regula el inciso 2º del Art. 1324 CCO, la cual se causó al momento de la terminación del CONTRATO, bajo el entendido que este negocio fue de Agencia Comercial.

En relación con estas indemnizaciones, el Art. 2535 CC señala:

ARTÍCULO 2535 CC: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.  
Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

Las indemnizaciones a que se refieren los literales a), b), c) y f) no han prescrito:

- (i) La del literal a) (Indemnización Especial del Art. 1324 CCO) es una indemnización que se causó al momento de la terminación del CONTRATO por justa provocada por COMCEL, de tal manera que la acción para reclamarla no ha prescrito. El CONTRATO terminó el 29 de junio de 2018 y la demanda se presentó el 23 de enero de 2019 (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).
- (ii) La del literal b) (comisiones que no fueron liquidadas ni pagadas por COMCEL durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO) se refiere a obligaciones que se hicieron exigibles durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO, de tal manera que dichas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace a la consecuente indemnización reclamada. Se trata de obligaciones que se hicieron exigibles entre

mayo y junio de 2018 y la demanda se presentó el 23 de enero de 2019 (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).

- (iii) La del literal c) (comisión por residual, exclusión de los tres primeros meses) corresponde a una obligación de tracto sucesivo. Según el hecho 150 de la demanda reformada, y según se solicita expresamente en el literal c) de la pretensión 25ª de la demanda reformada, la indemnización que LA DEMANDANTE reclama únicamente comprende las obligaciones que se hicieron exigibles durante los cinco años a que se refiere el término de prescripción especial de la Agencia Comercial, de tal manera que dichas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace a la consecuente indemnización reclamada. En este caso, las obligaciones incumplidas se hicieron exigibles entre el 23 de enero de 2014 y el 23 de enero de 2019, fecha de presentación de la demanda (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).
- (iv) La indemnización a que se refiere el literal f) (eliminación de la comisión por permanencia en pospago), corresponden a obligaciones que COMCEL dejó de pagarle a LA DEMANDANTE a partir del 1º de julio de 2014; se trata de obligaciones que se hicieron exigibles entre el 1º de julio de 2014 y la fecha de terminación del CONTRATO (29 de junio de 2018); porque la presentación de la demanda se radicó 23 de enero de 2019, las referidas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace la indemnización reclamada: Están dentro del quinquenio a que se refiere el Art. 1329 CCO.

**PRIMERA CONCLUSIÓN:** Las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en los literales a), b), c) y f) de la pretensión vigésima quinta de su demanda reformada, no han prescrito.

Esto es verdad si el CONTRATO es de Agencia Comercial (Art. 1329 CCO: Prescripción especial de 5 años), y lo es, con mayor razón, bajo el razonamiento del Juez a quo que negó la existencia de una Agencia Comercial, caso en el cual ha debido aplicar la prescripción general de la acción ordinaria (Art. 2536 CC: Prescripción general de 10 años).

El Juez a quo, en la SENTENCIA, desestimó las referidas pretensiones de LA DEMANDANTE con fundamento en la “Teoría del Acto Propio”, señalando que la “inactividad” de LA DEMANDANTE en accionar una reclamación durante la ejecución del CONTRATO, le impide ahora reclamar las referidas indemnizaciones:

- Para el Juez a quo, LA DEMANDANTE, al reclamar estas indemnizaciones en su demandada, actúa en contravía de la “inactividad” que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según el Juez ad quem, resulta inadmisibile a la luz de del principio del derecho de la “Teoría del Acto Propio”.
- Para la Ley, en cambio, LA DEMANDANTE puede ejercer su derecho de acción en cualquier momento mientras no prescriba, es decir, que la Ley expresamente autoriza una “inactividad” al respecto, la cual puede, incluso, prolongarse por varios años: Hasta cinco años en las acciones derivadas de un contrato de Agencia Comercial, hasta diez años en las acciones ordinarias.

La “Teoría del Acto Propio” es un principio del derecho que no regula la prescripción de las acciones ni la extinción de las obligaciones; la Ley, en cambio, se encarga de regular de manera expresa y especial estos asuntos.

Ningún operador jurídico, a partir de la “Teoría del Acto Propio” y de las subreglas que de este principio se pueden extraer, puede derogar las leyes especiales que regulan la prescripción de las acciones y la extinción de las obligaciones.

**SEGUNDA CONCLUSIÓN:** El Juez ad quem resolvió el caso controvertido a partir de la aplicación del principio general de derecho de la “Teoría del Acto Propio”, principio, que, por una parte, aplicó indebidamente y, por la otra, aplicó a pesar de que existe ley exactamente aplicable al caso controvertido.

## 1.6. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápite 1.1. a 1.5. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutive de la SENTENCIA:

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

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

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

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

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA de la Demanda, en el sentido de declarar que el CONTRATO que rezan lo siguiente:

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

- a) Declarar que LA DEMANDANTE, como comerciante independiente y en virtud de la celebración y ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, por cuenta de COMCEL, en el ÁREA OCCIDENTAL del territorio colombiano, a cambio de una remuneración y en los establecimientos expresamente autorizados, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL.
- b) Declarar, en consecuencia, que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial, negocio que está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

## B:2. Aproximación Constitucional

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

- a) Declarar que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias que fueron resueltas mediante las siguientes providencias judiciales: (i) MELTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 4 de febrero de 2016. (ii) FASE COMUNICACIONES SAS Vs COMCEL: Laudo del 15 de julio de 2015. (iii) SIMTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 20 de noviembre de 2014. (iv) ALJURE TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 31 de enero de 2014. (v) CELLULAR PHONE EXPRES S.A. Vs COMCEL: Laudo de septiembre 6 de 2013. (vi) DISTRICEL S.A.S Vs COMCEL: Laudo de mayo 17 de 2013. (vii) LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 15 de mayo de 2013. (viii) EVER GREEN S.A. Vs COMCEL: Laudo de noviembre 2 de 2012. (ix) MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 21 de 2012. (x) K-CELULAR LTDA. Vs COMCEL: Laudo de octubre 26 de 2011. (xi) CTM S.A. Vs COMCEL: Laudo de agosto 18 de 2011. (xii) ANDINO CELULAR S.A. Vs COMCEL:

Laudo de julio 27 de 2011. (xiii) ELECTROPHONE S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 15 de 2011. (xiv) GLOBALTRONICS DE COLOMBIA Vs COMCEL: Laudo de junio 9 de 2011. (xv) CONEXCEL S.A. Vs COMCEL: Laudo de mayo 9 de 2011. (xvi) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 13 de 2010. (xvii) COLCELL LTDA Vs COMCEL: Laudo de abril 30 de 2009. (xviii) CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de enero 30 de 2009. (xix) AUTOS DEL CAMINO LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 16 de 2008. (xx) MOVITELL AMERICAS LTDA Vs COMCEL: Laudo de septiembre 30 de 2008. (xxi) PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL: Laudo de febrero 23 de 2007. (xxii) COMCELULARES F.M. LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 14 de 2006. (xxiii) CONCELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de diciembre 1º de 2006. (xxiv) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 15 de 2006. (xxv) LIVE MOVIL S.A.S. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Octubre de 2018 en el proceso 11001310301420110070501. (xxvi) EMLASA S.A. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Agosto de 2018 en el proceso 11001310304220080028804. (xxv) CELUTEC S.A.S Vs COMCEL, Laudo de abril 4 de 2019; (xxvi) LIVE MOVIL S.A.S. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Octubre de 2018 en el proceso 11001310301420110070501. (xxvii) EMLASA S.A. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Agosto de 2018 en el proceso 11001310304220080028804. (xxviii) ORBITA COMUNICACIONES Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, dictada el 29 de abril de 2019 en el proceso 76001310300620130002502.

- b) Declarar que en las **veintiocho (28)** providencias referidas en el literal anterior se decidió que los contratos extendidos por COMCEL, cuyos textos y manera de ejecución fueron idénticos al del CONTRATO SUB IÚDICE, fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y ss del CCO.
- c) Declarar que la susodicha regla jurisprudencial referida en el anterior literal ha permanecido consistente y uniforme.

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

### B.3. Pretensión Concluyente

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

## 2. GRUPO DE REPAROS relativos a la inoperancia de cláusulas que COMCEL predispuso para eludir las consecuencias económicas y normativas del Contrato de Agencia.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relativas a la inoperancia de determinadas cláusulas del CONTRATO

La SENTENCIA en los siguientes términos negó la prosperidad de las pretensiones SEPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relacionadas con la declaratoria de inoperancia de una serie de cláusulas abusivas del contrato, extendidas por COMCEL en ejercicio de su posición dominante con el objeto de eludir las consecuencias económicas y normativas del contrato de agencia:

*“(…) Corolario de lo expuesto, es que como en este caso no se acredita que los apartes del contrato cuya nulidad pide DIGIMOVIL SAS se declare, contravenga al derecho público de la nación, o esté fuera del comercio, ni recayó sobre derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona, tampoco que estén embargadas por decreto judicial ni están prohibidos por las leyes, esa pretensión cae al vacío. Esa conclusión se fortalece, si analizamos lo que tiene que ver con la causa, pues si en cuenta se tiene que, tal como lo propone el artículo 1524 de la misma obra normativa, esta consiste en “el motivo que induce al acto o contrato”, el que debe ser real y lícito, en el caso actual, ese móvil real, se extrae de lo que en el texto de cada contrato se estipuló, así como de la aplicación práctica que cada extremo de los actos le dio durante sus ejecuciones, tal como se explica en el acápite respectivo de esta providencia. Si a lo anterior le agregamos que esa causa no está legalmente prohibida ni contraría las buenas costumbres ni al orden público de la nación, fuerza concluir que por el lado de la causa tampoco hay lugar a considerar que estemos ante motivos que conduzcan a declarar la nulidad total ni en parte de tal contrato. Por lo anterior, y considerando además que no se trata de negocio celebrado por personas incapaces, ni hay prueba de que, al plasmar el sentido de sus voluntades, las partes hubieran incurrido en error, o hubiere mediado fuerza o dolo para ello, debe concluirse que no estamos ante unos negocios o cláusulas anulables en los términos que prevé el artículo 900 del código mercante colombiano. Tampoco hay mérito para acceder a las pretensiones de declarar INEFICACES por cuanto, en primer lugar, este efecto sancionatorio de los actos negociales opera IPSO LEGE, ergo, para ello no es menester declaración judicial, y en segundo lugar, véase que el mismo ocurre solo cuando de manera expresa el código de Comercio establezca que un acto tiene esa connotación (Art. 897 C. de Co.), lo que no se puede predicar en este evento, dado que del texto del contratos objeto de esta disputa, no se desprende que haber versado respecto de la distribución de los productos y servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución (contrato de distribución), sean de aquellos que la ley considere ineficaces, lo que tampoco se puede hacer derivar de la circunstancia de que una de las partes crea, después de haberlo ejecutado en la forma como se pactó y nominó, que se debe entender como uno distinto (...)” (Páginas 54 a 56 de la SENTENCIA)*

*“(…) Obsérvese que esta declaración pone de relieve que desde sus inicios, y acorde con los propósitos de quien a nombre de Digimovil manifestó su interés de vincularse a Comcel por medio del contrato subiudice, fue mediante un acto de distribución, el que se perfeccionó, por demás, después de casi 3 meses de conversaciones previas, lo que significa que, aun entendiendo que Comcel fue la que redactó, elaboró y/o propuso el texto del contrato o modelo de negocio, Digimovil tuvo tiempo suficiente para discutir los términos contractuales que le planteaba Comcel, así como para proponer modificaciones, manifestar inconformidades o dudas, antes de suscribirlo, lo que no probó hubiera hecho ni en esa oportunidad, ni a lo largo del desarrollo y ejecución de tal contrato, aspecto que pone al descubierto que no puede ser de buen recibo el que se pretenda declarar que Comcel ejerció y/o abusó de su posición dominante en relación con este contrato (...)” (Páginas 70 de la SENTENCIA).*

2.1. PRUEBAS QUE DEMUESTRAN QUE COMCEL, COMO PREDISONENTE DEL CONTRATO, EXTENDIÓ CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

- a) Confesión a la que el Juez A quo, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que COMCEL, en los años 1998 y 2002, tenía el control accionario de OCCEL y CELCARIBE, respectivamente. COMCEL, a partir de este control accionario, desde el 1º de julio de 1998 asumió la administración de OCCEL y, desde el año 2003, hizo lo mismo con CELCARIBE.

En los hechos 30 y 31 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

30. El 2 de octubre de 1998, COMCEL y OCCEL S.A. suscribieron un acuerdo de administración, retroactivo al 1º de julio de 1998. En virtud de este acuerdo, COMCEL, desde julio 1º de 1998 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, manejó los negocio de OCCEL S.A.

Demanda Reformada. Pág. 32

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

Demanda Reformada. Pág. 32

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que estos hechos son ciertos, VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 17:

**30. ES CIERTO.**

**31. ES CIERTO.** Me remito al texto del Informe Anual de Comcel del año 2002.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 17

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se demuestra que COMCEL diseñó y extendió el modelo contractual que utilizó para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores y, también, para ser suscrito por los miembros de las redes de agentes/distribuidores de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., circunstancia que le permitió, una vez consolidada la fusión con OCCEL y CELCARIBE, operar, bajo un mismo modelo contractual, una única red de agentes/distribuidores en las tres áreas en las que la Ley 37 dividió el territorio nacional: Oriente (Comcel), Occidente (Ocel) y Costa (Celcaribe).

- ✓ Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

Operaciones de mayor importancia concluidas durante 2002 entre COMCEL S.A. y OCCEL S.A.:

La Compañía firmó con Occidente y Caribe Celular S.A. (OCCEL S.A.), un acuerdo de administración el 2 de octubre de 1998 retroactivo al 1 de julio de 1998, por medio del cual los negocios de Ocel son manejados por la Compañía. Los honorarios mensuales

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 11.

más avanzados. Adicionalmente, nuestro posicionamiento como empresa con cobertura nacional se concretó con la adquisición del 93.37% de las acciones de CELCARIBE realizada el 12 de febrero de 2003.

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2002, página 6.

La sociedad Comunicación Celular S.A. Comcel S.A. ejerce a su vez control sobre las sociedades Occidente y Caribe Celular S.A. Ocel S.A. y Empresa Regional de Comunicaciones de la Costa Atlántica S.A. Celcaribe S.A. mediante su participación en los órganos decisorios y a través del contrato de administración que ha suscrito con dichas sociedades. (Ver nota 4 ).

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2003, página 65.

- ✓ Fusión de COMCEL (absorbente) con OCCEL y CELCARIBE. Pruebas No. 1 y 4 aportada con la demanda: COMCEL, mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá cuya copia obra en el expediente, se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de COMCEL que obra en el expediente.
- ✓ Ejemplo de contratos suscritos por OCCEL, CELCARIBE y COMCEL con sus respectivos agentes/distribuidores. Prueba No. 8 aportada con la demanda.
  - ✚ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 2004 y 2003. Al comparar estos veintidós (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
  - ✚ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir,

con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.

✚ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco (5) contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos cuatro contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y CELCARIBE (hoy COMCEL), se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

- c) Confesión a la que el Tribunal, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado por COMCEL (absorbente), con OCCEL S.A. y con CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Occel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicios de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (iii) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL..

En los hechos 15 y 16 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

15. Mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de 2004, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas). El 27 de diciembre de 2004, se inscribió esta Escritura Pública en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Demanda Reformada. Pág. 26

16. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas. Desde

entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

Demanda Reformada. Pág. 26

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que estos hechos son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 15:

15. ES CIERTO.

16. ES CIERTO.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 15

d) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se demuestra que el CONTRATO fue extendido por COMCEL.

✓ **Testimonios:**

c)

Testimonio de Evelio Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Tú sabes, doctor Evelio, si ese contrato firmado entre Digimóvil y Comcel contrato de voz. <u>¿Se identifica con el modelo o proforma, habitualmente manejado por el Comcel para suscribir con los miembros de lo que denominó Comcel, miembros de su red de distribuidores?</u>	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: <u>Sí</u> , son los contratos de distribución que suelen manejarse frente a los terceros.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Doctor, ¿sabes si esos ese modelo de contrato de distribución, uno de los cuales firmó Digimóvil es elaborado por parte de Comcel?	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: <u>Sí</u> .

Testimonio de Juan Isaza – Coordinador Comercial de Comcel	
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Conoces ese contrato ese modelo contractual?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí</u> claro, lo conozco, pero no lo he leído todo, la verdad es un contrato bastante extenso.
[APODERADO DIGIMOVIL]: Sabes, ¿si cuando a los distribuidores se les ponía de presente ese contrato, finalmente ese era el contrato que debían firmar si querían hacer parte de la red y si querían contratar con Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: <u>Sí correcto</u> , ese era el contrato, había algunas inquietudes por parte de los distribuidores y los colocábamos en contacto con el área jurídica de Comcel se aclaraban dudas y ese era el que firmaba cuando decidía firmaba, generalmente con los distribuidores que yo apertura, todos

	firmaron el contrato sin ningún inconveniente.
[APODERADO DIGIMOVIL]: ¿Ese contrato es una proforma que elabora Comcel?	[TESTIGO JUAN ISAZA]: Sí señor.

Al comparar los contratos que COMCEL, y que OCCEL y CELCARIBE desde que COMCEL adquirió su control administrativo para posteriormente fusionarse con ellas, celebraron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se constata que todos comparten las siguientes cláusulas:

1. Cláusulas en las que COMCEL: (i) Denominó el CONTRATO como un negocio de distribución. (ii) Denominó a LA DEMANDANTE como distribuidor. (iii) Excluyó a la Agencia Comercial como denominación del CONTRATO. (iv) Además de distribución, simultánea y contradictoriamente, intentó calificar el CONTRATO como un contrato de comisión (que lo define como corretaje) y también de "compras para la reventa".

**4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes.** El presente contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen.

**14 o 15. Marcas.** Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo y con su propia organización e infraestructura y a los precios establecidos por COMCEL. Respecto de los servicios, EL DISTRIBUIDOR, quien es un profesional independiente, experto y conocedor del mercado, será un comisionista y, por consiguiente, lo pondrá en contacto con CELCARIBE para la celebración del respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía en los términos y condiciones pactados en este contrato.

2. Cláusula de exclusión de la responsabilidad contractual de COMCEL:

17.4 COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR... por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.

3. Cláusulas en las que COMCEL intenta crear una crédito a su favor que estaría llamado a ser compensado con la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO.

**14 o 15. Marcas. (Inciso 2º).** Las partes de manera expresa, voluntaria y con pleno entendimiento acuerdan que a la terminación de este contrato por cualquier causa, si por cualquier

circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo contractual, en especial, de agencia comercial o también en el caso en que CELCARIBE deba reconocerle al DISTRIBUIDOR cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago de éste y del aprovechamiento del nombre comercial de CELCARIBE , de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR- CELCARIBE y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a CELCARIBE o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres (3) años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante.

Nótese la similitud que existe entre la fórmula matemática establecida en esta cláusula y la fórmula a partir de la cual se calcula la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO:

ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

4. Cláusulas en las que COMCEL simula el “pago anticipado” de toda prestación, bonificación y/o indemnización.

**30 o 31. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º).** Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

**Anexo A. Num. 5 o 6.** Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

Con esta disposición contractual, COMCEL intentó que los dineros remuneratorios pagados a sus agentes/distribuidores, además de extinguir las obligaciones que se pactaron a cargo de COMCEL y a favor de ellos en el Anexo A del CONTRATO (comisiones), extinguieran, simultánea e indeterminadamente, toda prestación, bonificación y/o indemnización “**que, por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza**”.

La actitud abusiva, elusiva y antinómica de dichas cláusulas salta a la vista: COMCEL, primero excluyó de la calificación a la Agencia Comercial, posteriormente extendió cláusulas de renuncia de las prestaciones que la Ley disciplina para el contrato de Agencia Comercial, seguidamente extendió cláusulas con las cuales pretende crear créditos a su favor, créditos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil al momento de la terminación del CONTRATO y, en un actuar completamente contradictorio, creó un artificioso pago anticipado de la Prestación Mercantil, todo esto mientras denominó el contrato como un atípico contrato de distribución que “supuestamente “se ejecutó mediante compras para la reventa”, que se celebró simultáneamente con un contrato de comisión, pero que al definir el de comisión lo trató como de corretaje.

---

## 2.2. CONCLUSIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

Si la Juez a quo hubiese valorado en su integridad las cláusulas del CONTRATO y las demás pruebas arriba referidas:

1. Habría concluido que el CONTRATO corresponde con el modelo contractual que COMCEL, extendió.
2. Habría concluido que en el CONTRATO se hallan presentes las cláusulas con las que COMCEL intenta eludir las consecuencias económicas (Prestación Mercantil e Indemnización especial del Art. 1324 CCO) y normativas (Derecho de Retención) de la Agencia Comercial.
3. Habría anulado dichas cláusulas por su evidente carácter abusivo: Estas cláusulas, “interpretadas” sistemáticamente, dejan en evidencia la intención de COMCEL de eludir, como predisponente del CONTRATO, las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial. COMCEL, de manera premeditada, incorporó estas cláusulas en el CONTRATO con el fin de evitar que LA DEMANDANTE, directamente o por conducto del juez natural del CONTRATO, le reclamase la Prestación Mercantil y los demás derechos que le otorgan la Agencia Comercial y las normas que la regulan.

El Art. 95-1 CP establece:

ARTÍCULO 95 CP: "(...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;"

Por su parte, los Arts. 6° CC, 899 CCCO y 1741 CC señalan:

ARTICULO 6° CC: "La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. **En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley**, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos."

ARTÍCULO 899 CCO: Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; ...

ARTICULO 1741 CC: (Inciso 1º) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

COMCEL, en el acto de concebir y extender el clausulado del CONTRATO, abuso de sus derechos, v. gr. actuó en contra de una expresa prohibición de Ley (está prohibido abusar de los derechos). Estos actos, en voces de los Art. 6° y 1741 del CC y 899 CCO, se sancionan con la pena de nulidad.

Como complemento de lo anterior, se tiene: Los Arts. 830 y 871 CCO establecen:

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

ARTICULO 871 CCO: **Los contratos deberán celebrarse** y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

COMCEL, como predisponente del CONTRATO, y en franco abuso de su posición de dominio contractual e incumpliendo su deber de dictar y celebrar el CONTRATO de buena fe, extendió las cláusulas a que se refiere el presente cargo, cláusulas con las cuales intentó eludir las consecuencias económicas y normativas que por vía de sus elementos naturales le pertenecen al contrato de Agencia Comercial.

Las cláusulas abusivas y elusivas que COMCEL extendió, entonces, deben ser anuladas: de esta manera se restituye a la legalidad el negocio celebrado, y se sancionan los abusos y faltas a la buena fe imputables a COMCEL. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

Ante la existencia de cláusulas abusivas no queda al operador jurídico otra posibilidad que abstenerse de aplicarlas. Al respecto se ha señalado que “[l]o que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en este tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, lo cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez de la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Radicación C-110131030142001-01489-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar

Esta misma sentencia se cita en los siguientes laudos arbitrales: Tribunal arbitral de CONCELULAR S.A. en liquidación v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 1° de diciembre de 2006. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo. Tribunal arbitral de BONNCEL S.A.S v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 18 de marzo de 2021. Árbitros: Arturo Solare Rodríguez, Orlando José García Herreros y José Guillermo Peña.

---

### 2.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápites 2.1. a 2.2. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutive de la SENTENCIA:

**PRIMERO:** Declarar prósperas las excepciones “LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL; COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL -DE BUENA FE- UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL; INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES; FUERZA VINCULANTE DEL YARA. CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL; EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS y DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, propuestas por Comcel contra las pretensiones enarboladas por DIGIMOVIL SAS.

**SEGUNDO:** NEGAR en consecuencia todas las pretensiones planteadas por DIGIMOVIL SAS contra COMUNICACION CELULAR SA - COMCEL SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación comercial recogida documentalmente en el contrato suscrito en enero 13 de 2009, y que pudo haber sido redactado y propuesto por Comcel, este no se puede calificar como de agencia

comercial, porque no se reúnen todos los requisitos que se exigen para la existencia, validez y eficacia de este tipo de contratos.

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

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA Y NOVENA de la Demanda, en el sentido de declarar la inoperancia por ineficacia de las cláusulas 4, 5.1., 5.3., 15, 17.2 Inciso 2, 17.4, 17.5, 30 Inciso 2, 30 Inciso 3, Anexo A Numeral 6, Anexo c Numeral 5, Anexo F Numeral 4 del CONTRATO.

### 3. GRUPO DE REPAROS relativos a la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

#### 3.1. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER CONDENADO A COMCEL AL PAGO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL

La Prestación Mercantil está regulada en el inciso 1º del Artículo 1324 CCO, así:

ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

La Prestación Mercantil es una obligación de fuente legal que, según el propio Art. 1324 del CCO:

- ✚ Se hace exigible a partir de la terminación de un contrato de Agencia Comercial.
- ✚ Se hace exigible por el solo hecho de la terminación.

La Corte Suprema de Justicia, al respecto, ha sostenido:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 35 y 36: "La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, "cesantía comercial", prestación "por clientela", "retributiva", "suplementaria", "extraordinaria" o "diferida", ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste. La fuente del derecho del agente y deber obligatorio correlativo del empresario, es el contrato de agencia comercial, a cuya "terminación el agente tendrá derecho" a su pago (artículo 1324 [inciso 1º], Código de Comercio), sin calificación ninguna de la causa, motivo o circunstancia de extinción del vínculo, ni condicionamiento adicional alguno."

Sentencia de marzo 18 de 2003. Sala de Casación Civil. Expediente 6892. Página 16: "No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la otra obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 del Código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso."

En el presente proceso resultó probado que (i) el CONTRATO es un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, y (ii) que la relación jurídica patrimonial terminó el 13 DE ABRIL DE 2018. A partir del 13 DE ABRIL DE 2018, entonces, se hizo exigible la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE, prestación que, como resultó probado en el proceso, COMCEL aún no le ha pagado.

LA DEMANDANTE, en el hecho 61 de la demanda reformada, alegó:

En el hecho 61 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados

en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

Demanda reformada, Pág. 43

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 23:

61) **Es cierto.**

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.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 23

Al incorporar en el cálculo de la Prestación Mercantil los factores de cálculo a que se refieren el Art. 1324 CCO (comisiones, utilidades y regalías) y el hecho 61 de la demanda (comisiones, utilidades y regalías), se tiene:

#### A.5.-TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL

Si se suman los montos que el Perito estableció en las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b) y (A.4.b), se pregunta: ¿Cuál es el monto total de la prestación mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE?

#### RESPUESTA

De acuerdo con las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b) y (A.4.b) anteriores, el monto total de la prestación mercantil es de **\$2.100.023.773**.

En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PREGUNTA	CONCEPTO	MONTO
A.1.b	Prestación mercantil Comisiones	1.610.238.622
A.2.b	Prestación mercantil Descuentos Kits	393.513.953
A.3.b	Prestación mercantil Descuentos Sim Cards	12.506.944
A.4.b	Prestación mercantil Notas Crédito	83.764.254
<b>TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL</b>		<b>2.100.023.773</b>

En el siguiente anexo, se muestran los valores y la sumatoria:

[Anexo electrónico No. 17-A.5-Total prestación mercantil](#)

Ver Prueba: Pág. 25 del DICTAMEN.

### 3.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AQUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

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

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Duodécima de la demanda reformada:

**DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de COP \$2.100.023.773.**

4. GRUPO DE REPAROS relativos a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Cuando se reclaman intereses no es necesario demostrar perjuicios: El Art. 1617 CC, en su numeral 2º, establece:

ARTICULO 1617 CC: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: (...) 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

**CONCLUSIÓN: LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios, pues solo pretende los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.**

Aclarado lo anterior, tenemos:

4.1. La Prestación Mercantil es una obligación dineraria de carácter mercantil. Sobre ella se han venido causando intereses moratorios a partir de la constitución en mora de COMCEL.

1. La Prestación Mercantil es una obligación mercantil de carácter dinerario: La Prestación Mercantil es una obligación connatural al contrato de Agencia Comercial, contrato que corresponde con un típico negocio mercantil. La Prestación Mercantil, en voces de los Arts. 20 y 21 del CCO, es, para todos los efectos legales, una obligación de carácter mercantil:

ARTICULO 20 CCO: Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

ARTICULO 21 CCO: Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, ...

Por otra parte, la Prestación Mercantil, además de ser mercantil, es una obligación de carácter dinerario: En efecto, al aplicar la fórmula matemática incorporada en el inciso 1º del Art. 1324 CCO, se obtiene una SUMA LÍQUIDA DE DINERO. En el presente caso, la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE asciende a la suma de \$865.442.814.

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

2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 883 CCO, antes de que fuera derogado por el Art. 99 de la Ley 45 de 1990, establecía:

ARTICULO 883 CCO: El deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta, ...

El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, en los siguientes términos, sustituyó a la otrora regla del Art. 833 CCO, así:

ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

**CONCLUSIONES:** (i) COMCEL, como resultó probado en el proceso, es deudora de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Como quedó establecido en el presente memorial, la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dineraria. (iii) COMCEL, en consecuencia, está obligada a pagarle a LA DEMANDANTE intereses de mora sobre la Prestación Mercantil, intereses que se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora.

3. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora? El Código de Comercio no regula, de manera especial, la constitución en mora del deudor mercantil. Por este motivo, y con fundamento en los Arts. 2º y 822 CCO, la norma que regula la constitución en mora del deudor en asuntos mercantiles es la norma que se halla en el Art. 1608 CC:

ARTICULO 2º CCO: En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

ARTICULO 822 CCO: Los principios que gobiernan... las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso, y según la regla del numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; veamos: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda... produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin... Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

**CONCLUSIÓN:** COMCEL quedó constituida en mora el 26 de abril de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

#### 4.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

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

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Décima Tercera (Literal d) Subsidiario) de la demanda reformada:

**DÉCIMA TERCERA:** Se solicita al señor Juez:

- a) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior es una obligación mercantil de carácter dinerario.
- b) Declarar, con fundamento en el numeral 2º del Art. 1617 CC, que LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
- c) Declarar, con fundamento en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, que COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior en caso de mora y a partir de ella.
- d) SUBSIDIARIA AL LITERAL D) DE LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA: Si se rechaza el literal d) de la pretensión décima tercera principal, en subsidio se

solicita: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente Demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia).

Condena a COMCEL por concepto de intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil: Únicamente a título informativo, se indica que los intereses moratorios sobre las Prestación Mercantil son aquellos los intereses moratorios que se han causado desde la fecha en la cual COMCEL quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda el 30 DE SEPTIEMBRE DE 2029 y hasta que se dicte la sentencia de segunda instancia.

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiéndole a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil.

4.3. De la Excepción que COMCEL propuso relativa a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la siguiente excepción de mérito (ver Págs. 87 y ss. del memorial de contestación):

**T. IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.** Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos: 1. Pretende DIGIMOVIL 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” (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)” (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.

**En el caso que nos ocupa, la constitución en mora de COMCEL es innegable: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990 establece que “En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”; porque la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO es una “obligación mercantil” de “carácter dinerario”, sobre ella se causan intereses moratorios a partir de la constitución en mora del deudor (COMCEL). El Art. 1608 CC establece que la constitución en mora se perfecciona, o “cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado” (Num. 1), o “cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (Num. 3), reconvenición que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto admisorio de la demanda. La autonomía judicial de la que gozan los Jueces no puede pretermitir el marco del Art. 1608 CC: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de terminación del contrato (Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.**

**La Prestación Mercantil que LA DEMANDANTE reclama corresponde con una SUMA LÍQUIDA DE DINERO que se establece a partir de la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO.**

**COMCEL, en ejercicio de sus propias razones, decidió no pagarle a LA DEMANDANTE la suma líquida de dinero que se causó a título de Prestación Mercantil: la decisión de COMCEL no modifica las condiciones de existencia y exigibilidad de la obligación incumplida. COMCEL, con su negativa de cumplir con el pago de la Prestación Mercantil, obligó a LA DEMANDANTE a incoar el presente proceso. COMCEL, entonces, asumió el riesgo de la litis, es decir, el riesgo de que, en este caso, los efectos de la mora se retrotraigan a la etapa de la litis contestatio (Num. 3 del Art. 1608 CC). Al**

respecto, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia que sí resulta pertinente, sostuvo:

Sentencia del 7 de julio 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente rad. 1998-00174-01: "... "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)".

Además de lo dicho, la excepción propuesta por COMCEL, por las siguientes razones complementarias, está llamada a fracasar:

- La Sentencia con la que se le pondrá fin al presente litigio, en cuanto a la naturaleza del CONTRATO, es DECLARATIVA: Las sentencias judiciales que se dictan en relación con la naturaleza de un contrato tienen siempre efectos DECLARATIVOS (ex tunc) y no CONSTITUTIVOS (ex nunc), pues en ellas simplemente se reconoce una situación jurídica anterior: en este caso, la existencia de un contrato válidamente celebrado que incorpora unos determinados elementos esenciales; así lo confirma la Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019: "... en tanto, que las sentencias 'declarativas', como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, ... por manera que, sus efectos devienen 'ex tunc', esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención... los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

**CONCLUSIONES:** (i) Porque la naturaleza jurídica del CONTRATO fue de Agencia Comercial, situación que se deberá declarar con efectos declarativos ex tunc (desde siempre), (ii) porque la Prestación Mercantil pertenece al Contrato de Agencia Comercial por vía de un elemento de su naturaleza, (iii) porque la Prestación Mercantil se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO, (iv) porque COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda, y

(v) porque COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios en caso de mora y a partir de ella (Art. 65 de la Ley 45 de 1990), se debe condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado desde la fecha en que COMCEL quedó constituida en mora, v. gr., desde la fecha en la cual se le notificó el auto admisorio de la demanda.

- La Sentencia no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil: Por regla residual, el deudor de una obligación mercantil de carácter dinerario queda constituido en mora desde el momento en que se le notifica la demanda (Art. 94 CGP). Esta regla residual se aplica en los casos en los que no opera directamente alguna de las reglas especiales de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC:

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

En el presente proceso, bien sea que se aplique la regla residual, o bien sea que opere alguna de las dos reglas especiales, la constitución en mora de COMCEL, en todos los casos, es un acto jurídico que se perfeccionó en un MOMENTO MUY ANTERIOR al momento en que se dictará la Sentencia definitiva con la cual se le pondrá fin al presente proceso. Por este motivo, sostener, directa o implícitamente, que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se causarán a partir de la ejecutoria de la Sentencia, es desconocer, abiertamente, lo establecido en los Arts. 1608 CC, 94 CGP y 65 de la Ley 45 de 1990.

La justicia ordinaria, en un caso idéntico al sub examine y con fundamento en las siguientes razones, condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se causaron desde que se le notificó a COMCEL el respectivo auto admisorio de la demanda, v. gr. desde que COMCEL quedó constituida en mora con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES. Proceso ordinario de Comunidad Celular SA Vs COMCEL. Expediente: 17001-40-03-002-2017-00188-02: Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o reconocitivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como

consecuencia de aquel reconocimiento. (...) Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado: "(...) El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser notificada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)". Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2° del artículo 94 del Código General del Proceso. (...) Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria

5. GRUPO DE REPAROS relativos a los incumplimientos contractuales y/o abusos del derecho imputables a COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes postpago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia postpago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

5.1. Marco teórico:

**En el Anexo A del CONTRATO se pactó:**

1. Para los planes Postpago, 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.

(...)

8. En relación con los planes prepago, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones que de tiempo en tiempo, determine COMCEL para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.

COMCEL, según el Anexo A del CONTRATO, tenía la facultad de establecer unilateralmente las comisiones remuneratorias de LA DEMANDANTE. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, así lo confesó; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 41:

150) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida DIGIMOVIL 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.

151) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues DIGIMOVIL 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.

152) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida DIGIMOVIL 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 DIGIMOVIL, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP.

Frente a la facultad que tenía COMCEL de establecer unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, el artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

El contenido y alcance de la obligación que tenía COMCEL de ejecutar el CONTRATO de buena fe, según la ley y la equidad natural, se establece en el siguiente marco:

- (i) LA DEMANDANTE ejecutó el negocio en su calidad de empresario independiente, circunstancia que refleja un elemento esencial del CONTRATO (Agencia

Comercial). Como empresario independiente, LA DEMANDANTE organizó su empresa con el único fin de ejecutar el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, encargo que también hizo parte esencial de la naturaleza del CONTRATO.

- (ii) La empresa que LA DEMANDANTE organizó para ejecutar el encargo hecho por COMCEL se ajustó a los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta organización trajo consigo una estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener constantemente a lo largo de la relación contractual para, precisamente, cumplirla al tenor de lo pactado (contenido estático del encargo) y de las instrucciones impartidas (contenido dinámico del encargo).
- (iii) La estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener a lo largo del CONTRATO se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor suyo, remuneración que también constituye un elemento esencial del CONTRATO.
- (iv) El CONTRATO fue un negocio oneroso en el que se pactó una remuneración a favor de LA DEMANDANTE y una exclusividad a favor de COMCEL (cláusula 7.15 del CONTRATO); así las cosas, el 100% de los ingresos operacionales que LA DEMANDANTE generó con la empresa que organizó para ejecutar el CONTRATO, provinieron de la remuneración contractual que COMCEL le pagó. Con estos ingresos (v. gr. con su remuneración) LA DEMANDANTE sufragó el 100% de sus gastos operacionales (v. gr. los gastos de agencia) con la esperanza de obtener una rentabilidad empresarial al final de cada ejercicio.
- (v) COMCEL, como la parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó el ANEXO A para establecer las cuantías de las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cumplir el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Sin embargo, y como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por

residual), **eliminó comisiones previamente reconocidas** (comisión por permanencia), **y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas** (comisión por transacción de recaudo), **decisiones que extendió en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE**; veamos: En los años comprendidos entre 2005 (año siguiente a la fusión de COMCEL con OCCEL y CELCARIBE) y 2018, **la penetración del mercado** (v. gr. la proporción entre el número de líneas celulares activas y el número de habitantes del país) **por una parte**, y **la participación de COMCEL en este mercado**, su cantidad de suscriptores y sus ingresos operacionales, **por la otra**, fueron los siguientes:

AÑO	% PENETRACIÓN DEL MERCADO CELULAR	% PARTICIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRIPTORES DE COMCEL	INGRESOS OPERACIONALES DE COMCEL
2018	126%	46.36%	29.166.426	\$8.305.180.262.000
2017	122%	48.91%	29.224.927	\$8.124.364.000.000
2016	120.4%	49.34%	28.953.884	\$8.049.653.000.000
2015	118.9%	52.46%	28.973.124	\$8.669.934.203.000
2014	116.1%	54.66%	29.775.739	\$8.953.628.062.000
2013	106.7%	58.32%	28.977.299	\$8.378.464.593.000
2012	105.3%	61.52%	30.371.083	\$7.747.563.524.000
2011	100.3%	65.34%	28.818.791	\$7.055.871.602.000
2010	97.7%	65.98%	29.264.339	\$6.270.009.238.000
2009	91.5%	67.24%	27.673.546	\$5.388.371.079.000
2008	92%	66.2%	27.389.566	\$5.810.675.636.000
2007	79.6%	65.8%	22.334.510	\$5.520.968.733.000
2006	69.8%	64.27%	19.521.262	\$4.588.407.345.000
2005	47.5%	62.9%	13.774.657	\$3.277.813.000.000

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Información interna de COMCEL).

Como COMCEL misma lo admite, su participación de mercado y los consecuentes ingresos operacionales que ha obtenido, han provenidos mayoritariamente e históricamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de agentes/distribuidores, red de la cual LA DEMANDANTE hizo parte:

#### 4.5. Ventas y Distribución COMCEL

Ventas Directas. Las ventas directas en el año 2002 representaron el 7.0% del total de las ventas.

Distribuidores Exclusivos Independientes. El 93.0% de las ventas se realizaron a través de la red de distribuidores independientes. Luego de una estrategia de crecimiento masivo la red de distribución de COMCEL y OCCEL pasó de 1,424 puntos en oriente a 2,351 puntos y de 727 puntos en occidente a 1,236 puntos, para un total de 3,587 puntos a nivel nacional, presentando así un de incremento del 67% con respecto al año anterior, así como una fuerza de ventas de 9.400 profesionales al final del año 2002.

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe anual COMCEL de 2002, página 25)

Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70 % de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 60)

En este punto resulta fundamental señalar que en el año 2002 la participación de la red de agentes/distribuidores en el porcentaje de ventas de COMCEL era del 93%; y que este porcentaje, para el año 2014, ya había bajado al 70%. La razón que explica ese decrecimiento es muy sencilla: COMCEL, con los años, ha generado mecanismos para atender directamente su clientela, cuestión que le ha permitido reducir su principal gasto operacional de ventas: LA REMUNERACIÓN de los miembros de su red de agentes/distribuidores.

COMCEL, a pesar de los riesgos que asumió como operador del Servicio de Telefonía Móvil Celular (p.e. la competencia del mercado y la consecuente reducción de tarifas al cliente final, las medidas regulatorias, la fluctuación de tasas de cambio, las condenas judiciales, etcétera), incrementó, a lo largo de los años y de manera importante, sus ingresos operacionales, al punto que, desde el año 2013, ha mantenido ingresos sostenidos por más de \$8 billones al año. Estos impresionantes logros empresariales se explican, en buena medida, gracias a los buenos resultados que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores tuvieron en la promoción y explotación de los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para señalar unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, y como resultó probado en el presente proceso, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por

residual), **eliminó comisiones previamente reconocidas** (comisión por permanencia), **y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas** (comisión por transacción de recaudo), **cuestión que, en sí misma, fue inequitativa; veamos:**

**Presupuesto que resultó probado:** Las decisiones impuestas por COMCEL generaron un efecto positivo en COMCEL (a menores gastos operacionales, mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (a menor remuneración, menores ingresos).

Obiter dicta: Una reducción habría sido equitativa si hubiera sido producto de un sacrificio conjunto que resultaba necesario para mantener el equilibrio económico del CONTRATO en el contexto micro-económico del mercado; se explica: Supongamos que la competencia del mercado hubiera llevado a COMCEL a reducir las tarifas de sus servicios ante el cliente final, y que tal reducción hubiera significado una reducción de sus ingresos operacionales y de sus utilidades operacionales; en este caso, habría resultado equitativo que COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE, hubiera reducido la cuantía originalmente establecida para trasladarle **equitativamente** a LA DEMANDANTE una parte de las consecuencias negativas asociadas a la situación micro-económica; con esta reducción, COMCEL habría mermado el impacto en su utilidad operacional (la que de todas maneras se habría reducido) y LA DEMANDANTE, con menores ingresos, habría asumido su cuota de sacrificio también reflejada en una reducción en su utilidad operacional. Sin embargo, y a partir de lo que resultó probado, se deduce que esta no fue la situación. Sin importar las tarifas que COMCEL finalmente estableció para el cliente final, y gracias mayoritariamente a los esfuerzos de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, COMCEL logró incrementar anualmente el número de suscriptores, sus ingresos operacionales y, lo que resulta más importante, sus utilidades operacionales.

Gracias a la labor y esfuerzos empresariales de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, COMCEL pasó de tener 2 billones anuales de ingresos operacionales, a tener niveles sostenidos de \$8 billones de pesos anuales, y pasó de tener 13 millones de suscriptores a tener 29 millones. Resulta completamente inicuo que COMCEL, precisamente en los años más productivos y boyantes, haya tomado decisiones tan drásticas que afectaron sustancialmente la remuneración de LA DEMANDANTE.

**CONCLUSIÓN:** COMCEL incumplió el CONTRATO por vía de la infracción a las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual, por cuanto las decisiones que tomó frente a las comisiones por residual (eliminar tres meses de causación), por permanencia pospago (eliminarla completamente) y por transacción de recaudo (reducirlas en un 45%), **NO FUERON EQUITATIVAS.**

Abuso del derecho imputable a COMCEL: Finalmente, si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá considerara que los actos contractuales a través de los cuales COMCEL eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), v. gr. las Cartas de Comisiones que COMCEL extendió, fueron actos que incorporaron obligaciones **expresas** para las partes, de tal manera que, al no existir un vacío negocial que pudiera ser suplido con fundamento en la fuerza integradora del Art. 871 CCO (buena fe, naturaleza del negocio y equidad), lo cierto es que, bajo esta hipótesis subsidiaria, COMCEL, indiscutiblemente, abusó de sus derechos. En otras palabras, si el H. Tribunal estimara que las Cartas de Comisiones establecieron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual<sup>2</sup>, lo cierto es que, bajo este supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos: Las razones que justifican la existencia del abuso del derecho, son las mismas que explican, a la luz de la buena fe contractual, la inequidad de las decisiones adoptadas por COMCEL.

COMCEL, entonces, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En efecto, LA DEMANDANTE, en sus pretensiones, solicitó, de manera principal, condenar a COMCEL civilmente por los incumplimientos que le son imputables (incumplimientos que pueden provenir de cláusulas del CONTRATO o de las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual) y, subsidiariamente, le solicitó condenarla civilmente por los daños que provienen del abuso de sus derechos.

---

<sup>2</sup> La buena fe en el Código de Comercio y en el Código Civil únicamente cumple las funciones (i) interpretativa e (ii) integradora de los contratos. En virtud de la primera, la buena fe dirige el proceso interpretativo de los acuerdos negociales en los que se prefieren los significados normativos que más se acompañen a los mandatos de la buena fe y la equidad. Por su parte, con la fuerza integradora de la buena fe se llenan vacíos contractuales, es decir, se resuelven cuestiones que las partes no previeron expresamente en sus acuerdos negociales. Excepcionalmente, por ejemplo a través de la teoría de la imprevisión, la cláusula penal enorme, la reducción de intereses, etcétera, la buena fe inspira normas especiales que “corrigen” los acuerdos celebrados entre las partes, es decir, normas que se aplican de manera preferente sobre reglas que expresamente acordaron los co-contratantes, estipulaciones éstas últimas que, en consecuencia, son derogadas por normas imperativas fundadas en la buena fe correctiva. Esta función de la buena fe se denomina “función correctiva”; en el ordenamiento jurídico colombiano, esta función no se estatuyó bajo una regla general y la misma, en todos los casos, solamente se halla en normas especiales.

5.2. Pretensión Décima Séptima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual:

PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA:

- a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.
- b) Declarar que la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.
- c) Declarar que COMCEL, al haber excluido unilateralmente de su liquidación los tres primeros meses de causación, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA y no es subsidiaria de los literales a) y b) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.

**En el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por residual:**

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada AL DISTRIBUIDOR, comisión que variará dependiendo si el distribuidor está calificado como centro de ventas o como centro de ventas y servicios. Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Está comisión se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantienen abierto al menos un punto de venta capaz de atender las necesidades de los abonados de la región que sirve. (...) Para los efectos del cálculo de las comisiones pagaderas al DISTRIBUIDOR los "ingresos que generen efectivamente

comisión" significarán los ingresos que correspondan a COMCEL y realmente recaude e ingresen efectivamente a su patrimonio, de los siguientes cargos al Abonado: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por COMCEL y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan. La causación de comisiones, se hará dentro de los periodos mensuales que fije COMCEL, indicando el día de iniciación y de cierre de cada periodo.

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

1. **La comisión por residual, según el CONTRATO, se causaría: (i) Sobre los ingresos recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte de los "Abonados" cuya vinculación contractual con COMCEL fue gestionada por LA DEMANDANTE, y (ii) mientras LA DEMANDANTE tuviera por lo menos un punto de venta abierto capaz de atender las necesidades de los abonados en la región que le fue prefijada por COMCEL. El CONTRATO define el concepto "Abonado", así:**

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

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

**Los ingresos recibidos por COMCEL que se tenían en cuenta para calcular la comisión por residual, según lo pactado en el numeral 2º del Anexo A, eran:** 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por CELCARIBE y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan.

2. **COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, incumplió lo pactado en el Anexo A; veamos:**
  - a) **En las Cartas de Comisiones que COMCEL le extendió a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, COMCEL estableció que la comisión por residual únicamente se causaría sobre los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado:**

**1.2 Residual y Anticipo**

Las líneas activas en los planes y paquetes mencionado en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.67% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.33% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 2.00%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

**1.3 Residual y Anticipo**

Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

- b) La regla que COMCEL aplicó durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, según la cual los tres primeros meses de consumo del cliente pospago no generarían una comisión por residual, constituye una violación del CONTRATO, v. gr. un incumplimiento contractual de COMCEL. En efecto, en el Anexo A, la comisión por residual se ha debido calcular a partir de todos los consumos que realice el cliente pospago; en el Anexo A no se estipuló la exclusión de los tres primeros meses que COMCEL, a la postre, aplicó motu proprio:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual"... Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos... que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente.

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

3. **CONCLUSIÓN:** En el presente proceso resultó probado el literal (c) de la Pretensión Décima Séptima, motivo por el cual el H. Tribunal deberá declarar probado el consecuente literal e) de dicha Pretensión, v. gr., deberá declarar que COMCEL, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación de la comisión por residual, incumplió el CONTRATO.

- 5.3. Pretensión Décima Novena: Incumplimiento contractual de COMCEL: Eliminación de la comisión por permanencia pospago.

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

solicita: **a) Declarar** que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia (planes postpago) y buena venta (Kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE. (...) **c) Declarar** que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

1. Respecto de los planes normales (todos aquellos diferentes a prepago) cuya activación gestionó LA DEMANDANTE, en el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por permanencia:

Numeral 1, inciso 3º: Sin perjuicio de la anterior regla general, se entiende y acuerda que las comisiones de planes normales (todos aquellos diferentes de prepago) podrán tener causación total o parcial, según que el abonado permanezca activado en la red dentro de los doce (12) meses siguientes al mes de activación o por un período inferior a dicho lapso, respectivamente.

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

2. COMCEL, a través de las Cartas de Comisiones que le envió a LA DEMANDANTE, determinó, en los siguientes términos, la cuantía de la comisión por permanencia:

<b>1.2 Bonificación por Permanencia</b>			
Por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una permanencia de 6 meses a partir de la fecha de activación, el Distribuidor recibirá una Bonificación por Permanencia de acuerdo al siguiente rango de cargo fijo mensual del plan postpago que activó el usuario:			
CARGO FIJO MENSUAL	ANTICIPO 20%	COMISIÓN	TOTAL
Si es menor o igual a \$70.000	\$ 2.000	\$10.000	\$12.000
Si es mayor a \$70.000	\$ 5.000	\$25.000	\$30.000

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones.

3. A partir del 1º de julio de 2014, COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, eliminó la comisión por permanencia en planes postpago. Al respecto, obran en el expediente las cartas de comisiones de POSPAGO emitidas por COMCEL en las cuales consta la eliminación de la comisión por permanencia postpago e igualmente así lo declaró el testigo Andrés Francisco Martínez Gerente de Comisiones de COMCEL.
4. COMCEL, al haber eliminado la comisión por permanencia postpago, incumplió el CONTRATO: Para sustentar lo pretendido, se prohíjan los argumentos que el Tribunal de Arbitraje de COMPAÑÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs

COMCEL expuso frente a los mismos hechos en el reciente Laudo del 3 de febrero de 2020, así:

**CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO.**

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial y de los incumplimientos imputables a COMCEL S.A., condenar a esta última a pagarle a la CELL NET DE OCCIDENTE S.A., las siguientes sumas de dinero: (...) 37.5.- A título de lucro cesante, la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL NOVEOCIENTOS ONCUESTA Y SEIS PESOS (\$667.470.956), que corresponde a la comisión por permanencia de planes postpago que CELL NET DE OCCIDENTE S.A. dejó de percibir.

Esta decisión, en la parte motiva del laudo, se motivó de la siguiente manera:

**CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. PÁG. 225.**

Por lo dicho, resulta evidente que COMCEL incumplió el contrato, no por la modificación de la comisión por permanencia en los planes prepago en sí mismas, para la que estaba facultada, sino por su eliminación. (...) Por tanto, el Tribunal concluye que estamos en presencia de un claro incumplimiento contractual. Debe tenerse presente que la atribución conferida no es absoluta porque lo que se pretende es hacer simples ajustes en función de las necesidades del mercado, siempre cambiante, pero sin desconocer los intereses legítimos del distribuidor o agente que en ningún caso pueden entenderse tenidos en cuenta con la eliminación de la prestación convenida. En mayor medida cuando no aparece acreditado que respecto de esta eliminación se hubiere establecido compensación alguna, así fuera con ajustes a su favor respecto de otra prestación. (...) Por consiguiente la eliminación no solo no estaba prevista en el contrato ni en los otrosíes firmados por las partes, sino que no correspondía a las expectativas naturales de CELL NET al convenir que COMCEL hiciera los ajustes necesarios a la comisión por permanencia en planes postpago y prepago para adecuarse a las realidades del mercado y soportar su competencia, y esa eliminación privaba a la Convocante por completo de una contraprestación legítima que estaba prevista de manera expresa en el contrato y sus anexos. Dadas las anteriores consideraciones el Tribunal declara... que Comcel al haber eliminado las comisiones por permanencia incumplió el contrato celebrado con CELL NET.

De manera complementaria, en el Laudo Arbitral dictado el 4 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitraje de CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL sostuvo:

**CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. Págs 278 y ss**

Observa el Tribunal que esta Comisión por Permanencia en Planes Postpago, dejó de ser incluida por COMCEL dentro del 'Plan de Comisiones' a partir del 1° de Julio de 2014; en efecto, mediante la comunicación N° 2014-DIME01-S188096, de fecha 2 de julio de 2014233, COMCEL le manifestó a CELUTEC que "[a] continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos que COMCEL aplica a su red de Distribuidores desde 01 de Julio de 2014", listado de comisiones en la que se

prescindió, sin explicación alguna, de la denominada "Bonificación por Permanencia" en planes pospago. Así, pues, esta comisión de Permanencia en Planes Pospago, dejó de ser reconocida y pagada por COMCEL a CELUTEC a partir del 1º de julio de 2014. Así las cosas, el Tribunal encuentra que le asiste la razón a la CONVOCANTE cuando solicita que se declare que "COMCEL de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia y buena venta a que tenía derecho LA CONVOCANTE" y de allí resulta evidente que la eliminación de tales comisiones redujo los ingresos de CELUTEC y constituyeron un incumplimiento contractual por parte de COMCEL, por lo cual prospera la petición de que trata la letra a) de la pretensión Vigésima Novena. No obstante, se hace la precisión en el sentido que el incumplimiento contractual por el no pago de la Comisión por Permanencia en Planes Postpago aconteció a partir del 1º de Julio de 2014;... Así las cosas, el Tribunal ... declara (a) "que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE"; (b) que tal eliminación no "significó una reducción correlativa en sus gastos operacionales". (...) Para el Tribunal es evidente que la eliminación (no modificación) de la remuneración por cuenta de estas comisiones constituye un incumplimiento contractual y por tanto procede la pretensión c), en su primera parte, de esta pretensión Vigésima Novena

#### 5.4. Pretensión Vigésima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Reducción de la comisión por transacción de recaudo.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA: En relación con los Centros de Pagos y Servicios (CPS), se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, desde la suscripción del CONTRATO SUB IÚDICE, mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación. **b) Declarar** que COMCEL, como consta en la circular 2017-GSDI01-S345350 de diciembre 26 de 2017, de manera unilateral e inconsulta aplicó a partir del 1º de enero de 2018 un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo la cual no vino aparejada con una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco con una reducción correlativa de sus gastos operacionales. (...) **d) Declarar** que COMCEL, al haber mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo, al haber aplicado la reducción de sus tarifas a partir de 2018 y al haberle trasladado abusivamente a LA DEMANDANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

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

que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL d) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA y no es subsidiaria de los literales a), b) y c) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA.

1. En el año 2005, COMCEL y LA DEMANDANTE celebraron una convención con la cual se modificó la cláusula 7.8. del CONTRATO. En esta convención (CPS 2005) se pactó:

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8. del contrato de distribución deberá quedar así:

7.7.1. Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Pagos y Servicio, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL ... Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL.

7.8.1.17 EL DISTRIBUIDOR se obliga a seguir las instrucciones y cumplir los procedimientos que COMCEL le señale para efectos del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente cláusula.

7.8.1.18. Las anteriores cláusulas nacen como consecuencia de haber sido EL DISTRIBUIDOR autorizado por parte de COMCEL, para actuar como Centros de Pagos y Servicios.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2005, Otrosí CPS.

2. De la comisión por transacción de recaudo: En la convención CPS 2005 se pactó, de la siguiente manera, la comisión por transacción de recaudo que LA DEMANDANTE recibiría por cada operación de recaudo:

7.8.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2008, Otrosí CPS.

COMCEL, en ejercicio de las facultades que como predisponente de la convención CPS 2005 se otorgó a sí misma, le pagó a LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO y a título de comisión por transacción de recaudo un promedio de \$1.508 por cada transacción realizada en sus CPS; al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:

**C.3.b)**

A partir de julio 29 de 2013, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta: ¿Cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE?

**RESPUESTA**

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE es de \$1.544 por transacción de recaudo ( $\$1.933.850.806 \div 1.252.811$ ). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD	VALOR
Julio 29 a diciembre 31 de 2013	39.109	49.432.680
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	116.667	175.841.500
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	201.919	285.182.476
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	337.359	540.488.330
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	474.356	698.969.160
Enero 1 a abril 13 de 2018	83.401	183.936.660
<b>TOTAL</b>	<b>1.252.811</b>	<b>\$ 1.933.850.806</b>
<b>PROMEDIO</b>		<b>1.544</b>

En el siguiente anexo, se aporta el detalle y los pagos realizados por COMCEL a LA DEMANDANTE por concepto de comisión por transacción de recaudo:

[Anexo electrónico No. 31-C.3.b-Facturas, pagos y libros auxiliares de contabilidad de la comisión por transacción de recaudo.](#)

VER Prueba: Pág. 39 y ss, DICTAMEN.

3. Reducción de la comisión por transacción de recaudo: COMCEL, el 26 de diciembre de 2017 y a través de la siguiente circular, le informó a su red de agentes/distribuidores las nuevas tarifas que empezarían a regir a partir del 1º de enero de 2018, tarifas que representaron una reducción significativa de la remuneración por concepto de comisión por transacción de recaudo:

<b>Para</b>	Distribuidores Claro Móvil
<b>De</b>	María del Pilar Suárez G.
<b>Asunto</b>	<b>NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES</b>

Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	\$ 1.200	\$ 1.400	\$ 1.450	\$ 1.600
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350

26 DE DICIEMBRE DE 2017

1  
INFORMACION CONFIDENCIAL

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

Esta reducción impuesta unilateralmente por COMCEL se realizó con fundamento en la facultad que ella misma se otorgó como predisponente de la convención CPS 2008 para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE:

7.7.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2008, Otrosí CPS.

Por otra parte, según la Cláusula 34 del CONTRATO las instrucciones impartidas por COMCEL de manera unilateral en las Circulares, eran de obligatorio cumplimiento para LA DEMANDANTE y hacían parte del CONTRATO.

4. Incumplimiento y/o abuso imputable a COMCEL por la reducción en la comisión por transacción de recaudo: Como resultó probado en este proceso, COMCEL estableció que la cuantía de la comisión por transacción de recaudo sería entre \$1.200 y \$2.240 por transacción, pagándole a LA DEMANDANTE un promedio de \$1.508 durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO. Posteriormente, y a partir del 1 de enero de 2018, COMCEL redujo la cuantía de dicha comisión así: Una escala de \$1.200 a \$1.600 para los meses de enero a abril de 2018, de \$950 a \$1.250 para los meses de mayo a agosto de 2018, y de \$700 a \$950 de septiembre de 2018 en adelante.

Incumplimiento del contrato por vía de las obligaciones que emanan de la buena fe contractual: El artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En el presente proceso, entonces, resultó probado:

- LA DEMANDANTE, para poder ejecutar las operaciones de recaudo en sus CPS, tuvo que realizar inversiones y tuvo que incrementar su estructura de costos y gastos de tal manera que sus locales y servicios cumplieran con los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta nueva estructura de gastos y costos se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor de LA DEMANDANTE.
- COMCEL, como parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó la convención CPS 2008 para establecer la cuantía de la comisión por transacción de recaudo, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad, en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE, , a partir de enero de 2018 redujo de manera sustancial dicha comisión, con lo cual rompió el equilibrio económico del CONTRATO, v. gr. la equivalencia entre las obligaciones que LA DEMANDANTE debía ejecutar (para lo cual incurre en unos costos y gastos) y la remuneración a que tiene derecho (en este caso la que proviene de la comisión por transacción de recaudo).

¿Por qué las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE al reducir o eliminar las comisiones debida a la DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de

las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO? Las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Abuso del derecho imputable a COMCEL; análisis general: Si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá estimara que la comisión por transacción de recaudo que COMCEL determinó fueron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual, lo cierto es que, bajo este supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos. Las razones que explican el abuso del derecho imputable a COMCEL son las siguientes:

- COMCEL mantuvo la misma cuantía para la comisión por transacción de recaudo y no la incrementó, cuanto menos, en el mismo porcentaje en que varió el Índice de Precios al Consumidor (IPC), lo que significó que desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda, LA DEMANDANTE recibió, año tras año, una remuneración cada vez menor, con el agravante que, año tras año, COMCEL extendió en el Manual de Procedimiento CPS el número de servicios posventa que LA DEMANDANTE debía prestarle a los clientes de COMCEL (Ver Prueba No. 26 aportada con la demanda: Manual CPS): Entre más servicios debía prestar LA DEMANDANTE, en más gastos debía incurrir.
- A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700).
- La no actualización monetaria de la comisión por transacción de recaudo, y las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos).
- Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores

utilidades para COMCEL), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores.

**CONCLUSIÓN:** COMCEL, al romper injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo perjuicio de LA DEMANDANTE, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

5.5. Pretensión Vigésima Segunda: Incumplimiento contractual de COMCEL: No liquidación ni pago de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE todas las comisiones, remuneraciones y descuentos generados a favor de LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE durante el último periodo contractual.

1. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que se causaban a favor de LA DEMANDANTE.

E.1.a) ¿Qué parte, si COMCEL o LA DEMANDANTE, liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL? **RESPUESTA.** De acuerdo con las verificaciones efectuadas a la información contable entregada por LA DEMANDANTE, se evidenció que antes de facturar y registrar los ingresos por comisiones, LA DEMANDANTE recibía de COMCEL, un reporte (vía correo electrónico) donde se indicaban las sumas por cada concepto que LA DEMANDANTE debía facturar. Para ilustrar esta situación, a continuación, se muestra un ejemplo del proceso: (...) Con base en lo anterior, se puede indicar que COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE, le facturó a esa sociedad.

COMCEL, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO no liquidó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

2. COMCEL, asimismo, no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Según resultó probado con el DICTAMEN, las comisiones que COMCEL no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE, ascienden a la siguiente suma dineraria:

#### **C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS**

##### **C.1.a)**

**Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE?**

##### **RESPUESTA**

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por LA DEMANDANTE, se estableció que las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE, en relación con el contrato de voz es de **\$239.506.972**, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
COMISIÓN LEGALIZACIÓN KIT Y WB	36.513.726
COMISIÓN POSTPAGO	23.651.134
COMISIÓN TRANSACCIÓN DE RECAUDO-CPS	67.443.464
COMISIÓN RESIDUAL	9.132.616
RECONOCIMIENTO LOGÍSTICO	102.766.032
<b>TOTAL</b>	<b>239.506.972</b>

Para el cálculo de los anteriores valores, se tomó como base los últimos pagos realizados por COMCEL en cada uno de los conceptos. Luego se determinó el promedio y se multiplicó por el número de días faltantes entre la fecha del último pago y la terminación del contrato. Para una mayor ilustración, en el siguiente anexo, se presenta el cálculo indicado anteriormente:

[Anexo electrónico No. 25-C.1.a- Cálculo de las Comisiones no pagadas](#)

**De acuerdo con lo anterior, se concluye que, durante la última etapa contractual, las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE son \$239.506.972.**

El gerente de comisiones de COMCEL ratificó en su declaración que se habían pagados las comisiones del último mes a LA DEMANDANTE:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: Doctor Andrés Francisco, ¿tú sabes si eS.A.S, de eS.A.S liquidaciones semanales que nos está refiriendo quedó pendiente de pagar a Digimovil las liquidaciones y las comisiones y remuneraciones del último mes de la ejecución del contrato?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Básicamente cómo funciona el proceso y es que nosotros desde la gerencia de comisiones mantenemos haciendo las liquidaciones cierto, hasta que efectivamente se nos informa que la relación con el aliado se termina, entonces en ese caso lo que nosotros hacemos es, nosotros seguimos haciendo la liquidaciones y lo que no se alcanza a girar que corresponde pues como a las ventas casi del último mes, se consigna en un estado de cuenta donde quedan como esos valores por nuestro lado que cargamos que son los valores a favor, a pagar del distribuidor y eso queda como en ese estado de cuenta y en ese estado de cuenta lo que hacen son todas las áreas de la compañía terminar de generar también cobros y valores y todo lo que está como comprendido en la relación que hubo con, este caso con el ex distribuidor para que ya al finalizar todo el proceso pues se tengan las cuentas de qué se debe.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: ¿O sea que para entenderte doctor Andrés, una vez se pasó la carta de preaviso de terminación por parte de Digimovil, eS.A.S liquidaciones y comisiones de ese último mes de ejecución del contrato están pendientes en esa cuenta que tú refieres a donde se llevan todos los dineros una vez se pasa la carta?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: ¿Lo que no se haya alcanzado a pagar? Sí señor, debe estar incluido ahí.</p>
<p>[APODERADO DEMANDANTE]: ¿Y no se han pagado hasta la fecha a Digimovil?</p>	<p>[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Ahí, ahí sí lo que digo yo genero la parte del estado de cuenta y queda consignado ahí, ya al momento de giro pues ese no pasa por mis manos, porque como ya no hay una relación con el distribuidor pues yo ya no le pido facturas directamente entonces no sabría, pero pues entiendo que hasta que se termina como de firmar que estén de acuerdo las partes, hasta donde tengo entendido pues no se paga, pero pues como le digo es hasta donde tengo entendido, no puedo asegurarlo.</p>

**CONCLUSIÓN:** El H. Tribunal Superior de Bogotá deberá declarar probada la pretensión vigésima segunda de la demanda.

## 5.6. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la **SENTENCIA**:

**PRIMERO:** Declarar prósperas las excepciones “LA VOLUNTAD E INTENCIÓN DE LOS CONTRATANTES COMCEL Y DIGIMOVIL SIEMPRE FUE LA DE CELEBRAR UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL EL CUAL FUE EXCLUIDO EXPRESAMENTE POR ELLOS EN EL TEXTO CONTRACTUAL; COMCEL CELEBRÓ Y EJECUTÓ CON DIGIMOVIL -DE BUENA FE- UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y NO UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL; INEXISTENCIA DE UN PRESUNTO CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL DE HECHO POR AUSENCIA DE ALGUNOS DE SUS ELEMENTOS ESENCIALES; FUERZA VINCULANTE DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL; EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN CELEBRADO ENTRE COMCEL Y DIGIMOVIL DEBERÁ SER INTERPRETADO DE ACUERDO CON LA APLICACIÓN PRÁCTICA QUE DE SUS CLÁUSULAS HICIERON LOS CONTRATANTES DURANTE MAS DE CATORCE (14) AÑOS y DIGIMOVIL CONTRAVIENE SUS PROPIOS ACTOS (VENIRE CONTRA FACTUM PROPRIUM NON VALET”, propuestas por Comcel contra las pretensiones enarboladas por DIGIMOVIL SAS.

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

En el sentido de declarar que el **CONTRATO** terminó por justa causa provocada por los incumplimientos y abusos de **COMCEL**.

## 6. GRUPO DE REPAROS relativos a la terminación del **CONTRATO** por justa causa provocada por **COMCEL**.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que **COMCEL**: (i) Incumplió el **CONTRATO**

cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima tercera de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 de febrero de 2018.

6.1. Pretensión Vigésima Tercera: Terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 DE FEBRERO DE 2018.

1. **Del Preaviso de Terminación del CONTRATO:** LA DEMANDANTE, el 8 DE MARZO DE 2018, le envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO. En este preaviso se manifestó:

2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA PROVOCADA POR COMCEL S.A.

EL DISTRIBUIDOR decidió terminar el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. En efecto, COMCEL ha incumplido con sus obligaciones contractuales y ha ejecutado acciones abusivas que han afectado gravemente los intereses de EL DISTRIBUIDOR, tipificándose de esta manera las justas causas de terminación reguladas en los literales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, todo esto en armonía con lo dispuesto en el Artículo 1327 ibidem:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

A título enunciativo, se mencionan los siguientes incumplimientos y actos abusivos imputables a COMCEL:

(...)

(...)

Los mencionados incumplimientos y abusos imputables a COMCEL han roto el equilibrio económico del CONTRATO y han llevado a que la empresa que EL DISTRIBUIDOR organizó para ejecutar el negocio sea financieramente inviable. Como si lo anterior no fuese suficiente, COMCEL, mediante la imposición de un nuevo reglamento contractual, pretende desdibujar por completo las situaciones de hecho y de derecho que hasta este momento se han consolidado, todo esto en perjuicio de los derechos que legal y contractualmente le asisten a EL DISTRIBUIDOR como agente comercial suyo.

VER Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

2. Como se sostuvo en el preaviso de terminación del CONTRATO, las justas causas de terminación del contrato de Agencia Comercial por parte de LA DEMANDANTE están consagradas en el numeral 2º del ART. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

Tal y como lo establece el Art. 1325 del CCO, el agente puede terminar el contrato de agencia comercial por justa causa, (i) o en caso de incumplimientos del empresario agenciado (Numeral 2º, literal a)), o (ii) en caso de que las decisiones tomadas por el empresario agenciado, sin ser incumplimientos contractuales, afecten gravemente sus intereses (Numeral 2º, literal b)).

3. Al respecto, en el presente proceso resultó probado que:

- COMCEL excluyó los tres primeros meses de causación de la comisión por residual y eliminó la comisión por permanencia pospago.
- COMCEL, una vez recibió el preaviso de terminación del CONTRATO, en lugar de solventar los abusos e incumplimientos que LA DEMANDANTE le reclamó y continuar así con la recta ejecución del CONTRATO, decidió, en un acto soberbio y vengativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato.
- COMCEL redujo prácticamente a la mitad la denominada comisión por transacción de recaudo. Al respecto, se reitera lo dicho cuando se analizó el incumplimiento o el abuso que se le imputa a COMCEL en relación con esta comisión: COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, mantuvo la misma cuantía para la comisión por transacción de recaudo y no la incrementó, cuanto menos, en el mismo porcentaje en que varió el Índice de Precios al Consumidor (IPC), lo que significó que desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda, LA DEMANDANTE recibió, año tras año, una remuneración cada vez menor, con el agravante que, año tras año, COMCEL incrementó en el Manual de Procedimiento CPS el número de servicios posventa que LA DEMANDANTE debía prestarle a los clientes de COMCEL (Ver Prueba No. 26 aportada con la demanda: Manual CPS): Entre más servicios debía prestar LA DEMANDANTE, en más gastos debía incurrir. A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión, incluso, se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700). La no actualización monetaria de la comisión por transacción de recaudo, y las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos). Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL y sus accionistas), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de

LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores. COMCEL, entonces, rompió injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo y correlativo perjuicio de LA DEMANDANTE.

**CONCLUSIÓN:** Los cambios unilaterales impuestos por COMCEL en la remuneración de LA DEMANDANTE, afectaron gravemente los intereses de la DEMANDANTE, afectación que, en voces del literal b) del numeral 2º del Art. 1325 CCO, legitimaron a LA DEMANDANTE a dar por terminado el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. El H. Tribunal Superior de Bogotá, entonces, deberá declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL.

7. **GRUPO DE REPAROS relativos a la indemnización especial del inciso 2º y ss del art. 1324 CCO y a la responsabilidad civil de COMCEL.**

Se le solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar la prosperidad de la pretensión Vigésima Cuarta de la Demanda reformada y en consecuencia declarar que: COMCEL es (i) responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO y (ii) civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables y, en consecuencia, con fundamento en la pretensión Vigésimo Quinta de la Demanda reformada:

a) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, la suma de \$2.749.542.382 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 31 y s.s.).

b) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, comisiones que COMCEL no liquidó ni pagó, la suma de \$239.506.972 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, página 33 y s.s.).

c) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por residual que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de \$153.277.725 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 35 y s.s.).

7.1. **Pretensión Vigésima Cuarta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL.**

**En la Pretensión Vigésima Tercera de la demanda reformada, LA DEMANDANTE solicitó:**

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 29 DE JUNIO DE 2018.

Como consecuencia de la Pretensión Vigésima Tercera y de lo que resultó probado en el proceso en el presente caso se debe acceder a los solicitado en la Pretensión Vigésima Cuarta que reza:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: **a) COMCEL** es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO. **b) COMCEL** es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

Veamos:

1. En los numerales 4 y 5 del presente memorial de sustentación, se identificaron los abusos e incumplimientos imputables a COMCEL que provocaron la terminación del CONTRATO por configurar las justas causas de terminación que regulan los numerales (2 a) y (2 b) del Art. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

Indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO: Porque el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, ésta deberá pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial prevista a partir del inciso 2º del Art. 1324 CCO; así lo ordena el Art. 1327 CCO:

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

2. Responsabilidad por Abuso del Derecho: Los Arts. 95 CP y 830 CCO establecen:

ARTICULO 95 CP: (...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En la responsabilidad por abuso del derecho el título de imputación no es la culpa, ni el dolo, ni uno de naturaleza objetiva; el título de imputación es el abuso de un derecho. Habrá abuso del derecho cuando se excede el interés jurídicamente reconocido en el derecho, sin importar si el titular obró con o sin culpa, con o sin dolo. Los derechos subjetivos tienen un núcleo esencial sin el cual no existirían; el interés jurídicamente tutelado en un derecho subjetivo encuentra en su núcleo el interés disponible por excelencia y a medida que el ejercicio del derecho por parte de su titular se va alejando de dicho núcleo, se va encontrando con otros derechos subjetivos cuyos titulares son terceras personas; entonces, a medida que el ejercicio de un derecho se aleja de su núcleo esencial y se enfrenta a derechos de terceros, aquel se va relativizando. Habrá abuso del derecho cuando en una relación intersubjetiva en concreto, el titular de un derecho, excediendo el interés jurídicamente tutelado por su derecho para dicha situación en particular, afecta el núcleo esencial del derecho de un tercero y, por esta vía, le causa un perjuicio.

En materia contractual (derechos contractuales) los casos de abuso del derecho suceden, principalmente, cuando una de las partes ostenta una posición de dominio contractual (circunstancia que en sí misma no es reprochable); una parte tendrá posición de dominio contractual cuando tiene el poder de extender el reglamento contractual y agregar, modificar o suprimir cláusulas durante su ejecución. En estos casos, habrá abuso del derecho cuando en ejercicio de su posición de dominio contractual, una de las partes le impone a la otra reglas contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien ostenta el poder contractual y, por esta vía, se le causan daños antijurídicos a la parte débil de vínculo negocial, surgiendo así una responsabilidad civil por abuso del derecho.

3. Responsabilidad civil de COMCEL: A partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL, con fundamento en los Arts. 1608 CC y 94 CGP, quedó constituida en mora y, a partir de los incumplimientos y abusos que le son imputables (Ver numerales 4º y 5º del presente memorial), está obligada a indemnizar los perjuicios que LA DEMANDANTE sufrió y que son consecuencia directa y previsible de dichos incumplimientos y abusos del derecho:

ARTÍCULO 1613 CC: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

ARTÍCULO 870 CCO: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

### **Pretensión Vigésima Quinta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL**

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

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

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

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

#### **7.2. Pretensión Vigésima Quinta. Literal a). Indemnización especial del Art. 1324 CCO:**

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

**Frente a la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:**

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 31 y 32: "En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización "equitativa" y "retributiva". (...) Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra."

Sentencia de junio 22 de 2011. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 11001-3103-010-2000-00155-01. Páginas 28 y 51: "Conforme a lo dicho, los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular, efectuadas durante el lapso determinado en la norma; pero no sucede lo mismo con la ruptura anticipada o terminación abrupta del convenio, a instancia de una de las partes y sin razones valederas para ello, pues, si a dicha decisión le precede una causa injusta, se abona el camino para la prestación prevista en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, esa sí una verdadera indemnización pues resulta de imputar la causa de la ruptura al abuso de una de las partes. Por lo demás, el empresario podría pedir una indemnización, jamás cesantía, mientras que el Agente puede pedir ambas."

A partir de los incisos 2º y 3º del Art. 1324 CCO y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se pueden extraer las siguientes reglas: La indemnización especial del Art. 1324 CCO se causa en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: (i) Cuando el empresario agenciado (COMCEL) revoque o de por terminado unilateralmente el

contrato, sin justa causa comprobada. (ii) Cuando el agente comercial (LA DEMANDANTE) de por terminado el contrato por justa causa IMPUTABLE al empresario agenciado. (iii) Cuando el agente comercial de por terminado el contrato por justa causa PROVOCADA por el empresario agenciado (Art. 1327 CCO). (iv) El agente comercial (LA DEMANDANTE) puede reclamar la indemnización especial del Art. 1324 CCO juntamente con la Prestación Mercantil y con los demás perjuicios complementarios (daños emergentes y lucros cesantes).

La indemnización especial del Art. 1324 CCO es una indemnización “equitativa” con la cual se le retribuyen al agente comercial los esfuerzos que realizó para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Para establecer el quantum de la indemnización especial del Art. 1324 CCO, la norma, originalmente, delegaba en un perito su tasación; veamos:

ARTICULO 1324 CCO: (INCISO 2º y ss) Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-990 de 2006, declaró inexecutable el respectivo aparte:

El Legislador reguló el tema de la terminación del contrato de agencia y sus efectos en dicha hipótesis de controversia y de actuación ante la jurisdicción de manera tal que asignó a los peritos una función que ellos de acuerdo con la Constitución (art 116 C.P.) no pueden cumplir. Con lo que desplazó además la función del juez y limitó su labor a un simple role de verificación de lo ya decidido por los peritos. En efecto en el segundo inciso del artículo 1324 el Legislador señaló imperativamente que la indemnización equitativa debida en esas circunstancias será “fijada por peritos”. Empero es claro que al aludirse a una indemnización y además a una indemnización equitativa el Legislador no podía atribuir a los peritos la posibilidad de fijar dicha indemnización pues como se señaló en los apartes preliminares de esta sentencia los peritos en ningún caso pueden ser investidos de la función de administrar justicia. Es que en el presente caso se trata, como lo afirma el actor, de la determinación de una indemnización como consecuencia de la verificación de un daño o perjuicio antijurídico, así como de la existencia o no de justa causa comprobada para la terminación del contrato, por lo que la posibilidad de establecer el derecho a dicha indemnización y además su carácter equitativo son aspectos que solo quien está investido de la potestad de administrar justicia puede hacer. Si a ello se suma que el Legislador en este

caso señaló que debería tratarse de una indemnización equitativa, es claro que introdujo un elemento que como la equidad está por fuera de las reglas de valoración puramente objetiva y que solo corresponde establecer a los jueces.

En el caso sub iúdice, el DICTAMEN aportado por LA DEMANDANTE se ajustó a los dictados de la H. Corte Constitucional en tanto el perito se abstuvo de cuantificar la indemnización especial del Art. 1324 CCO reclamada por la convocante. En el DICTAMEN, en cambio, el perito constató los criterios que la propia norma extendió para que sea el H. Tribunal Superior de Bogotá quien, administrando justicia, determine el quantum equitativo. Estos criterios se hallan el inciso 3º del Art. 1324 CCO, así:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 3º) Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Con el DICTAMEN en efecto, resultaron probados los siguientes hechos, los cuales dan cuenta de la extensión, importancia y volumen de los negocios que LA DEMANDANTE adelantó en desarrollo del CONTRATO:

## DICTAMEN

B. INDEMNIZACIÓN ESPECIAL DEL INCISO 2º DEL ART. 1324 CCO. Con el fin de otorgarle elementos objetivos de juicio que le permitan al Juez del contrato establecer la indemnización especial y en equidad que se regula a partir del inciso 2º del artículo 1324 CCO, se pregunta:

B.1. EXTENSIÓN, IMPORTANCIA Y VOLUMEN DE LOS NEGOCIOS QUE LA DEMANDANTE ADELANTÓ EN DESARROLLO DEL CONTRATO.

B.1.b)

**Extensión de los negocios:** ¿En qué puntos (locales comerciales) comercializó LA DEMANDANTE los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL? Se le solicita al perito indicar la ciudad y dirección de estos.

**RESPUESTA**

De acuerdo con los certificados de registro mercantil suministrados por LA DEMANDANTE, los puntos donde LA DEMANDANTE comercializó los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL son los siguientes:

MUNICIPIO	PUNTO	DIRECCIÓN
MANIZALES	CENTRO PP MULTIPUNTO	CR 7C 11 47 ED PALMARU LC 1
MANIZALES	AV SANTANDER TRIANGULO	CR 23 53 A 04
MANIZALES	CABLE SIGLO XXI	CR 23 64 B 33
MANIZALES	BURBUJA	CENTRO COMERCIAL PARQUE CALDAS / BURBUJA ENTRADA PRINCIPAL
DORADA	DORADA	CC DORADA PLAZA LC N 001 BLOQUE AZUL
ANSERMA	ANSERMA	CRA 4 7-14
PEREIRA	CUBA	CARRERA 25 69 19 PISO 1
ARMENIA	PORTAL DEL QUINDIO	AV BOLIVAR 19-46 C.CIAL PORTAL DEL QUINDIO L-N240

En el anexo siguiente, se adjuntan los documentos escaneados:

Anexo electrónico No. 23 -B.1.b-Certificados de registro mercantil

(...)

B.1.a. (i)

**¿Cuántos Kits Prepago legalizó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA**

De acuerdo con la información suministrada por **LA DEMANDANTE**, entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018 (fecha de terminación del contrato), se legalizaron **157.915 kits prepago**. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

(...)

B.1.a. (ii)

**¿Cuántos Planes Pospago activó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA**

Con fundamento en la información suministrada por **LA DEMANDANTE**, se observaron **139.804 planes pospagos** activados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

(...)

B.1.a. (iii)

**¿Cuántos Planes Sim Cards legalizó LA DEMANDANTE?**

**RESPUESTA**

Según la información entregada por **LA DEMANDANTE**, los planes sim cards legalizados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018 (terminación del contrato) fueron **240.515**. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

(...)

B.1.a. (iv)

**¿Cuántas transacciones de recaudo hizo LA DEMANDANTE en sus Centros de Pagos y Servicios (CPS)?**

**RESPUESTA**

De acuerdo con las evaluaciones efectuadas a la información entregada por **LA DEMANDANTE**, las transacciones de recaudo entre julio 29 de 2013<sup>2</sup> y abril 13 de 2018 fueron **1.252.811**. En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 28 a 30, DICTAMEN.

Estos dineros así invertidos representan el principal esfuerzo que **LA DEMANDANTE** realizó para acreditar los servicios de **COMCEL**, esfuerzo que además es susceptible de ser cuantificado:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 2º) (...) una indemnización equitativa, ..., como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Según resultó probado con el DICTAMEN, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió **\$2.749.542.382** en actividades mercadotécnicas que COMCEL verificó y aprobó, actividades con las cuales se promocionaron las marcas “Comcel” y “Claro” y se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL:

**B.2.b)**

**¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última?**

**RESPUESTA**

Siguiendo la metodología propuesta, sí COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE la suma de **\$1.374.771.191** por concepto de comisión Plan Coop, es porque LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de **\$2.749.542.382** ( $\$1.374.771.191 \times 2$ ) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por COMCEL. La metodología propuesta en la pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4º del Anexo C del contrato ([Anexo electrónico No. 6](#)), así

VER Prueba: Pág. 32 DICTAMEN.

Teniendo en cuenta (i) que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, (ii) que con su terminación LA DEMANDANTE perdió su fuente de ingresos operacionales, (iii) que con su terminación LA DEMANDANTE clausuró la empresa que organizó exclusivamente para ejecutarlo y (iv) que COMCEL continúa lucrándose de los ingresos provenientes de los clientes que LA DEMANDANTE vinculó a los Servicios de Telefonía Móvil Celular que la primera presta, nada resulta más equitativo que COMCEL le restituya a LA DEMANDANTE, a título de la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO, los **\$2.749.542.382** con los cuales se retribuyen los esfuerzos de LA DEMANDANTE hizo para acreditar la marca y los servicios objeto del CONTRATO.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por la indemnización especial y en equidad que según el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO aquella le debe pagar a LA DEMANDANTE; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

**CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$2.749.542.382**

7.3. Pretensión Vigésima Quinta. Literal b). Comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

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

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

<b>C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS</b>	
<b>C.1.a)</b>	
<b>Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE?</b>	
<b>RESPUESTA</b>	
De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por LA DEMANDANTE, se estableció que las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE, en relación con el contrato de voz es de <b>\$239.506.972</b> , en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:	
<b>CONCEPTO</b>	<b>MONTO</b>
COMISIÓN LEGALIZACIÓN KIT Y WB	36.513.726
COMISIÓN POSTPAGO	23.651.134
COMISIÓN TRANSACCIÓN DE RECAUDO-CPS	67.443.464
COMISIÓN RESIDUAL	9.132.616
RECONOCIMIENTO LOGÍSTICO	102.766.032
<b>TOTAL</b>	<b>239.506.972</b>
Para el cálculo de los anteriores valores, se tomó como base los últimos pagos realizados por COMCEL en cada uno de los conceptos. Luego se determinó el promedio y se multiplicó por el número de días faltantes entre la fecha del último pago y la terminación del contrato. Para una mayor ilustración, en el siguiente anexo, se presenta el cálculo indicado anteriormente:	
<a href="#">Anexo electrónico No. 25-C.1.a- Cálculo de las Comisiones no pagadas</a>	
<b>De acuerdo con lo anterior, se concluye que, durante la última etapa contractual, las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE son <u>\$239.506.972</u>.</b>	

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

**CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$239.506.972**

7.4. Pretensión Vigésima Quinta. Literal c). Comisiones por residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

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

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

**C.2.COMISIÓN POR RESIDUAL: (...) EXCLUSIÓN DE LOS TRES PRIMEROS MESES.**

C.2.a) Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, si COMCEL le hubiera pagado a LA DEMANDANTE la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, ¿cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir? **RESPUESTA.** Para establecer la cuantía de la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, que LA DEMANDANTE dejó de percibir, se consideran los siguientes supuestos (variables):

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Periodo:	5 años
Fecha inicial:	Abril 14 de 2013
Fecha final:	Abril 13 de 2018
Fuente de la información:	Ingresos por comisión residual de LA DEMANDANTE
Periodo pagado:	9 meses = 75%
Periodo por pagar:	3 meses = 25%

De acuerdo con las evaluaciones realizadas a **118 facturas** y a los registros contables de **LA DEMANDANTE**, durante los últimos cinco años recibió la suma de **\$459.833.174**. En el siguiente cuadro se muestran las sumas contables recibidas en cada periodo:

PERIODO	MONTO SEGÚN CONTABILIDAD
Abril 14 a diciembre 31 de 2013	45.155.556
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	86.860.128
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	93.571.204
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	97.652.967
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	109.195.472
Enero 1 a abril 13 de 2018	27.397.847
<b>Total</b>	<b>459.833.174</b>

En el siguiente anexo se adjuntan 118 facturas y los libros de contabilidad que sustentan los valores anteriores:

Teniendo en cuenta que la pregunta menciona que **LA DEMANDANTE** dejó de percibir tres meses de comisión residual, es decir un **25%**, lo anterior significa que los **\$459.833.174** presentados en el cuadro anterior, representan el **75%**. Para calcular el **100%** que habría recibido **LA DEMANDANTE**, se realiza la siguiente operación matemática:

$$\frac{\$459.833.174 \times 100\%}{75\%} = \$613.110.899$$

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)
Junio 30 a diciembre 31 de 2013	\$ 340.062.556
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	\$ 783.832.365
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	\$ 667.939.675
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	\$ 712.841.561
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	\$ 742.729.175
Enero 1 a junio 29 de 2018	\$ 412.706.668
<b>Total</b>	<b>\$ 3.660.112.000</b>

En el siguiente cuadro se muestra el cálculo para cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)
Abril 14 a diciembre 31 de 2013	60.207.408
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	115.813.504
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	124.761.605
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	130.203.956
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	145.593.963
Enero 1 a abril 13 de 2018	36.530.463
<b>Total</b>	<b>613.110.899</b>

¿Cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir?

Para establecer la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir, se calcula la diferencia entre el monto que habría recibido y el monto recibido según la contabilidad. El resultado de esta operación es de **\$153.277.725** (\$613.110.899 - \$459.833.174). En el siguiente cuadro se muestran las diferencias en cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)	MONTO RECIBIDO SEGÚN CONTABILIDAD (75%)	DIFERENCIA (25%)
Abril 14 a diciembre 31 de 2013	60.207.408	45.155.556	15.051.852
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	115.813.504	86.860.128	28.953.376
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	124.761.605	93.571.204	31.190.401
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	130.203.956	97.652.967	32.550.989
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	145.593.963	109.195.472	36.398.491
Enero 1 a abril 13 de 2018	36.530.463	27.397.847	9.132.616
<b>Total</b>	<b>613.110.899</b>	<b>459.833.174</b>	<b>153.277.725</b>

VER Prueba: Pág. 33 y ss, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

**CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$153.277.725**

7.5. Pretensión Vigésima Sexta: Intereses Moratorios sobre las indemnizaciones reclamadas.

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión

inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1. Las condenas a que se refieren los literales b), c) y f) de la Pretensión Vigésima Quinta provienen de obligaciones mercantiles de carácter dinerario: En efecto, las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó, las comisiones por residual que COMCEL no liquidó ni pagó por haber excluido los tres primeros de causación y las comisiones por permanencia pospago que COMCEL no liquidó ni tampoco pagó a partir del 1º de julio de 2014 y hasta la terminación del CONTRATO, son todas ellas obligaciones mercantiles por cuanto las mismas tuvieron por fuente un contrato de Agencia Comercial, contrato que está nominado y regulado en el estatuto mercantil; estas comisiones son, asimismo, obligaciones dinerarias.
2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales b), c) y d) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, establece:

ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

3. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refiere el literal k) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 1615 CC, establece:

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

4. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora?: Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil desde el momento en que se le notificó el Auto Admisorio de la demanda: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPCIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda... produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin... Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

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

**CONCLUSIÓN:** COMCEL quedó constituida en mora el 26 de abril de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

5. Cuantificación de los intereses moratorios: El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

**SEGUNDO:** NEGAR en consecuencia todas las pretensiones planteadas por DIGIMOVIL SAS contra COMUNICACION CELULAR SA - COMCEL SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en enero 13 de 2009, y que

pudo haber sido redactado y propuesto por Comcel, este no se puede calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos que se exigen para la existencia, validez y eficacia de este tipo de contratos.

Y, en su lugar, deberá Vigésima Sexta de la demanda reformada:

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

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiendo a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil

#### 7.6. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la **SENTENCIA**:

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

Y en su lugar, **CONDENAR** a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero:

1. Indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, (literal a de la Pretensión 32): **\$2.749.542.382.**
2. Comisiones causadas y no pagadas durante la última etapa contractual (literal b de la Pretensión 33): **\$239.506.972.**
3. Comisión por Residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación (literal c de la Pretensión 35): **\$153.277.725.**
4. Intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas de dinero, causados desde la notificación del auto admisorio de la Demanda y hasta que se efectuó el pago correspondiente.

8. **GRUPO DE REPAROS** relativos a las actas de conciliación de cuentas que las partes suscribieron con fundamento en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO.

Se solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima séptima de la demanda reformada y, en consecuencia, DECLARAR: (i) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. (ii) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial". (iii) Que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

8.1. Pretensión Vigésima Séptima: Pretensión relativa a las denominadas “actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas.

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

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: Si se considera que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de transacción, se solicita en subsidio lo referido en los siguientes literales (i) y (ii): (i) DECLARAR que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y por legalizaciones de Kits Prepago. (ii) DECLARAR, en consecuencia, que todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción”.

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

8.2. Pruebas que no fueron valoradas por el Juez a quo al decidir el problema jurídico sobre la inexistencia de contrato de transacción.

A continuación, son referidas las pruebas obrantes en el expediente sobre las cuales el Juez a quo erró al no efectuar la valoración en conjunto ordenada por el Art. 176 CGP, cuando analizó el problema jurídico relativo a la existencia de contratos de transacción suscritos por las Partes con objeto del CONTRATO:

- a) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” correspondían y se identificaban con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”.

▪ **CONTRATO:**

El CONTRATO en su inciso 2º de la cláusula 30 estableció que COMCEL y la DEMANDANTE cada doce meses suscribirían actas de conciliación de cuentas para expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes, otorgando un paz y salvo parcial:

Cláusula 30. Inciso 2º del CONTRATO: Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, CELCARIBE, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. CONTRATO

▪ **TESTIMONIO DE EVELIO ARÉVALO.**

En el testimonio rendido por Evelio Arévalo Duque, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” correspondían y se identificaban precisamente con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL

[APODERADO DIGIMOVIL]: Doctor Evelio en relación con el contrato, le pregunto, y que se nos refiere que conoce la cláusula 30 del contrato, inciso segundo, refiere lo siguiente, se la voy a leer para efectos de no tener que exhibirla, no compartirla en la pantalla o si su Señoría ¿desea

[JUEZ]: puede leerla doctor, él dice que conoce texto del contrato, igual leerla es algo que ilustra sobre lo que le va a preguntar, según entiendo.

que la comparta estoy presto a hacerlo, pero si le parece simplemente la leo y le hago le pregunta al testigo?	
[APODERADO DIGIMOVIL]: Muchas gracias, su señoría, el inciso segundo, esa cláusula 30. Que se denomina conciliación, compensación de usted y descuentos, dice lo siguiente, abro comillas, "Durante la vigencia de este contrato, cada 12 meses, las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas en las que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una, y se otorga un paz y salvo parcial" cierro comillas, le pregunto doctor Evelio, ¿las actas que fueron aportadas al proceso denominadas de conciliación, compensación o transacción firmadas por las partes, corresponden a estas actas que se refieren el inciso segundo de la cláusula 30 del contrato suscrito entre las partes?	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: Si doctor Camilo
[JUEZ]: Perdón, ¿usted conoce las actas a la que se está refiriendo la pregunta?	[TESTIGO EVELIO AREVALO]: Sí, son unas actas que genera en ese momento el área de comisiones, donde Francisco Martínez

▪ **TESTIMONIO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ.**

En el testimonio rendido por Andrés Francisco Martínez, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" correspondían y se identificaban precisamente con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO DEMANDANTE]: Ok, doctor Andrés Francisco, ¿Tú conociste unos documentos que se denominaban actas de conciliación, compensación y transacción que fueron suscritos entre las partes?	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Sí señor.
[APODERADO DEMANDANTE]: Con la venia del señor juez, yo quiero leerle a Andrés Francisco la cláusula 30 inciso 2do del contrato y hacerle una pregunta específica sobre esa cláusula y las denominadas actas de conciliación, compensación y transacción.	[JUEZ]: Siga, doctor puede hacerlo.
[APODERADO DEMANDANTE]: Claro, entonces la cláusula 30 dice lo siguiente en el inciso segundo Andrés Francisco dice: "Durante la vigencia de este contrato cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas	[TESTIGO ANDRES MARTINEZ]: Entendería que sí, pues básicamente digamos que el alcance de comisiones era que generábamos esas actas que se hacían cada 6 o cada 12 meses y en el cual pues básicamente el proceso era que nosotros le decíamos al distribuidor: "mire vamos a hacer el acta a cierre de diciembre, por decir

<p><i>recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial." Yo te pregunto, ¿estos documentos actas de conciliación de cuentas a las que hace referencia a la cláusula 30 inciso 2do del contrato son o se refieren a esas actas de conciliación compensación y transacción que las partes suscribieron durante la ejecución del contrato?</i></p>	<p><i>cualquier cosa, entonces por favor remítanos todos los reclamos o los faltantes de pago que usted crea, tiene a esa fecha para que nosotros los revisemos" y ahí se iniciaba el proceso, entonces los distribuidores podían enviarnos esa reclamaciones que tuviesen abiertas, nosotros al interior del equipo lo revisábamos y ahí podía hacer pues varias respuestas, una era que eso ya había sido pagó, otra era que no aplicaba el pago porque no cumplía las condiciones que se habían definido o efectivamente que si estuviese pendiente y se generará el pago.</i></p>
--	---

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” que no eran suscritas con el objeto de solucionar alguna diferencia litigiosa existente entre ellas, para terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

▪ **DECLARACIONES DE LAS PARTES.**

En la Declaración de Parte de LA DEMANDANTE y en la declaración de parte de COMCEL se confirmó que los documentos “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” no eran documentos suscritos por COMCEL con los miembros de su red para solucionar alguna diferencia litigiosa o precaver un litigio, tal y como se requiere de un contrato de transacción, puesto que la primera vez que se suscitó entre las Partes con objeto del CONTRATO una diferencia o controversia litigiosa, fue al momento de la terminación del mismo y los documentos “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” fueron suscritos muchos años antes de la terminación del CONTRATO.

- c) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE: (i) que la última de las mismas fue suscrita con fecha de corte del 31 de diciembre de 2011, es decir, tres años antes de la terminación del CONTRATO, (iii) que las mismas no tuvieron por objeto transar los asuntos referidos con las pretensiones de la Demanda:

▪ **EL ACTA DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS DE 30 DE DICIEMBRE DE 2011.**

En el expediente, con la contestación de la demanda, COMCEL aportó la última de las actas suscritas por las partes denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, la cual indica que su fecha de corte es el 31 de diciembre de 2011, lo que comprueba que el último de estos documentos suscritos por las partes hacía referencia a cuestiones relativas al CONTRATO acontecidas hasta el 31 de diciembre de 2014:

**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 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.*

VER Prueba Contestación demanda Pruebas Documentales.

Además, en esta acta, la misma circunscribe su objeto únicamente a “diferencias” en cuanto a comisiones por activación y por residual pospago y comisiones por legalización prepago, es decir, que de ninguna forma cobija asuntos relacionados con la prestación mercantil y la indemnización especial de la agencia comercial:

*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 29 de Enero de 2009 COMCEL S.A. y **DIGIMOVIL S.A.S.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Voz, correspondiente a la zona Occidente.*

*4.2 El 29 de Enero de 2009 COMCEL S.A. y **DIGIMOVIL S.A.S.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Datos, correspondiente a la zona Occidente.*

*4.3 El 29 de Enero de 2009 COMCEL S.A. y **DIGIMOVIL S.A.S.**, suscribieron un Contrato de Distribución de Blackberry, correspondiente a la zona Occidente.*

*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**

VER Prueba Contestación demanda Pruebas Documentales.

Las pruebas citadas en los anteriores literales, como parte de una valoración conjunta del acervo probatorio efectuada en relación con las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, corroboraron de forma manifiesta y evidente, los siguientes hechos, disímiles a los hechos que la SENTENCIA declaró probados:

1. Que los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente y denominados "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", corresponden y se identifican con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales sólo tenían por objeto expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias u deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada parte con el objeto de otorgarse paz y salvos parciales. Es decir, que eran documentos para consignar acuerdos sobre conciliaciones de cuentas y no contratos de transacción.
2. Que la primera vez que entre LA DEMANDANTE y COMCEL se presentó una diferencia o controversia litigiosa fue con la terminación del CONTRATO y no antes, por lo cual, los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", suscritos varios años antes de la terminación del CONTRATO, no tuvieron por objeto resolver diferencias y conflictos litigiosos entre las partes y, en consecuencia, no fueron contratos de transacción.

No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos denominados "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", se encuadren como contratos de transacción en los términos del Art. 2469 del Código Civil.

3. Que la última de las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", se firmó por las partes con corte a 31 de diciembre de 2011, por lo cual, estos documentos no tuvieron por objeto ningún asunto relativo a las prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2011 o como consecuencia de la terminación del CONTRATO. No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas", hubiesen transigido todas las cuestiones prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas durante la ejecución del CONTRATO.

---

### 8.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar el numeral SEGUNDO de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de la Cláusula Vigésima Séptima de la Demanda Reformada.

## 9. GRUPO REPAROS relativos a la inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probadas las pretensiones décima cuarta a décima sexta de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

### 9.1. Pretensiones Décima Quinta y Décima Sexta: Inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil

PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA: Se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, en el año 2007, le impartió la instrucción a LA DEMANDANTE de dividir en adelante su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas y otra que representara el 20% restante, estas últimas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones". **b) Declarar** que COMCEL condicionó el pago de las facturas al cumplimiento de la susodicha instrucción. **c) Declarar** que esta división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA DEMANDANTE. **d) Declarar** que COMCEL contabilizó en la subcuenta 233520 que corresponde a "Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES", el ciento por ciento de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió, incluidas aquellas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", de tal manera que, según los propios registros contables de COMCEL, los pagos hechos a LA DEMANDANTE se hicieron siempre y en todo caso a título de comisiones propiamente dichas. **e) DECLARAR** que COMCEL, al momento de cancelar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", pagó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una tasa del 16% (19% a partir del 1º de enero de 2017) y practicó retenciones en la fuente a una tasa del 11%. **f) DECLARAR** que la Prestación Mercantil a que se refiere el inciso 1º del Art. 1324 CCO no tipifica un hecho generador del impuesto del IVA, y la misma corresponde con "otro ingreso tributario" cuya retención en la fuente se debe practicar a una tasa menor (del 2.5%) que la que se aplica cuando se pagan comisiones propiamente dichas. **g) DECLARAR** que COMCEL, al momento de pagar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos

Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”, causó IVA y practicó retenciones en condiciones contables y tributarias que son propias del pago de comisiones y no de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. **h) DECLARAR**, con fundamento en el Art. 1552 CC, que los pagos anticipados que se realicen por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, al estar dicha prestación sometida a un plazo que tiene el valor de una condición (v. gr. la terminación del contrato de agencia comercial), están sujetos a restitución, de tal manera que si COMCEL los hubiera hecho, los mismos constarían en los ACTIVOS de COMCEL y en los PASIVOS de LA DEMANDANTE. **i) DECLARAR** que en los ACTIVOS de COMCEL no hay registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de LA DEMANDANTE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. **j) DECLARAR** que en los PASIVOS de LA DEMANDANTE no hay registro alguno que dé cuenta de pagos anticipados recibidos por parte de COMCEL por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

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

9.2. Como resultó probado en el proceso, COMCEL, como predisponente del CONTRATO, intentó, de múltiples maneras, eludir las consecuencias económicas del contrato de Agencia Comercial.

**Estos esfuerzos fueron concebidos y ejecutados mediante sofisticadas construcciones jurídicas que tienen apariencia de validez y que tienen el potencial de inducir a error a los Jueces de la República. Uno de estos esfuerzos se halla en el inciso 3º de la cláusula 30 del CONTRATO, el cual reza:**

30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º) Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza.”

CONTRATO SUB IÚDICE. Exhibido por COMCEL.

COMCEL, a partir de esta cláusula, propuso la siguiente excepción de mérito de supuesto pago anticipado; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada páginas 81 y 82:

#### **P. PAGO.**

Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos:

1. Durante la ejecución del contrato de distribución COMCEL siempre pagó a DIGIMOVIL 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 DIGIMOVIL 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 DIGIMOVIL en la forma prevista en el artículo 1626 del Código Civil.
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 DIGIMOVIL durante la ejecución contractual, constituyó un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato de distribución.
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 DIGIMOVIL generando como efecto la extinción de las obligaciones a cargo del deudor, en este caso COMCEL.

VER Prueba: Págs. 81 y 82 de la contestación de COMCEL.

#### 9.3. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO es NULO:

Esta regla contractual, como se demostró en el REPARO SEGUNDO del presente escrito de sustentación, es NULA. Su invalidez derrota, ab initio, los intentos de COMCEL por eludir el pago completo de la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Los argumentos que soportan su invalidez se hallan expuestos, entre otros, en los siguientes laudos arbitrales que LA DEMANDANTE aportó al expediente con la demanda:

#### PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A.

Señala esta cláusula una inadmisibles regulación negocial, ya que establece que, de cada pago que recibiera PUNTO CELULAR, el 20% del mismo cubriría, además de lo que naturalmente debía pagar, cualquier suma que llegare a adeudarse por cualquier causa y por cualquier concepto, entre los que se destacan prestaciones e indemnizaciones. Muy fácil resultaría eludir el cumplimiento de obligaciones si una cláusula de tal contenido fuese admitida. Constituiría patente de corso para que COMCEL incumpliera a su antojo sin ninguna consecuencia. Si se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR, el 20% constituye la indemnización de perjuicios, anticipada, por cualquier incumplimiento ¿qué efectos jurídicos traería consigo la inejecución de las obligaciones a cargo de COMCEL? Ninguna. ¿Qué la compelería a cumplir? Nada. Si aflorara, como en efecto afloró, la verdadera naturaleza del contrato y se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR el 20%, además de ser la indemnización anticipada de cualquier perjuicio, fuera también el pago, igualmente anticipado, de la prestación consagrada para los agentes en el artículo 1324, ¿cómo diferenciar y precisar la causa de las diversas obligaciones? ¿Cómo diferenciar qué se cubre por concepto de comisión y qué por cesantía comercial? Admitir la estipulación equivaldría al absurdo de permitir que lo pagado por comisiones por activación de clientes al Servicio de Telefonía Móvil Celular, fuera menor a lo debido, puesto que en tal caso lo pagado por esa causa sería solamente el 80% de tal rubro. Se trataría de un pago que, además de inexistente, resultaría todopoderoso como quiera que solucionaría cualquier incumplimiento, cualquier obligación por cualquier causa y por cualquier concepto. Y nótese que la cláusula en ningún momento dispone que a la totalidad de lo pagado a PUNTO CELULAR, se le deba calcular un 20% adicional para cubrir de esa manera la prestación señalada en el artículo 1324 del Código de Comercio u otros conceptos. Nada de eso. El texto de la cláusula es claro al decir que dentro de los valores que reciba el distribuidor el 20% es el mencionado pago que todo lo cubre. Pues esto es sencillamente inadmisibles. Lo abusivo de la estipulación salta a la vista. El desmedido desequilibrio que genera contra el adherente, la reprochable y exorbitante ventaja que sin la mínima razonabilidad busca a favor del predisponente pone en evidencia lo vejatorio de la cláusula. No escapa al Tribunal la posibilidad, jurisprudencialmente reconocida, de pagar la cesantía comercial durante la vigencia del contrato, pero ni esto es lo que regula la cláusula que se comenta, ni está demostrado que se haya verificado el pago del referido porcentaje. Así lo declarará el Tribunal, con efecto de nulidad absoluta de la estipulación. (Páginas 117 a 120).

#### FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.

Aunque es verdad que en torno del artículo 1324 el Código Civil la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad que las partes convengan su pago anticipado, no es menos cierto que la Corporación le ha negado valor a ese pago realizado con antelación al decir claramente 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 (cfme: cas.civ. de 2 de febrero de 2001; exp.:5670), 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 C. de Co., como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere". (Sentencia de 26 de febrero de 2015). Estudiada esa estipulación, al confrontarla con los argumentos expuestos a lo largo de esta decisión y específicamente con las deducciones indicadas cuando se examinaron en conjunto las distintas circunstancias alrededor de la cláusula 12.2 del contrato 839 de julio de 1998, prontamente emerge la conclusión consistente en que, todas a una, establecen sin dubitación que con esta cláusula abusiva, como con muchas otras, se pretendía burlar la prestación reconocida en el citado artículo 1324 del Código de Comercio, como una manifestación más del abuso del derecho por parte de quien predispuso el pacto. Además, destaca el Tribunal, no deja de sorprender cómo es posible que si en la redacción de esta y otras estipulaciones la misma convocada expresaba que el vínculo negocial con Fase descartaba la agencia comercial, ahí mismo, extraña y paradójicamente se contemplaba la hipótesis contraria o sea el pago anticipado de la cesantía comercial. Luego, si en el contrato aducido como en otros documentos allegados, se avizora esa posición bifronte de la sociedad demandante, faltando así a la claridad, probidad, razonabilidad y buena fe debidas, por este solo aspecto habrá de invalidarse la estipulación transcrita con la consiguiente declaración de nulidad. Como se dijo en el laudo arbitral de Autos del Camino Ltda., contra Comcel S.A., proferido el 16 de diciembre de 2008: *"Sorprendente que se haya previsto el pago anticipado de una prestación que los mismos textos califican de jurídicamente imposible (reforzada esta posición con compensaciones por favores recibidos, obligaciones de renunciaciones futuras y multas liquidables con la misma fórmula de cesantía. Y decimos que sorprende, porque en todos los contratos hay manifestaciones explícitas, según las cuales la relación entre las partes jamás se podría considerar agencia. El Tribunal encuentra una contradicción estructural, en afirmar con tanta reiteración que el contrato no es de agencia, e incluir, al mismo tiempo, todas estas cláusulas que indican la convicción contraria. Léidas dichas disposiciones, es notoria la grande preocupación de quien concibió el texto, por el riesgo de una reclamación del agente. Y esto lleva al Tribunal a la reflexión de que si en realidad COMCEL, al concebir y elaborar el contenido del contrato, hubiera guardado la convicción inmaculada de que no se trataba de uno de agencia mercantil, tales previsiones habrían resultado inútiles o, por lo menos, tremendamente exageradas. Ellas evidencian, sin duda alguna, la insinceridad del predisponente del texto del contrato y su mala fe en evadir los mandatos imperativos de la agencia, para privar al distribuidor de su posibilidad de exigir la cesantía comercial y el pago de eventuales indemnizaciones."* (...) Por lo tanto en cuanto a este punto no prosperan las excepciones de pago y compensación. (Páginas 88 a 90).

#### EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A. Vs COMCEL S.A.

... el inciso tercero establece una previsión que desborda los límites de los derechos propios y abusa de los ajenos por cuanto establece una ficción, según la cual, la remuneración del distribuidor se imputa en un 20% para la eventualidad en que el operador sea condenado o deba pagar alguna prestación, indemnización o bonificación. Lo anterior implica que esa imputación es condicionada y conduciría a que la remuneración del operador varíe según las condiciones futuras y, particularmente, las decisiones judiciales. Cuando las partes ajustan los contratos definen, en esencia, el objeto de los mismos, la remuneración y las obligaciones de las partes pero esa remuneración, una vez causada, es única y no puede estar sometida a una condición que afecte su causación y destinación para que solo beneficie a

Comcel si por efectos de decisión arbitral que se adopte, ésta debiere reconocer a la Convocante su calidad de agente comercial. En ese sentido, la naturaleza de los contratos es la que corresponda a la realidad, con prescindencia del nombre que las partes le han dado o de las previsiones que estén orientadas a esconder tal realidad, especialmente cuando se trata de normas de orden público como aquellas previstas para proteger al agente en el contrato de agencia comercial. De manera que la remuneración pactada será la que deba asumir el deudor y su monto y condiciones no pueden estar sometidos al sentido de la decisión arbitral y mucho menos al reconocimiento judicial de la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes. Resulta un contrasentido entender que si no se produce un fallo judicial contra el operador la remuneración del distribuidor sea del 100%, pero que si se produce, aquella se reduce a un 80%, para que, automáticamente, se tenga por pagada total o parcialmente la condena y, eventualmente, quede un saldo imputado a una condena no producida que daría incluso lugar a restitución al configurarse el término de prescripción de las acciones. Para el Tribunal la previsión no es nada diferente a un mecanismo orientado a desvirtuar de entrada, por la vía de una imputación irreal, la naturaleza de agencia comercial del contrato sub iudice que Comcel se ha resistido a reconocer, honrando las prestaciones que surgen a la terminación del contrato, particularmente la denominada cesantía comercial, por lo cual concluye que la estipulación es abusiva y conduce a la declaratoria de ineficacia.

#### LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.

En cuanto al pago anticipado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la naturaleza irrenunciable de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co, no se opone a que las partes, 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): *"Empero, a ello no se opone que las partes, 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. Con otras palabras, 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. Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, 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. Las mayores o menores dificultades que puedan presentarse en la cuantificación de la prestación, no pueden erigirse como insuperable valladar para arribar a conclusión distinta, pues lo medular es que ella sea determinable, como efectivamente lo es en casos como el que motiva estas reflexiones, si se considera que el propio legislador estableció un referente de obligatoria observancia: la doceava parte del promedio*

*de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato. Por supuesto 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 (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), 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.” El Tribunal considera por la forma de celebración y ejecución del contrato que la estipulación es abusiva y tiene como único propósito burlar el pago de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co. en favor del agente, por lo que habrá de declararse su nulidad.*

#### CELUTEC S.A.S Vs COMCEL S.A.

En virtud de lo anteriormente expuesto, para este Tribunal se torna evidente la inexistencia de un pago individualizado, real y anticipado de la cesantía comercial en beneficio de CELUTEC pues, a partir de un juicioso análisis probatorio, se puede concluir que el pretendido “pago anticipado” fue el fruto de un texto ajeno a la realidad contable y material, amén de la artificiosa imposición abusiva ejercida por COMCEL frente a CELUTEC, a partir de la celebración del contrato 816 de 1998 y durante su ejecución, según se vio precedentemente en las declaraciones rendidas ante este Tribunal. Lo expuesto encuentra adicional sustento, se itera por su importancia, en el hecho de que el supuesto “pago anticipado” en ningún momento ostentó tal carácter pues, de ser ello así, debió materializarse en un pago adicional a la comisión o retribución contractual, lo que evidentemente no sucedió a partir de 2007, año en el que se introdujo la doble facturación (80/20) como condición para el pago de la remuneración causada periódicamente en favor de CELUTEC por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (...) Obsérvese, así mismo, que la pretendida aplicación de pago anticipado de la prestación establecida por el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio está en abierta contradicción con la posición alegada por COMCEL. Resulta en extremo contradictorio para el Tribunal que la Convocada simultáneamente alegue y pretenda que se efectuó un pago anticipado de la cesantía mercantil, cuya existencia niega, por negarle la calidad de agencia mercantil al contrato. ¿Cómo puede coherente y válidamente sostenerse el pago anticipado de una prestación económica cuya existencia se niega por quien aduce el respectivo pago? La respuesta negativa a este interrogante es contundente, pues el alegado pago anticipado obedeció a una manifestación de abuso de la posición dominante que ejerció y asumió COMCEL a lo largo de la duración del negocio de agencia que celebró con CELUTEC y que tuvo como propósito eludir la prestación consagrada en favor del agente mercantil por el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, circunstancia que no es jurídicamente de recibo para el Tribunal y que merece su amplio y severo rechazo. (...) De manera que una cláusula que disminuya en un determinado porcentaje la comisión o retribución que deberá recibir el agente como contraprestación a su labor, la cual responde a la naturaleza conmutativa inherente al contrato de agencia, para aplicar tal reducción a un artificioso e impuesto “pago anticipado” de la “cesantía comercial”, se traduce a todas luces en una conducta abusiva que genera un claro e incontrovertible desequilibrio contractual que debe ser, se reitera, materia de censura y rechazo. En adición a lo anterior, debe decirse que con tal

cláusula se pretende erradicar, no anticipar, la remuneración a la cual se encuentra legitimado el agente por expreso mandato legal, tal como se consagra en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. (...) De este modo, nos encontramos ante la unilateral exigencia de una doble facturación (80/20) y de cláusulas, ambas expresiones de innegable abuso, no por su contenido propiamente dicho, pues como se anotó con antelación aquel no resulta por si solo despótico o desequilibrante, sino por un claro y denotado ejercicio abusivo de las mismas, lo que lleva a que este Tribunal sin dubitación alguna, les imprima un claro rechazo y en tal sentido las declarará nulas absolutamente en la parte resolutive de este laudo

9.4. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO incorpora una antinomia que se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO:

Esta estipulación, al margen de su nulidad, resulta ser también antinómica; veamos: En el presente proceso resultó ampliamente probado que COMCEL fue la parte que extendió el CONTRATO y que este negocio, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión. Como se anticipó en el presente memorial de sustentación, son diversas las implicaciones que acarrea el que el CONTRATO haya sido de adhesión; una de ellas versa sobre su interpretación:

ARTICULO 1624 CC: (...) Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella.

La ambigüedad a que se refiere el Art. 1624 CC puede tipificarse, por ejemplo, en los siguientes casos:

- c) Caso 1. Un texto oscuro: Del texto incorporado en una misma estipulación (p.e. en una única cláusula) se pueden extraer dos reglas diferentes, esto según la interpretación que se les dé a las palabras extendidas. En este caso se debe preferir la regla que se extraiga del entendimiento que el adherente hizo de la respectiva cláusula.
- d) Caso 2. Dos textos claros, pero antinómicos: Del texto claro e inequívoco de una primera cláusula se extrae una primera regla, pero, del texto también claro e inequívoco de una segunda cláusula, se extrae una segunda regla que contradice a la primera. Frente a esta antinomia contractual se debe preferir la regla o precepto que favorezca al adherente.

Sentencia de mayo 8 de 1974 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria:

"No todos los autores admiten la posibilidad de adoptar sistemas nuevos originales o especiales de interpretación para los contratos de adhesión, pero sí están todos de acuerdo, en cambio, en reconocer que constituyen ellos un campo excepcionalmente propicio para la aplicación extensiva de tres de los principios clásicos de la interpretación de los actos jurídicos, a saber: a) las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes se interpretarán contra ella; b) conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras; c) entre dos cláusulas incompatibles el juez puede preferir la que parezca expresar mejor la intención del adherente".

Mientras unas cláusulas establecen que LA DEMANDANTE tiene derecho a recibir unos dineros remuneratorios (comisiones), el inciso 3º de la cláusula 30 establece que el 20% de estos dineros mudan su naturaleza, y dejan de ser dineros remuneratorios para convertirse en pagos anticipados de prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones. Al respecto, se tiene: Un mismo pago no puede extinguir simultáneamente dos obligaciones diferentes:

ARTICULO 1626 CC: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE no pueden extinguir, simultáneamente, una comisión (remuneración) y otra obligación (llámese pago anticipado de una indemnización, bonificación o prestación); o se extingue una obligación, o se extingue la otra. Pretender que se extingue dos obligaciones simultáneamente es lo que origina la antinomia sub examine. Esta antinomia se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO. En relación con esta antinomia, el Tribunal de Arbitraje de Fase Comunicaciones S.A.S Vs Comcel S.A., en la PARTE RESOLUTIVA del Laudo Arbitral dictado en Bogotá D.C. el 15 de julio de 2015, sostuvo:

#### FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.

26. Declarar que: a) El inciso 3º de la cláusula 31, el numeral 6º del Anexo A del contrato suscrito entre las partes, 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 acordó la remuneración a favor de FASE COMUNICACIONES S.A.S., por cuanto en estas últimas se pactó que la convocante recibiría unos ingresos que se imputarían ciento por ciento al pago de su remuneración contractual, y en las primeras se pactó que el 20% de los dineros que COMCEL le pagara a la convocante, dejaban de ser a título de remuneración para trocarse en un pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación que se causara a la terminación del contrato suscrito entre las partes. b) La antinomia a que se refiere el literal a) anterior, se resuelve a favor de FASE COMUNICACIONES

S.A.S. como adherente, y en contra de COMCEL S.A. como predisponente del contrato suscrito entre las partes, de tal manera que en este no se estipuló pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima octava principal de la demanda.”

9.5. A partir de la contabilidad de COMCEL y la contabilidad de LA DEMANDANTE, en el presente proceso resultó probado que COMCEL no pagó anticipadamente la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE:

- a) Los libros contables de COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambos, indican que el ciento por ciento de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, se pagaron a título de comisiones propiamente dichas.

En los libros de COMCEL no consta registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos a título de la Prestación Mercantil efectuados a favor de LA DEMANDANTE. En efecto, COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que el siguiente hecho es cierto:

Hecho 143. En la contabilidad de COMCEL no se ha registrado cuenta alguna por pagar a favor de LA DEMANDANTE a título de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

Al respecto VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 39:

143) Es cierto.

Resulta apenas obvio que en la contabilidad de COMCEL no se haya registrado cuenta alguna por pagar a DIGIMOVIL 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.

VER Prueba: Pág. 39 de la contestación de COMCEL.

Igualmente, en los libros de LA DEMANDANTE no existe registro contable alguno que dé cuenta de la existencia de tales pagos anticipados:

E.2.a) ¿En qué subcuentas del PUC debe un agente comercial registrar los dineros que recibe por anticipado por concepto de la referida prestación mercantil? En la contabilidad de LA DEMANDANTE, ¿aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL?  
**RESPUESTA.** (...) Así las cosas, el agente comercial debe registrar en la cuenta 2805 las sumas recibidas como anticipo de la prestación mercantil. Al momento de la terminación del contrato se calculará el valor preciso de la prestación mercantil de acuerdo con el “promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor” (fórmula matemática del Artículo 1324 del Código de Comercio).

**¿Aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL?** De la revisiones y evaluaciones a los libros de contabilidad de LA DEMANDANTE, no se observaron registros en la cuenta 2805-anticipos y avances recibidos- de dineros provenientes de COMCEL. A partir de la contabilidad de LA DEMANDANTE, entonces, se deduce que LA DEMANDANTE no ha recibido pagos anticipados provenientes de COMCEL por concepto de la mencionada prestación mercantil. En el Anexo electrónico No. 55, se presentan los libros auxiliares de contabilidad donde se muestran los saldos de la cuenta 2805-Anticipos y avances recibidos

VER Prueba: Págs. 56 y s.s. DICTAMEN.

- b) Según resultó probado en el presente proceso, COMCEL, respecto del 100% de los dineros que provisionó, causó como gasto y registró como cuentas por pagar a favor de LA DEMANDANTE, los registró contablemente en las subcuentas del PUC 260510 (provisión), 529505 (gasto) y 233520 (cuenta por pagar) respectivamente. Estos registros se predicen para el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, esto es, tanto los incorporados en las facturas que representaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como los incorporados en las facturas que representaron el 20% restante (80 y 20). Al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:
- c) Según resultó probado en el presente proceso, en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520 en las que COMCEL registró el 100% de los pagos que le hizo a LA DEMANDANTE, únicamente se registran COMISIONES propiamente dichas, no pagos anticipados, tampoco pagos por concepto de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. Al respecto, la Supersociedades, al responder un derecho de petición de consulta, sostuvo:

**5. En las subcuentas 233520 y 260510 del PUC, es jurídicamente posible registrar PASIVOS por concepto diferente a COMISIONES.**

5. El Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios en el artículo sexto, numeral 1, señala entre otros que: "el Catálogo de cuentas y su estructura serán de aplicación obligatoria y en la contabilidad no podrán utilizarse clases, grupos, cuentas o subcuentas diferentes de las previstas en el" y el numeral 2 establece: "En todo caso, las dinámicas y descripciones serán de uso obligatorio y todos los asientos contables deberán efectuarse de conformidad con lo establecido en ellas."

Con base en lo anterior no es posible registrar en las cuentas identificadas con los códigos PUC, 233520 y 260510, conceptos diferentes a comisiones.

6. En la subcuenta 529505 del PUC, es jurídicamente posible registrar GASTOS por concepto diferente a COMISIONES.

6. Se aplica lo señalado en el numeral anterior (5).

VER Prueba 20 aportada con la demanda: Superintendencia de Sociedades, respuesta derecho de petición.

**CONCLUSIÓN:** Según los propios libros de contabilidad de COMCEL, el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) y que COMCEL le pagó, se registraron a título de COMISIONES. Porque a COMCEL no se le admitirá alegación ni prueba alguna que tiendan a desvirtuar lo que resultare de sus libros, el H. Tribunal deberá declarar que el 100% de los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se hizo a título de comisiones propiamente dichas, no ha título de pago anticipado de la Prestación Mercantil.

ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (...) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

- d) **DE LA MALA FE CON LA QUE COMCEL INTENTA INDUCIR A ERROR AL H. TRIBUNAL:** COMCEL, en su intento por justificar los supuestos pagos anticipados de la Prestación Mercantil, se apoya en la denominación que COMCEL misma les asignó a unas subcuentas auxiliares que creó en su contabilidad. Al respecto, se considera: En los libros de COMCEL únicamente aparecen unas subcuentas auxiliares que COMCEL creó y que denominó, motu proprio, "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", las cuales pertenecieron a las subcuentas del PUC 260510 y 529505. Al respecto, resulta importante develar la realidad contable que COMCEL intenta encubrir con la denominación que ella misma les asignó a las auxiliares que creó: Como se sabe, el decreto 2650 de 1993 (Plan Único de Cuentas) establecía el catálogo de cuentas que todo comerciante tenía la obligación legal de adoptar en su contabilidad. El PUC está organizado hasta el nivel de subcuenta, así:

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 14. La codificación del Catálogo de Cuentas está estructurada sobre la base de los siguientes niveles:
Clase: El primer dígito
Grupo: Los dos primeros dígitos
Cuenta: Los cuatro primeros dígitos
Subcuenta: Los seis primeros dígitos.

**El propio decreto 2650 de 1993 les permitía a los comerciantes crear, a partir del séptimo dígito, subcuentas auxiliares:**

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 7. AUXILIARES. Adicionalmente a las subcuentas indicadas en el catálogo señalado, se podrán utilizar las auxiliares que se requieran de acuerdo con las necesidades del ente económico, para lo cual bastará con que se incorporen a partir del séptimo dígito.
--

Fue así como COMCEL, a partir del séptimo dígito, creó las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017; la primera pertenece a la subcuenta de seis dígitos del PUC 260510, la segunda a la 529505. En el DICTAMEN, en efecto, se sostuvo:

**CONCLUSIÓN:** Al margen de la denominación que COMCEL les asignó a las cuentas auxiliares que creó en las subcuentas 260510 y 529505, lo cierto es que contablemente, los registros realizados en ellas correspondieron a hechos económicos por concepto de COMISIONES propiamente dichas. Frente a las subcuentas auxiliares que COMCEL creó, y respecto de las dinámicas contables que empleó en la liquidación y pago de las comisiones de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE inclusive, la parte resolutive de uno de los laudos arbitrales que sobre la materia se han dictado complementa las conclusiones que se hallan en el DICTAMEN que fue aportado por LA DEMANDANTE en el presente proceso:

LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.
Décimo. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 2605101210 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/COMISIONES.
Décimo Primero. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 5295050017 pertenece a la subcuenta del PUC número 529505 que corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES.

Décimo Segundo: Declarar que en las subcuentas auxiliares que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo los números 2605101210 y 5295050017 y que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones": a) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del art. 1324 del C. de Co. b) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones. c) No se registran pagos anticipados. d) Únicamente se registran hechos económicos a título de comisiones.

Décimo Tercero: Declarar que la denominación que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. 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 una mala fe imputable a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

Décimo Cuarto: Declarar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., una vez LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. le facturaba, reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y, en contrapartida, aumentaba en su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES.

Décimo Quinto. Declarar que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de comisiones.

Décimo Sexto: Declarar que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co.

Décimo Séptimo. Declarar que únicamente es posible registrar una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co. cuando esta se hace exigible, esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.

Décimo Octavo. Declarar, con fundamento en la aplicación práctica que hicieron las partes, que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. no le pagó a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A., a título de pago anticipado para cubrir la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 Co. Co. y/o de las indemnizaciones 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 a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. durante la ejecución del contrato sub-ludice.

9.6. El 100% de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió a COMCEL (80/20) tuvieron el tratamiento tributario de una típica comisión:

Las facturas que LA DEMANDANTE emitió a partir de 2007 y que incorporaron la leyenda “Cláusula 30, inciso 3º, Pagos anticipados de prestaciones, bonificaciones y/o indemnizaciones”, tuvieron el tratamiento contable y tributario que es propio del pago de una típica comisión. Desde el punto de vista contable, como se dijo, estas facturas se registraron en los libros de COMCEL como cuentas por pagar a título de comisiones y en los libros de LA DEMANDANTE como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones). Desde el punto de vista tributario, sobre estas facturas se agregó el IVA (16% - 19% a partir de enero 1º de 2017), tratamiento que corresponde al típico pago de una comisión:

E.3.a) ¿Incorporaron ambas clases de facturas el impuesto al valor agregado (IVA)? En caso afirmativo se pregunta: ¿A qué tarifa? **RESPUESTA.** De acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas a las facturas, se observó que las facturas que LA DEMANDANTE le emitió a COMCEL, tanto las que incluyeron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como las que incorporaron el 20% restante, se incluyó el impuesto al valor agregado (IVA). En el auxiliar Anexo electrónico No. 57., se muestran los libros auxiliares del IVA, que evidencia lo indicado anteriormente.

**¿A qué tarifa?** De acuerdo con las verificaciones efectuadas a los libros de contabilidad de LA DEMANDANTE, la tarifa que aparece en los registros contables fueron los siguientes:

AÑO	CUENTA CONTABLE	CONCEPTO	TARIFA
2009	24080505	IVA GENERADO	16%
2010	24080505	IVA GENERADO	16%
2011	24080505	IVA GENERADO	16%
2012	24080505	IVA GENERADO	16%
2013	24080505	IVA GENERADO	16%
2014	24080505	IVA GENERADO	16%
2015	24080505	IVA GENERADO	16%
2016	24080505	IVA GENERADO	16%
2017	24080505	IVA GENERADO	19%
2018	24080505	IVA GENERADO	19%

Ni el pago de la Prestación Mercantil, ni los eventuales anticipos que sobre ella se paguen, causan IVA:

ARTICULO 420 ET. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre: (...) c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;

La Prestación Mercantil, en efecto, no tipifica el hecho generador del IVA; le asiste razón a la DIAN cuando en el concepto 031500 de 1998, sostuvo:

Area del Derecho	<b>CONCEPTO 031500 DE 1998 MAYO 5</b>
<b>Tributario</b>	
Banco de Datos	
<b>Retención en la fuente</b>	
Problema Jurídico	SOLICITA ACLARACION DEL CONCEPTO 4283 DE ENERO 21 DE 1998, EN EL SENTIDO DE RATIFICAR SI EN APLICACION DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, NO SE CAUSA IVA, TANTO EN LA PRESTACION COMERCIAL (INCISO 1); COMO EN LA INDEMNIZACION (INCISO 2).
Tesis Jurídica	LAS INDEMNIZACIONES AL NO CORRESPONDER A LA PRESTACION DE UN SERVICIO NO CAUSAN IVA.
<b>INTERPRETACION JURIDICA:</b>	
<p>Como se manifestó en el Concepto 4283, en el caso del artículo 1324 del Código de Comercio, tanto para el inciso primero donde se paga al agente comercial una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de lo percibido si el tiempo fuere menor, así como para el inciso segundo, donde se da una indemnización equitativa cuando el empresario revoque el contrato, en realidad lo pagado no corresponde en estricto sentido a la prestación de un servicio para efectos del impuesto sobre las ventas, en los términos del artículo 1o del decreto 1372 de 1992, pues la erogación corresponde a la terminación del contrato por las causas señaladas en el citado artículo 1324 del Código de Comercio.</p> <p>Es necesario tener en cuenta, que para la causación del IVA en los servicios, necesariamente se debe dar el hecho generador, esto es, que la erogación corresponda al hecho material que genera el tributo, situación que no se da en las indemnizaciones del artículo 1324 citado, pues estas no se dan con ocasión del cumplimiento de una obligación de hacer, sino que surgen por fenecimiento del contrato.</p>	

VER Prueba documental No. 21 aportada con la demanda, conceptos de la DIAN.

9.7. COMCEL no aportó ninguna prueba que de cuenta de haber pagado anticipadamente a LA DEMANDANTE la prestación mercantil

En su declaración el perito Jorge Arango Velasco, quien rindió el dictamen pericial de parte de COMCEL, confirmó que NO había verificado que efectivamente COMCEL hubiese pagado anticipadamente a COMCEL la prestación mercantil. Este dictamen, al cual no se adjuntaron ningún tipo de soportes contables, porque no analizó este tipo de documentos, ciertamente carente de idoneidad por ser un dictamen sobre asuntos netamente contables que no rindió un contador público, fue la única prueba con la cual COMCEL pretendió argumentar en favor del supuesto pago anticipado de la prestación mercantil, pero el propio perito en su declaración reconoció que no había efectuado ninguna verificación de dicho pago en su dictamen.

#### 9.8. CONCLUSIONES:

- a) Porque la cláusula 30 (inciso 3º) que COMCEL invoca para sustentar el pago anticipado de la Prestación Mercantil es NULA, o porque subsidiariamente es antinómica, en el presente proceso se deberá declarar que COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la referida prestación. Así mismo, y al margen de la validez y carácter antinómico de dicha cláusula, lo cierto es que la realidad contractual, contable y tributaria de los pagos que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE, conducen a la misma declaración: COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la Prestación Mercantil, pues el 100% de los dineros que le entregó a LA DEMANDANTE fueron dineros remuneratorios por COMISIONES propiamente dichas.
- b) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de COMCEL, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que COMCEL le liquidó a LA DEMANDANTE (80/20), y el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20), COMCEL los registró en las subcuentas 260510, 529502 y 233520: En estas subcuentas únicamente se registran hechos económicos a título de COMISIONES propiamente dichas. Entonces, y según los Libros de COMCEL, el 100% de los dineros que liquidó y le pagó a LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, se hizo a título de COMISIONES propiamente dichas. El Art. 264 del CGP, en su inciso 6º, establece:

ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (...) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

Porque a COMCEL no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros, en el presente proceso resultó probado todos los pagos que COMCEL le

hizo a LA DEMANDANTE fueron a título de comisiones propiamente dichas, y no a título de anticipos de la Prestación Mercantil y/o de indemnizaciones.

- c) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de LA DEMANDANTE, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) a COMCEL, aquella los registró como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones propiamente dichas). En la contabilidad de LA DEMANDANTE no aparece registro alguno que dé cuenta de la existencia de anticipos recibidos por parte de COMCEL.
- d) Todas las facturas que LA DEMANDANTE emitió, tanto las que incorporaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL como las que lo hicieron respecto del 20% restante, causaron IVA a una tarifa del 16% y, a partir de la reforma tributaria del 2017, a una tarifa del 19%. Del comportamiento de las partes y de la ejecución práctica que hicieron del negocio, se deduce que el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL y que esta le pagó, fueron facturados y pagados a título de comisiones propiamente dichas.
- e) COMCEL, en consecuencia, no le ha pagado a LA DEMANDANTE parte de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1° del Art. 1324 CCO, como tampoco parte de las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en su demanda.

---

#### 9.9. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar los numerales PRIMERO y SEGUNDO la parte resolutive de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de las Cláusulas Décima Cuarta, Décima Quinta y Décima Sexta.

10. GRUPO DE REPAROS relativos al derecho de retención válidamente ejercido por LA DEMANDANTE.

10.1. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta que deberá declararse que el CONTRATO es un típico y nominado contrato de agencia comercial, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones vigésima octava a trigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia; (i) DECLARAR, con fundamento en el Artículo 1326 CCO, que LA DEMANDANTE tiene el derecho de retención y privilegio sobre los dineros de cartera a favor de COMCEL que se hallaban en poder de LA DEMANDANTE o a su disposición al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE. (ii) DECLARAR que LA DEMANDANTE, sobre los bienes y valores que resultaron probados, ejerció válidamente el derecho de retención que la ley le otorga. (iii) Declarar, con fundamento en los artículos 1609 CC y 1326 CCO, que mientras COMCEL no le pague a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil y mientras persista el derecho de retención en cabeza de LA DEMANDANTE, sobre los dineros retenidos por esta última, incluidos los valores que pasaron de ser cuentas por pagar a ser valores retenidos, no se han causado ni se causarán intereses moratorios. (iv) Declarar, con fundamento en los artículos 1326 CCO y 310 CGP, que COMCEL únicamente podrá solicitar la entrega de los valores retenidos por LA DEMANDANTE cuando presente el comprobante de haber pagado el valor completo de las indemnizaciones a que sea condenada en el presente proceso. (v) Ordenarle a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE, cancele la(s) HIPOTECA(S) que LA DEMANDA constituyó a su favor. (vi) Ordenarle a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA DEMANDANTE y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al CONTRATO SUB IÚDICE.

11. **GRUPO DE REPAROS relativos a la condena en costas y agencias en derecho.**

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las costas y agencias en derecho.

11.1. Pretensiones Trigésima Tercera y Trigésima Cuarta: Pretensiones relativas a las costas y agencias en derecho.

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

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

1. **El Art. 366 CGP establece:**

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

2. **El Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, estableció las tarifas aplicables para la fijación de las agencias en derecho:**

ACUERDO No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016

“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.

EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3 del artículo 257 de la Constitución Política, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012 y según lo acordado en la sesión del día 27 del mes de julio de 2016,

CONSIDERANDO

Que la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 366 numeral 4 establece que para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura (...)

Que con base en lo anterior las tarifas se establecerán respecto de cuatro clases genéricas de procesos: declarativos, ejecutivos, de liquidación y de jurisdicción voluntaria y asimilables, sin perjuicio de algunas regulaciones especiales, así como de la aplicación de la analogía.

Que de conformidad con la descripción legal y la jurisprudencia constitucional, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente

3. **El presente proceso corresponde con un PROCESO DECLARATIVO DE DOS INSTANCIAS. Entonces, la tarifa aplicable es:**

ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: ... (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

4. **El H. Tribunal, al momento de establecer la condena por agencias en derecho, no podrá aplicar un porcentaje inferior al mínimo establecido (3%) ni exceder el máximo del (7.5%):**

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. Teniendo en cuenta la naturaleza especialísima y la calidad de la gestión adelantada por los apoderados de LA DEMANDANTE, respetuosamente se le solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

Esta solicitud de condena se sustenta así: El caso sub iúdice exige un profundo conocimiento en derecho comercial, en derecho procesal y en contabilidad; asimismo, el recto y diligente apoderamiento de LA DEMANDANTE demandó conocer a fondo el negocio y el mercado de la telefonía móvil celular en Colombia, los intrínquilis de los contratos extendidos por COMCEL y la complejidad de su ejecución. En el presente proceso, los apoderados de LA DEMANDANTE realizaron ingentes esfuerzos para defender los intereses de la demandante, para proponer de maneras clara y contundente un asunto que en sí mismo resulta ser complejo y sumamente técnico y para conducir un proceso en el cual se ejecutó cada acto procesal con lealtad y diligencia.

#### 11.2. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

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

Y en su lugar, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

.FIN DEL MEMORIAL.

Respetuosamente,

A handwritten signature in black ink, appearing to read 'Camilo Argáez'. The signature is stylized with a large, circular flourish at the end.

**CAMILO ARGÁEZ**

T.P. 218.319 del C. S. de la J.

**REPARTO QUEJA 037-2013-00107-03 DR GERMAN VALENZUELA VALBUENA**

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 07/09/2023 10:42

Para: **Reparto Sala Civil** <repartotutelassalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>; Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secstrisupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 2 archivos adjuntos (470 KB)

7732.pdf; F11001310303720130010703Caratula20230907103759.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja, para los fines pertinentes.



Ramo Judicial  
República de Colombia

**REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL**

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA  
SALA CIVIL

**ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO**

**110013103037201300107 03**

FECHA IMPRESION 7/09/2023

PAGINA 1

**GRUPO RECURSOS DE QUEJA**

REPARTIDO AL MAGISTRADO

DESP    SECUENCIA    FECHA DE REPARTO

**GERMAN VALENZUELA VALBUENA**

019

7732

7/09/2023

<u>IDENTIFICACION</u>	<u>NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL</u>	<u>PARTE</u>
1 80008309711	CENTRO COMERCIAL CEDRITOS 151 FH	DEMANDANTE
2 52192197	SANDRA SUAREZ GUERRERO	DEMANDADO

IVAN DARIO ZULEAGA CARBONA  
Presidente

Elaboró dllopez  
BOG3055R

אזהרה: המידע המוצג כאן הוא פרטי

|110013103037201300107 03

RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
S E C R E T A R I A  
SALA CIVIL  
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C  
Teléfono: 4233390

Magistrado : **GERMAN VALENZUELA VALBUENA**

Procedencia : 037 Civil Circuito

---

Código del Proceso : 110013103037201300107 03

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Abreviado

Recurso : Queja

Grupo : 31

Repartido\_Abonado : ABONADO

Demandante : CENTRO COMERCIAL CEDRITOS 151 P.H.

Demandado : SANDRA SUAREZ GUERRERO

Fecha de reparto : 7/09/2023

---

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**KATHERINE ANGEL VALENCIA**

Oficial Mayor

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil

Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305

Teléfono: 4233390 Ext. 8349.

Fax: Ext. 8350 - 8351

Bogotá, Colombia.

E-mail: kangelv@cendoj.ramajudicial.gov.co

---

**De:** Juzgado 46 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j46cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** jueves, 7 de septiembre de 2023 8:00

**Para:** Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsba@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Asunto:** RECURSO QUEJA PROCESO 2013/00107

Señores

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

SALA CIVIL

REF: 1100131030-37-2013-00107-00

DEMANDANTE: CENTRO COMERCIAL CEDRITOS 151 P.H.

DEMANDADO: SANDRA SUAREZ GUERRERO

Comunico a usted que mediante decisión de fecha 14 de agosto de 2023, se concedió el recurso de queja presentado en contra la providencia emitida el 29 de marzo de 2023 y se ordenó la remisión del expediente de la referencia a esa H. Corporación.

Cada una de las actuaciones pueden ser verificadas en el siguiente vínculo:

 [PROCESO 11001310303720130010700D](#)

**Cordialmente,**

*Julián Marcel Beltrán Colorado*  
*Secretario*  
*Juzgado 46 Civil del Circuito de Bogotá*

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

REPARTO QUEJA 039-2017-00715-03 DR MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctsbt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 07/09/2023 15:14

Para:Reparto Sala Civil <repartotutelassalacivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>;Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

2 archivos adjuntos (485 KB)

F11001310303920170071503Caratula20230907151312.pdf; 7767.pdf;

Cordial saludo,

Por medio de la presente, remito recurso de queja, para los fines pertinentes.



Rama Judicial  
República de Colombia

REPUBLICA DE COLOMBIA  
RAMA JUDICIAL

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA  
SALA CIVIL

ACTA INDIVIDUAL DE REPARTO  
ASIGNACION POR CONOCIMIENTO PREVIO

110013103039201700715 03

FECHA DE IMPRESION 7/09/2023

PAGINA 1

GRUPO RECURSOS DE OUEJA

REPARTIDO AL MAGISTRADO

DESP SECUENCIA FECHA DE REPARTO

MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ

016 7767 7/09/2023

IDENTIFICACION	NOMBRES Y APELLIDOS / RAZON SOCIAL	PARTE
416851591	INES LUCIA MONTOYA PABON DE BALLESTE	DEMANDANTE
79801423	DAVID ALEXANDER RUIZ RODRIGUEZ	DEMANDADO

IVAN DARIO ZULUAGA CARDONA  
PRESIDENTE

אזה מנה: המידע הנ"ל הוא סודי ומוגן על ידי חוק

Elaboró: dlopez  
BOG305SR

|110013103039201700715 03

RAMA JUDICIAL  
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.  
S E C R E T A R I A  
SALA CIVIL  
Avenida Calle 24 No. 53 – 28 Oficina 305 C  
Teléfono: 4233390

Magistrado : **MARCO ANTONIO ALVAREZ GOMEZ**

Procedencia : 039 Civil Circuito

Código del Proceso : 110013103039201700715 03

Instancia : Segunda Instancia

Clase de Juicio : Verbal

Recurso : Queja

Grupo : 32

Repartido\_Abonado : ABONADO

Demandante : INES LUCIA MONTOYA PABON DE BALLESTEROS

Demandado : DAVID ALEXANDER RUIZ RODRIGUEZ

Fecha de reparto : 7/09/2023

Agradezco la atención prestada,

Atentamente,



Rama Judicial  
Consejo Superior de la Judicatura  
República de Colombia

**KATHERINE ANGEL VALENCIA**

Oficial Mayor

Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá - Sala Civil

Dirección: Av. Calle 24 No. 53-28 - Torre C - Oficina 305

Teléfono: 4233390 Ext. 8349.

Fax: Ext. 8350 - 8351

Bogotá, Colombia.

E-mail: [kangelv@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:kangelv@cendoj.ramajudicial.gov.co)**De:** Juzgado 40 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Enviado:** jueves, 7 de septiembre de 2023 9:28**Para:** Reparto Procesos Civiles Sala Civil Tribunal Superior De Bogota <rprocesosctshta@cendoj.ramajudicial.gov.co>**Asunto:** APELACIÓN AUTO 2017-00715**JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Carrera 10 N° 14-33 Piso 2 Bogotá – Teléfono: 2863585

Email: [ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

Doctor

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

Secretario Judicial de la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, D.C.

E.S.D.

Un cordial saludo,

A través de la presente se remite cuaderno del expediente digitalizado, para el correspondiente trámite de apelación concedido por este despacho con radicado.

 [11001-31-03-039-2017-00715-00](#)

Gracias por la colaboración prestada.

Atentamente,

JUAN CAMILO GÓMEZ PENAGOS

Asistente Judicial

**JUZGADO CUARENTA CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.**

Carrera 10 N° 14-33 Piso 2 Bogotá – Teléfono: 2863585

Email: [ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:ccto40bt@cendoj.ramajudicial.gov.co)

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

AVISO DE CONFIDENCIALIDAD: Este correo electrónico contiene información de la Rama Judicial de Colombia. Si no es el destinatario de este correo y lo recibió por error comuníquelo de inmediato, respondiendo al remitente y eliminando cualquier copia que pueda tener del mismo. Si no es el destinatario, no podrá usar su contenido, de hacerlo podría tener consecuencias legales como las contenidas en la Ley 1273 del 5 de enero de 2009 y todas las que le apliquen. Si es el destinatario, le corresponde mantener reserva en general sobre la información de este mensaje, sus documentos y/o archivos adjuntos, a no ser que exista una autorización explícita. Antes de imprimir este correo, considere si es realmente necesario hacerlo, recuerde que puede guardarlo como un archivo digital.

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA RV: 11001310305020230011801-RECURSO DE REPOSICIÓN**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 07/09/2023 16:48

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (282 KB)

D1-Reposición-Ekoplanet-2023-00118-01-106-95.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR YAYA PEÑA

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Enviado:** jueves, 7 de septiembre de 2023 16:34

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** Juan Carlos Fresen Madero <jfresen@col-law.com>

**Asunto:** RV: 11001310305020230011801-RECURSO DE REPOSICIÓN

Cordial saludo,

Se remite por competencia a OSCAR CELIS FERREIRA - SECRETARIO JUDICIAL DE LA SALA CIVIL, cualquier inquietud sobre su proceso debe dirigirla al correo secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

**LAURA MELISSA AVELLANEDA MALAGON**

*Secretaria Administrativa de la Sala Civil*

*Tribunal Superior de Bogotá*

*PBX 6013532666 Ext. 8378*

*Línea gratuita nacional 018000110194*

*secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co*

*Avenida Calle 24A No. 53-28, Of. 305 C*

*Bogotá D.C.*

---

**De:** Juan Carlos Fresen Madero <jfresen@col-law.com>

**Enviado:** jueves, 7 de septiembre de 2023 16:32

**Para:** Secretaria Sala Civil Tribunal Superior -Seccional Bogota <secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** Claudia Dangond Gibsone <cdangond@col-law.com>; Julian Serrano Gnecco <jserrano@col-law.com>; Juan Sebastián Martínez Piedrahita <smartinez@col-law.com>

**Asunto:** 11001310305020230011801-RECURSO DE REPOSICIÓN

Señores,

**TRIBUNAL SUEPRIOR DE BOGOTÁ**

secscribupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

REF.:	<b>Ejecutivo Conexo</b>
Rad.:	<b>11001310305020230011801</b>
Accionante:	<b>D1 S.A.S.</b>
Accionada:	<b>EKOPLANET S.A.S. E.S.P.</b>
Asunto:	<b>Recurso de Reposición contra el auto del 1 de septiembre de 2023</b>

En calidad de apoderado judicial de D1 S.A.S., presento recurso de reposición contra el auto del 1 de septiembre de 2023.

Solicito acuse de recibo.

**Atentamente,**



**Juan Carlos Fresen Madero**

[jfresen@col-law.com](mailto:jfresen@col-law.com)

**Duarte Garcia Abogados S.A.S**

Cra 7 No 74 -21 of 602

Tel: +57601 217 0800

Celular: +57 3153675667

<https://www.col-law.com>

Este correo electrónico es para uso personal y confidencial del (los) destinatario(s) arriba señalado(s). El correo y todos los archivos adjuntos, pueden contener información legalmente privilegiada y confidencial necesaria para el uso exclusivo de su destinatario por lo que si ha recibido este mensaje por error por favor notifique de inmediato al remitente mediante respuesta por correo electrónico y elimine de manera permanente el mensaje, sus adjuntos, todas las copias y copias de seguridad del mismo. Adicionalmente, los archivos adjuntos a este correo (si los hay) pueden estar infectados de virus. Hemos tomado todas las medidas de precaución posibles para minimizar al máximo este riesgo, y no aceptaremos responsabilidad alguna por daños que causen o puedan causar dichos virus. Como prudente medida preventiva, el lector de este correo debe ejecutar su propio programa detector de virus antes de abrir cualquier archivo adjunto. Gracias.

This e-mail is intended only for the personal and confidential use of the recipient(s) named above. The e-mail and all attachments transmitted with it may contain legally privileged and confidential information intended solely for the use of addressee, so if you have received this e-mail by error please notify the sender immediately by return e-mail and permanently delete this message, attachments and all copies and backups thereof. Furthermore, the contents of any attachment to this e-mail may contain software viruses. While we have taken reasonable precautions to minimize this risk, we shall not accept liability for any damage that you sustain as a result of such software viruses. You should prudently carry out your own virus screening checks before opening any attachments. Thank you.any attachments. Thank you.



Señores,  
**TRIBUNAL SUPLENTE DE BOGOTÁ**  
secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co  
E. S. D.

REF.:	<b>Ejecutivo Conexo</b>
Rad.:	<b>11001310305020230011801</b>
Accionante:	<b>D1 S.A.S.</b>
Accionada:	<b>EKOPLANET S.A.S. E.S.P.</b>
Asunto:	<b>Recurso de Reposición contra el auto del 1 de septiembre de 2023</b>

**JUAN CARLOS FRESEN MADERO**, mayor de edad, domiciliada en la ciudad de Bogotá D.C., identificada con Cédula de Ciudadanía número **1.020.776.173**, abogado en ejercicio con Tarjeta Profesional número **282.236** del C.S.J. actuando en condición de apoderado judicial especial, según consta en el poder que reposa en el expediente, de la sociedad **D1 S.A.S.**, identificada con **NIT 900.276.962-1**, respetuosamente me permito presentar **RECURSO DE REPOSICIÓN** contra el **Auto del 1 de septiembre de 2023**, notificado por **estado electrónico** el **4 de septiembre de 2023**, en los siguientes términos:

#### I. ANTECEDENTES PROCESALES

- 1.1. El **3 de marzo de 2023** se radicó por Demanda en Línea la demanda ejecutiva.
- 1.2. El **8 de mayo de 2023** mediante auto se pone en conocimiento del juzgado 55 Civil del Circuito de Bogotá debido a que el acuerdo CSJBTA23-42 del 26 de abril de 2023 ordena la redistribución de los procesos.
- 1.3. El **19 de mayo de 2023** se notificó por estado auto del 18 de mayo de 2023 donde el Juzgado 55 Civil del Circuito de Bogotá avoca conocimiento del proceso por el cambio del juzgado
- 1.4. El **1 de junio de 2023** se notificó por estado auto del 31 de mayo de 2023 mediante el cual se niega el mandamiento ejecutivo.
- 1.5. El **6 de junio de 2023** se radicó por mensaje de datos el recurso de reposición y en subsidio de apelación contra el auto del 31 de mayo de 2023 que negó el mandamiento de pago.
- 1.6. El **27 de junio de 2023** se notificó por estado auto del 26 de junio de 2023 donde se niega el recurso de reposición, bajo el argumento que no se encontraron satisfechas las razones presentadas cuando se negó el mandamiento ejecutivo. En

contraposición concede recurso de apelación en efecto suspensivo.

- 1.7. El **21 de julio de 2023** se reparte el proceso en el tribunal.
- 1.8. El **4 de septiembre de 2023** se notificó por estado auto del 1 de septiembre de 2023 que confirma el auto del 31 de mayo de 2023 emitido por el juzgado 55 bajo el argumento que las facturas debían estar registradas en RADIAN.

## II. PROVIDENCIA SUJETO DE RECURSO

En el presente caso se ataca el auto del 1 de septiembre de 2023, notificado por estado electrónico del 4 de septiembre de 2023, mediante el cual se niega el recurso de apelación.

## III. PROCEDENCIA

En primer lugar, el artículo 318 del Código General del Proceso (“CGP”) establece que el recurso de reposición procede contra todos los autos que dicte el juez.

De esta forma, se encuentra demostrada la procedencia del recurso de reposición contra el **auto del 1 de septiembre de 2023**.

## IV. OPORTUNIDAD

A partir de lo establecido en el artículo 318 del CGP, el recurso de reposición se deberá interponer dentro de los tres (3) días siguientes a la notificación, siempre y cuando no se haya presentado en audiencia.

En el presente caso, el **Auto del 1 de septiembre de 2023** se notificó mediante **Estado Electrónico del 4 de septiembre de 2023**, por lo que el término para presentar el recurso de reposición y en subsidio de apelación vence el **7 de septiembre de 2023**.

Así las cosas, el presente recurso de reposición se presenta dentro del término debido.

## V. FUNDAMENTOS DE DERECHO

### 5.1. Argumentos del despacho

La razón principal para la denegación del recurso de apelación es que no se presentaron pruebas suficientes que demostraran que las facturas electrónicas estaban debidamente registradas en el RADIAN, como lo requiere la ley. Además, se señala que la documentación adicional presentada en la apelación no puede considerarse debido a la preclusión en el proceso civil.

### 5.2. **Inscribir las facturas en el RADIAN no es un requisito para la existencia de las facturas electrónicas**

Para la DIAN es claro que el RADIAN es la plataforma para la circulación de las facturas como título valor. No obstante, su inscripción no constituye un requisito de existencia de la factura electrónica. Por el contrario, el artículo 621 del Código de Comercio, el artículo 617 del Estatuto Tributario y el artículo 11 de la Resolución 42 del 5 de mayo de 2020 establecen como requisitos para la existencia de la factura los siguientes:

Requisitos consagrados en el artículo 617 del Estatuto Tributario:

- Estar denominada expresamente como factura de venta.
- Apellidos y nombre o razón y NIT del vendedor o de quien presta el servicio.
- Apellidos y nombre o razón social y NIT del adquirente de los bienes o servicios, junto con la discriminación del IVA pagado.
- Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de facturas de venta.
- Fecha de su expedición.
- Descripción específica o genérica de los artículos vendidos o servicios prestados.
- Valor total de la operación.
- El nombre o razón social y el NIT del impresor de la factura.
- Indicar la calidad de retenedor del impuesto sobre las ventas.

Requisitos del artículo 774 del Código de Comercio:

- La fecha de vencimiento, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 673. En ausencia de mención expresa en la factura de la fecha de vencimiento, se entenderá que debe ser pagada dentro de los treinta días calendario siguientes a la emisión.
- La fecha de recibo de la factura, con indicación del nombre, o identificación o firma de quien sea el encargado de recibirla según lo establecido en la presente ley.
- El emisor vendedor o prestador del servicio, deberá dejar constancia en el original de la factura, del estado de pago del precio o remuneración y las condiciones del pago si fuere el caso. A la misma obligación están sujetos los terceros a quienes se haya transferido la factura.

Requisitos del artículo 11 de la Resolución 42 del 5 de mayo de 2020:

- Estar denominada expresamente como factura electrónica de venta.
- Contener: apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria -NIT del vendedor o de quien presta el servicio.
- Identificación del adquirente, según corresponda, así:
  - Persona Jurídica: razón social y NIT del adquirente de los bienes y servicios.
  - Persona Natural: Nombre, apellidos y número de identificación del adquirente de los bienes y/o servicios

- En caso de que el adquirente de bienes y/o servicios no suministre ningún dato, se deberá registrar la frase «consumidor final» y el número «222222222222» en
- Registrar la dirección del lugar de entrega del bien y/o prestación del servicio, cuando la citada operación de venta se realiza fuera de la sede de negocio, oficina o local del facturador electrónico. Cuando la entrega del bien o el servicio se realice en el exterior, el registro de la dirección no será obligatorio (artículo 2, Resolución 12 del 9 de febrero de 2021.)
- Llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de factura electrónica de venta, incluyendo el número, rango, fecha y vigencia de la numeración autorizada por la DIAN.
- Fecha y hora de generación.
- Contener la fecha y hora de expedición, la cual corresponde a la validación previa. Cuando la factura electrónica de venta no pueda ser validada por inconvenientes tecnológicos atribuibles a la DIAN, se tendrá como fecha y hora de expedición la fecha y hora de generación.
- Entregarse al adquirente la factura electrónica de venta en el formato electrónico de generación, junto con el documento electrónico de validación que contiene el valor: «Documento validado por la DIAN», los cuales se deben incluir en el contenedor electrónico; salvo cuando la factura electrónica de venta no pueda ser validada por inconvenientes tecnológicos presentados por la DIAN.
- Indicar el número de registro, línea o ítems, el total de número de líneas o ítems en las cuales se detalle la cantidad, unidad de medida, descripción específica y códigos inequívocos que permitan la identificación de los bienes vendidos o servicios prestados, la denominación -bien cubierto- cuando se traten de los bienes vendidos del artículo 24 de la Ley 2010 de 2010, los impuestos de que trata el numeral 13 del presente artículo cuando fuere del caso, así como el valor unitario y el valor total de cada una de las líneas o ítems.
- El valor total de la venta de bienes o prestación de servicios, como resultado de la sumatoria de cada una de las líneas o ítems que conforman la factura electrónica de venta.
- La forma de pago, estableciendo si es de contado o a crédito, en este último caso se debe señalar el plazo.
- El Medio de pago, registrando si se trata de efectivo, tarjeta crédito, tarjeta débito o transferencia electrónica u otro medio que aplique. Este requisito aplica cuando la forma de pago es de contado.
- Indicar la calidad de agente retenedor del IVA, de autorretenedor del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, de gran contribuyente y/o de contribuyente del impuesto unificado bajo el régimen simple de tributación – SIMPLE, cuando corresponda.
- La discriminación del IVA, Impuesto Nacional al Consumo, Impuesto Nacional al Consumo de Bolsas Plásticas, con su correspondiente tarifa aplicable a los bienes y/o servicios que se encuentren gravados con estos impuestos.

- La firma digital del facturador electrónico de acuerdo con las normas vigentes y la política de firma establecida por la DIAN, al momento de la generación como elemento para garantizar autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica de venta.
- El Código Único de Factura Electrónica -CUFE-.
- La dirección de internet en la DIAN en la que se encuentra información de la factura electrónica de venta contenida en el código QR de la representación gráfica, que corresponde a la indicada en el «Anexo técnico de factura electrónica de venta».
- Cumplir las condiciones técnicas del Anexo Técnico de Factura Electrónica de Venta para la generación, transmisión, validación, expedición y recepción de la factura electrónica. Para el efecto ver: [Documentación Técnica \(dian.gov.co\)](http://dian.gov.co)
- Apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria -NIT, del fabricante del software, el nombre del software y del proveedor tecnológico si lo tuviere.

En ninguna parte de la norma se exige como requisito de la existencia de la factura estar inscrito en el RADIAN.

Ahora bien, el Capítulo 53 del Decreto 1074 de 2005, norma que cita el despacho, hace referencia a la reglamentación de la circulación electrónica de la factura electrónica de venta como título valor.

La DIAN ha sido clara en que la inscripción en el RADIAN es obligatoria **para transferir los derechos económicos incorporados, es decir para endosar las facturas**, más no es un requisito de existencia de las facturas electrónicas.

En palabras de la DIAN:

*“Según lo dispuesto en el párrafo 3 del artículo 616-1 del Estatuto Tributario (modificado por el artículo 13 de la Ley 2155 de 2021) y la Resolución DIAN No. 000085 de 20221 establece que en el registro de la factura electrónica de venta considerada título valor - RADIAN se deberán inscribir las facturas de venta como título valor que tengan vocación de circulación en el territorio nacional; es decir, aquellas que serán endosadas electrónicamente.*

*En consecuencia, el registro de las facturas electrónicas de venta como título valor en el RADIAN es de obligatorio cumplimiento para aquellas facturas que pretendan circular, por lo cual las facturas electrónicas que no tengan vocación de circulación, podrán seguirse constituyendo como título valor, conforme al Código de Comercio.*

*Nótese que el artículo 31 de la Resolución DIAN No. 000085 de 2022, señala que el no registro de las facturas electrónicas de venta como título valor no impide su constitución como título*

*valor, siempre y cuando cumplan con la legislación comercial respectiva.”<sup>1</sup>*

En el mismo concepto, la DIAN sintetiza los requisitos que deben cumplir las facturas electrónicas, así:

*“3.1.1.1. ¿Cuáles son los requisitos de factura electrónica de venta?*

*El artículo 617 del Estatuto Tributario dispone requisitos que debe cumplir la factura de venta, siendo ellos generales aplicables a todas las facturas que se expidan. Adicionalmente a lo anterior, en la actualidad la Resolución DIAN No. 000042 de 2020 en el artículo 11 dispone específicamente los requisitos de factura electrónica de venta, así:*

*1. De conformidad con el literal a) del artículo 617 del Estatuto Tributario, estar denominada expresamente como factura electrónica de venta.*

*2. De conformidad con el literal b) del artículo 617 del Estatuto Tributario, deberá contener: apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria -NIT del vendedor o de quien presta el servicio.*

*3. Identificación del adquirente, según corresponda, así: a) De conformidad con el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, deberá contener: apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria -NIT del adquirente de los bienes y servicios. b) Registrar apellidos y nombre y número de identificación del adquirente de los bienes y/o servicios; para los casos en que el adquirente no suministre la información del literal a) de este numeral, en relación con el Número de Identificación Tributaria -NIT. c) Registrar la frase «consumidor final» o apellidos y nombre y el número «222222222222» en caso de adquirentes de bienes y/o servicios que no suministren la información de los literales a) o, b) de este numeral. Se debe registrar la dirección del lugar de entrega del bien y/o prestación del servicio, cuando la citada operación de venta se realiza fuera de la sede de negocio, oficina o local del facturador electrónico para los casos en que la identificación del adquirente, corresponda a la señalada en los literales b) y c) de este numeral.*

*4. De conformidad con lo establecido en el literal d) del artículo 617 del Estatuto Tributario, deberá llevar un número que corresponda a un sistema de numeración consecutiva de factura electrónica de venta, incluyendo el número, rango, fecha y vigencia de la numeración autorizada por la Unidad*

---

<sup>1</sup> DIAN. Concepto Unificado 106 de 2022.

*Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.*

*5. Fecha y hora de generación.*

*6. De conformidad con el literal e) del artículo 617 del Estatuto Tributario, deberá contener la fecha y hora de expedición, la cual corresponde a la validación de que trata el artículo 616-1 del Estatuto Tributario, que se entiende cumplido con lo dispuesto en el numeral 7 del presente artículo. Cuando la factura electrónica de venta no pueda ser validada por inconvenientes tecnológicos de la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN o cuando se utilice el procedimiento de factura electrónica de venta con validación previa con reporte acumulado, se tendrá como fecha y hora de expedición la indicada en el numeral 5 del presente artículo.*

*7. De conformidad con el artículo 618 del Estatuto Tributario, deberá entregarse al adquirente la factura electrónica de venta en el formato electrónico de generación, junto con el documento electrónico de validación que contiene el valor: «Documento validado por la DIAN», los cuales se deben incluir en el contenedor electrónico; salvo cuando la factura electrónica de venta no pueda ser validada por inconvenientes tecnológicos presentados por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN.*

*8. De conformidad con el literal f) del artículo 617 del Estatuto Tributario, indicar el número de registro, línea o ítems, el total de número de líneas o ítems en las cuales se detalle la cantidad, unidad de medida, descripción específica y códigos inequívocos que permitan la identificación de los bienes vendidos o servicios prestados, la denominación -bien cubierto- cuando se traten de los bienes vendidos del artículo 24 de la Ley 2010 de 2010, los impuestos de que trata el numeral 13 del presente artículo cuando fuere del caso, así como el valor unitario y el valor total de cada una de las líneas o ítems.*

*9. De conformidad con lo establecido en el literal g) del artículo 617 del Estatuto Tributario, el valor total de la venta de bienes o prestación de servicios, como resultado de la sumatoria de cada una de las líneas o ítems que conforman la factura electrónica de venta.*

*10. La forma de pago, estableciendo si es de contado o a crédito, en este último caso se debe señalar el plazo.*

*11. El Medio de pago, registrando si se trata de efectivo, tarjeta crédito, tarjeta débito o transferencia electrónica u otro medio que aplique. Este requisito aplica cuando la forma de pago es de contado.*

12. De conformidad con lo establecido en el literal i) del artículo 617 del Estatuto Tributario, indicar la calidad de agente retenedor del Impuesto sobre las Ventas -IVA, de autorretenedor del Impuesto sobre la Renta y Complementarios, de gran contribuyente y/o de contribuyente del impuesto unificado bajo el régimen simple de tributación - SIMPLE, cuando corresponda.

13. De conformidad con lo establecido en el literal c) del artículo 617 del Estatuto Tributario, la discriminación del Impuesto sobre las Ventas -IVA, Impuesto Nacional al Consumo, Impuesto Nacional al Consumo de Bolsas Plásticas, con su correspondiente tarifa aplicable a los bienes y/o servicios que se encuentren gravados con estos impuestos.

14. La firma digital del facturador electrónico de acuerdo con las normas vigentes y la política de firma establecida por la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN, al momento de la generación como elemento para garantizar autenticidad, integridad y no repudio de la factura electrónica de venta.

15. El Código Único de Factura Electrónica -CUFE-.

16. La dirección de internet en la Unidad Administrativa Especial Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales -DIAN en la que se encuentra información de la factura electrónica de venta contenida en el código QR de la representación gráfica, que corresponde a la indicada en el «Anexo técnico de factura electrónica de venta».

17. El contenido del Anexo Técnico de la factura electrónica de venta establecido en el artículo 69 de esta resolución, para la generación, transmisión, validación, expedición y recepción, en relación con los requisitos establecidos en el presente artículo.

18. Apellidos y nombre o razón social y Número de Identificación Tributaria -NIT, del fabricante del software, el nombre del software y del proveedor tecnológico si lo tuviere.”<sup>2</sup>

Es claro que el registro en el RADIAN NO ES UN REQUISITO PARA LA EXISTENCIA DE LAS FACTURAS ELECTRÓNICAS. Por lo tanto, no se puede exigir que estén inscritas para solicitar su ejecución.

### 5.3. **Las facturas se entregaron al correo electrónico inscrito por EKOPLANET para recibir las facturas electrónicas**

El Despacho señala que, a pesar de que se adjuntaron capturas de pantalla en la demanda ejecutiva que intentaban demostrar el envío de las facturas electrónicas, estas pruebas no son suficientes para confirmar

---

<sup>2</sup> DIAN. Concepto Unificado 106 de 2022.

que las facturas se enviaron al correo electrónico proporcionado por la parte demandada, como exige la Resolución No. 42 de 2020.

Además, no se encuentra evidencia en los anexos de que la parte compradora haya informado una dirección de correo específica para recibir las facturas electrónicas emitidas por la parte vendedora. Se destaca la discrepancia entre la dirección de correo registrada en el certificado de existencia y representación de la parte compradora y la dirección a la que se enviaron las facturas electrónicas.

El despacho mezcla erróneamente el correo de notificaciones judiciales con el correo de facturación electrónica.

Específicamente hablando de la entrega de la factura electrónica, el artículo 29 de la Resolución 42 de 2020 establece que para aquellas personas obligadas a facturar electrónicamente **se deberá enviar a la dirección electrónica suministrada por el adquirente en el procedimiento de habilitación que puede ser consultado en el servicio informático de validación previa de factura electrónica de la DIAN.**

La norma no se refiere al correo electrónico inscrito en el Certificado de Existencia y Representación Legal, sino al correo que se suministró en el procedimiento de habilitación el cual se puede consultar públicamente.

En el presente caso el correo suministrado por el mismo EKOPLANET es [compras@ekoplanet.com.co](mailto:compras@ekoplanet.com.co) y que se encuentra en la plataforma pública de la DIAN.

En las pruebas adjuntas a la demanda se evidenció los comprobantes de entrega de las facturas al correo de EKOPLANET antes mencionado. Además, se tiene certificado del proveedor electrónico de D1 S.A.S., es decir, SIGNATURE SOUTH CONSULTING COLOMBIA SAS, donde se demuestra que se enviaron las facturas al correo electrónico [compras@ekoplanet.com.co](mailto:compras@ekoplanet.com.co) sin haberse rechazado u objetado las facturas por EKOPLANET.

Confundir el correo de notificaciones judicial y el correo de facturación electrónica es un error de interpretación grave que genera un rechazo injustificado de la demanda. Además, sustentar esta posición con una sentencia del Tribunal Superior de Bogotá, sin tener en consideración la doctrina de la DIAN es un error fundamenta.

La DIAN ha aclarado que el correo electrónico para la entrega de la factura electrónica es el correo suministrado por el adquirente en el proceso de habilitación:

*"Al respecto, debe tenerse presente que los medios de entrega de la factura electrónica de venta están dispuestos en el artículo 29 de la Resolución DIAN No. 000042 de 2020, el cual divide a los adquirentes en: (i) adquirentes facturadores electrónicos y (ii) adquirentes que no son facturadores electrónicos, previendo*

*en ambos casos, el correo electrónico como uno de los medios de entrega de la factura electrónica de venta y su validación.*

*Así las cosas, conforme lo dispone el artículo 29 de la Resolución DIAN No. 000042 de 2020, el correo electrónico suministrado por el adquiriente del bien y/o servicio, es un medio de entrega y de recepción de la factura electrónica de venta.”<sup>3</sup>*

## VI. SOLICITUD

Por los motivos anteriormente expuestos, solicitamos respetuosamente a su Despacho:

### 6.1. PRIMERA:

**CONCEDER el RECURSO DE REPOSICIÓN y, en ese sentido REVOCAR el Auto del 1 de septiembre de 2023, notificado mediante el Estado Electrónico del 4 de septiembre de 2023.**

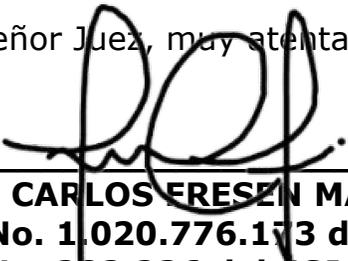
### 6.2. SEGUNDA:

**REVOCAR el Auto del 31 de mayo de 2023, notificado mediante el Estado Electrónico del 1 de junio de 2023.**

### 6.3. TERCERA:

**ADMITIR la demanda y librar mandamiento de pago a favor de D1 S.A.S. en contra de EKOPLANET S.A.S. E.S.P.**

Del Señor Juez, muy atentamente,

  
\_\_\_\_\_  
**JUAN CARLOS FRESEN MADERO**  
**C.C. No. 1.020.776.173 de Bogotá**  
**T.P. No. 282.236 del CSJ**

<sup>3</sup> DIAN. Concepto Unificado 106 de 2022.

*República de Colombia*  
*Rama Judicial*



*Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá*  
*Sala Civil - Secretaria*

**LIQUIDACIÓN DE COSTAS**

**PROCESO No 110012203000202301179 00**

**MAGISTRADO(A) Dr(a). ADRIANA AYALA PULGARIN**

7 de septiembre de 2023.- En la fecha procedo a efectuar la liquidación de costas ordenada en providencia anterior, así:

AGENCIAS EN DERECHO:	\$ 2.000.000,00 =
OTROS:	\$ 0
	=====
TOTAL:	\$2.000.000,00 =

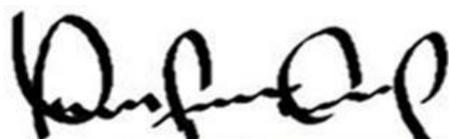
SON: DOS MILLONES DE PESOS .-

P/ El Secretario.

  
OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
Secretario Judicial

08 DE SEPTIEMBRE DE 2023. 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 13 DE SEPTIEMBRE DE 2023, conforme lo prevé el artículo 366 del Código General del Proceso y artículo 110 ibídem.

P/ El Secretario

  
OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA  
Secretario Judicial

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN Expediente: 11001 31 03 002 2017 00 551 00**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 06/09/2023 14:32

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (147 KB)

CONCRETO. SUSTENTACIÓN APELACIÓN.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Sandra Rodríguez M <smrodriguez1@outlook.com>

**Enviado:** miércoles, 6 de septiembre de 2023 14:10

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>; administracion@grupokoneko.com

<administracion@grupokoneko.com>

**Asunto:** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN Expediente: 11001 31 03 002 2017 00 551 00

**Doctor**

**RICARDO ACOSTA BUITRAGO - MAGISTRADO PONENTE**

**SALA CIVIL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**Ref.**

**Expediente: 11001 31 03 002 2017 00 551 00**

**Demandante: CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**

**Demandado: INVERSIONES HUZA S.A.S.**

**Proceso: Responsabilidad Civil Extracontractual**

**Asunto: Recurso de Apelación**

**SANDRA MILENA RODRÍGUEZ MORA**, actuando en mi calidad de apoderada de la empresa demandante, adjunto este escrito, dentro del término legal, para sustentar el RECURSO DE APELACIÓN, contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual el despacho resolvió desestimar las pretensiones de la demanda y condenar a la parte demandante en costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.00 M/Cte., equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como consecuencia de la presentación de este escrito se solicita se revoque la decisión, y se acceda a las pretensiones de la demanda.

Cordialmente,

**SANDRA MILENA RODRÍGUEZ MORA**

**Doctor**

**RICARDO ACOSTA BUITRAGO - MAGISTRADO PONENTE**

**SALA CIVIL**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**

**Ref.**

**Expediente: 11001 31 03 002 2017 00 551 00**

**Demandante: CONSTRUCTORA CONCRETO S.A.**

**Demandado: INVERSIONES HUZA S.A.S.**

**Proceso: Responsabilidad Civil Extracontractual**

**Asunto: Recurso de Apelación**

**SANDRA MILENA RODRÍGUEZ MORA**, actuando en mi calidad de apoderada de la empresa demandante, por medio de este escrito, dentro del término legal, procedo sustentar el RECURSO DE APELACIÓN, contra la sentencia de primera instancia, mediante la cual el despacho resolvió desestimar las pretensiones de la demanda y condenar a la parte demandante en costas, incluyendo como agencias en derecho la suma de \$2.000.000.00 M/Cte., equivalente a dos (2) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

Como consecuencia de la presentación de este escrito se solicita se revoque la decisión, y se acceda a las pretensiones de la demanda, con base en los siguientes fundamentos de hecho y de derecho:

### **CONSIDERACIONES DEL A QUO PARA DESESTIMAR LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA Y CONDENAR EN COSTAS A MI REPRESENTADA**

El A quo señala que la CONSTRUCTORA CONCRETO S.A., por medio de su representante, la señora Tatiana Otero Garcés, suscribió a título personal, un Contrato de Suministro e Instalación, del cual emanó la factura de venta No. 0682 de marzo 10 de 2014 , pese a que la sociedad

Inversiones Huza S.A.S, en calidad de contratista omitió firmar la convención.

Señala que el contrato de suministro, regulado en los artículos 968 al 980 del Código de Comercio, puede o no constar en documento escrito, por lo que para el A quo, el hecho de que la demandada INVERSIONES HUZA S.A.S. omitiera suscribir el contrato a título personal no era óbice para que el demandante intentara probar la existencia del contrato de suministro. No obstante, el mismo despacho reconoce que a través de las pruebas documentales aportadas por mi mandante y de los testimonios rendidos por los señores Francisco José Gutiérrez y Tatiana Muñetón, se acreditó la relación contractual existente en razón al Contrato de Suministro, que conllevó a la consecución y adquisición de la "PLANTA MEZCLADORA KONEKO AUTOMÁTICA REF.: KPMT - 30 - 2014" objeto de reclamación.

Para el despacho, el petitum del líbello demandatorio consiste en obtener la declaratoria de existencia de un contrato de compraventa para la adquisición de la Planta Mezcladora Koneko automática REF.: KPMT - 30 - 2014, su eventual incumplimiento y resolución. También sostiene que de los hechos de la demanda y de todo el material probatorio recaudado dentro del trámite el proceso, incluyendo interrogatorios y testimonios, quedó despejada la existencia del vínculo contractual entre las partes para la adquisición de la planta mezcladora en cuestión.

Así pues, luego de realizar un análisis general de las pruebas aportadas que acreditan el vínculo contractual entre las partes, el A quo afirma que "no concurren los presupuestos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, pues el encuentro entre la parte demandante (lesionado) y demandada (autor del daño), proviene de un vínculo contractual y no de un encuentro accidental fortuito de una fuente de la obligación resarcitoria generada por mandato legal; razón suficiente para tener por no probados los presupuestos axiológicos de la acción ejercitada".

Concluye entonces que "al no acreditarse el cumplimiento de los presupuestos axiológicos de la acción de responsabilidad civil extracontractual, no puede abrirse paso a la prosperidad de las

pretensiones de la demanda” y, por tanto, decidió negar el petitum de la demanda y condenar en costas a la parte demandante, en favor de la demandada.

## **FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO PARA REVOCAR LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA:**

La interpretación armónica del postulado contenido en el artículo 229 de la Constitución<sup>1</sup>, con el derecho fundamental al debido proceso<sup>2</sup> y con los principios fundantes de la Carta Política, ha conducido a otorgarle<sup>3</sup> el carácter de fundamental al derecho de acceso a la administración de justicia.

Y además de concebirlo como fundamental, la jurisprudencia constitucional también lo ha considerado un derecho medular, de contenido múltiple o complejo, teniendo en cuenta que se constituye como “la garantía real y efectiva que el Estado le ofrece al individuo, de poder acudir, para resolver las controversias que surjan con otros individuos u organizaciones y con el mismo Estado, ante un juez, con miras a obtener una resolución motivada, ajustada a derecho, y dictada de conformidad con el procedimiento y las garantías constitucionales previstas en la Constitución y en la ley.”<sup>4</sup>

---

<sup>1</sup> “Se garantiza el derecho de toda persona para acceder a la administración de justicia. La ley indicará en qué casos podrá hacerlo sin la representación de su abogado.”

<sup>2</sup> “Artículo 29. El debido proceso se aplicará a toda clase de actuaciones judiciales y administrativas.

Nadie podrá ser juzgado sino conforme a leyes preexistentes al acto que se le imputa, ante juez o tribunal competente y con observancia de la plenitud de las formas propias de cada juicio.

En materia penal, la ley permisiva o favorable, aun cuando sea posterior, se aplicará de preferencia a la restrictiva o desfavorable.

Toda persona se presume inocente mientras no se la haya declarado judicialmente culpable. Quien sea sindicado tiene derecho a la defensa y a la asistencia de un abogado escogido por él, o de oficio, durante la investigación y el juzgamiento; a un debido proceso público sin dilaciones injustificadas; a presentar pruebas y a controvertir las que se alleguen en su contra; a impugnar la sentencia condenatoria, y a no ser juzgado dos veces por el mismo hecho.

Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso.”.

<sup>3</sup> Corte Constitucional. Sentencia de Mayo 12 de 1992. M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz. Expediente T-221.

<sup>4</sup> Corte Constitucional. Sentencia de septiembre 08 de 1998. M.P. Fabio Morón Díaz. Expediente T-152151.

Bajo estas consideraciones la Corte ha afirmado que el alcance del derecho de acceso a la administración de justicia “no puede concebirse dentro de los estrechos moldes de una posibilidad formal de llegar ante los jueces, o en la simple existencia de una estructura judicial lista a atender las demandas de los asociados, puesto que su esencia reside en la certidumbre de que, ante los estrados judiciales, serán surtidos los procesos a la luz del orden jurídico aplicable, con la objetividad y la suficiencia probatoria que aseguren un real y ponderado conocimiento del fallador acerca de los hechos materia de su decisión.”<sup>5</sup>

Así pues, el derecho de acceso a la administración de justicia ha sido entendido, no sólo como el presupuesto para el ejercicio de los demás derechos fundamentales, sino como: (i) la posibilidad de acceso efectivo de la persona a la administración de justicia; (ii) el curso de un proceso rodeado de todas las garantías judiciales y decidido en un plazo razonable; y (iii) la ejecución material del fallo<sup>6</sup>.

Por ello, es posible concluir que en tratándose del derecho de acceso a la administración de justicia, este comporta un deber dirigido a los funcionarios judiciales, consistente en decidir de fondo cada uno de los asuntos que se someten a su estudio, siendo, por excepción, procedente la resolución inhibitoria de los mismos únicamente cuando el funcionario ha agotado todas las alternativas jurídicas posibles para resolver el caso, siempre bajo el imperativo de la eficacia del derecho sustancial. Sobre este particular, en las ya citadas providencias, la Corte Constitucional ha señalado lo siguiente:

“El derecho constitucional fundamental al debido proceso se funda, entre otros aspectos, en la garantía de que, sometido un asunto al examen de los jueces, se obtendrá una definición acerca de él, de donde se desprende que normalmente la sentencia tiene que plasmar la sustancia de la resolución judicial. Hacerla aparente o formal implica, por tanto, la innegable violación de aquél, ya que deja al interesado a la expectativa, contrariando la razón misma del proceso.”

---

<sup>5</sup> Corte Constitucional. Sentencia de noviembre 27 de 2002. M.P. Clara Inés Vargas Hernández. Expediente D-4027.

<sup>6</sup> Corte Constitucional. Sentencias T-897 de 2008 y T-345 de 2010, entre otras.

El juez es el director del proceso y, en tal virtud, es el responsable de la realización de los actos procesales en forma regular y oportuna. La corrección y el impulso del proceso para conducirlo hasta la oportunidad de la sentencia es, además de una potestad, su obligación, como lo recuerda el artículo 90 del Código General del Proceso. Entre esos deberes, se cuenta el deber procesal de adecuar la acción a la que legalmente corresponde, y de darle el trámite correspondiente con el fin de evitar el desgaste que representa adelantar todo un proceso para concluirlo con sentencia inhibitoria injustificada.

De conformidad con todo lo anterior, con apoyo en los principios de economía, celeridad y eficacia que rigen la función judicial, el juez tiene la obligación de ejercer los deberes - poderes de impulsión procesal que la ley le otorga, para hacer efectivos los derechos al debido proceso y de acceso a la administración de justicia. También, la Sección Primera del Consejo de Estado en sentencia de 14 de febrero de 2012, así lo puso de presente, al señalar:

“Se debe advertir que el Tribunal tuvo la obligación de haber adecuado la acción al trámite que le correspondía.

La Sala considera, en esta medida, que el juez debe asumir los deberes encaminados a garantizar el derecho y evitar decisiones que no son de fondo y no resuelven sobre las pretensiones, convirtiéndose en casos de denegación de justicia y vulneración de los derechos fundamentales, desconociendo los mandatos y deberes que le imponen los artículos 37 y 409 del Código de Procedimiento Civil, respecto a la diligencia y obligación de velar por la rápida solución del proceso”.

En este sentido, el juez no debe asumir una posición pasiva que por esa causa, le conduzca a abstenerse de fallar de fondo, pues es su deber adoptar las medidas procesales para hacer eficaz la protección del bien jurídico para cuya efectividad el ciudadano pone en marcha la jurisdicción.

Por último, no está demás reiterar lo prescrito por el legislador mediante el artículo 90 del Código General del Proceso:

“El juez admitirá la demanda que reúna los requisitos de ley, y le dará el trámite que legalmente le corresponda aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada . En la misma providencia el juez deberá integrar el litisconsorcio necesario y ordenarle al demandado que aporte, durante el traslado de la demanda, los documentos que estén en su poder y que hayan sido solicitados por el demandante.

El juez rechazará la demanda cuando carezca de jurisdicción o de competencia o cuando esté vencido el término de caducidad para instaurarla. En los dos primeros casos ordenará enviarla con sus anexos al que considere competente; en el último, ordenará devolver los anexos sin necesidad de desglose...”

Así pues, en el caso concreto, aun cuando el juez no haya dictado fallo inhibitorio lo cierto es que su decisión consistió en negar las pretensiones de la demanda y no fallar de fondo por considerar que la acción impetrada o la vía procesal no era la adecuada, y peor aún, decidió condenar en costas a la demandante aun cuando en la ratio decidendi admitió que INVERSIONES HUZA S.A.S., en su condición de parte demandada, causó con su accionar un daño a CONSTRUCTORA CONCRETO S.A., en calidad de parte demandante (página 5, párrafo 2 de la Sentencia de Primera Instancia).

Es decir, el A quo reconoció la existencia de un daño pero decidió no fallar de fondo y simplemente negar las pretensiones de la demanda por no haber actuado por la vía procesal que el A quo consideraba adecuada; cuando lo cierto es que , a la luz de todo lo expuesto, su señoría debió adecuar la acción que consideraba procedente al momento de admitir la demanda, conforme al artículo 90 del Código General del Proceso, los principios que rigen a función judicial, los derechos fundamentales al debido proceso y al efectivo acceso a la administración de justicia y a la jurisprudencia de las Altas Cortes.

Por último, se insiste que la razonabilidad de la tesis a favor del cumplimiento por los jueces, del deber procesal de adecuar la acción al trámite que legalmente corresponda, aunque el demandante haya indicado una vía procesal inadecuada, no solo busca evitar desgaste judicial, sino que además es lógica, pues a todas luces, resultaría

totalmente vano adelantar un proceso a sabiendas, de antemano, que no podrá existir pronunciamiento sobre el fondo del asunto.

## **CONCLUSIÓN**

La sentencia de primera instancia obedeció a una decisión meramente formal y no de fondo que resolviera el asunto controversial que se ha expuesto ante el juez. El A quo desconoció los derechos fundamentales de mi mandante, los principios que rigen la función judicial, la jurisprudencia de las Altas Cortes, y el artículo 90 de la Ley 1564 de 2012, a sabiendas que debía adecuar el trámite que correspondiera al proceso al admitir la demanda de responsabilidad civil extracontractual, en razón a todos los fundamentos anteriormente expuestos.

En consecuencia, respetuosamente se solicita a su Despacho que revoque la sentencia de primera instancia, otorgue el trámite adecuado y necesario al proceso y falle de fondo sobre el asunto de controversia, garantizando los derechos fundamentales al debido proceso y al acceso a la administración de justicia de mi mandante.

## **SOLICITUD**

Con estos razonamientos de hecho y de derecho comedidamente solicitamos a su Señoría, se sirva revocar la sentencia de primera instancia y en su lugar conceder las pretensiones de la demanda.

Del señor juez, respetuosamente,

SANDRA RODRÍGUEZ

**SANDRA MILENA RODRÍGUEZ MORA**  
**C.C. No. 52.815.372 de Bogotá**  
**T.P. No. 141.261 del C. S. de la J.**

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO RV: Rdo:  
11001319900220220009203 / Sustentación Recurso Apelación**

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota

<secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Jue 07/09/2023 16:53

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (2 MB)

Sustentación Apelacion Sentencia - JPDA Vs. CITRICOS DEL POBLANCO S.A.S - Impugnacion.pdf;

**MEMORIAL PARA REGISTRAR DR ACOSTA BUITRAGO**

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**

**Secretario Sala Civil**

**Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá**

**Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305**

**Teléfono 423 33 90 Extensión 8349**

**Email: secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co**

---

**De:** Juan C. Olaya V. - JCO C&A S.A.S. <juanolaya@jco.com.co>

**Enviado:** jueves, 7 de septiembre de 2023 16:49

**Para:** Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

**Cc:** Litigios Mazars <Litigios@mazars.com.co>

**Asunto:** Rdo: 11001319900220220009203 / Sustentación Recurso Apelación

Medellín, 7 de septiembre de 2023.

Doctor

**RICARDO ACOSTA BUITAGRO**

**MAGISTRADO PONENTE**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**

Bogotá

**VÍA:** [secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscripsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

**RADICADO.** 11001319900220220009203

**DEMANDANTE.** JUAN PABLO DUQUE A.

**DEMANDADOS.** CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S.

**ASUNTO.** SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACIÓN IMPUGNACIÓN SENTENCIA  
**PRIMERA INSTANCIA**

**FOLIOS.** 22

**JUAN CAMILO OLAYA VARGAS**, colombiano, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.438.428 y Tarjeta Profesional de Abogado No. 141.581 del Consejo Superior

de la Judicatura, actuando en el presente acto en nombre y representación, como apoderado especial, de **JUAN PABLO DUQUE ARBELAEZ**, colombiano, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.979.536, conforme al poder que se encuentra dentro del expediente, estando dentro del término legalmente establecido para ello, **ME PERMITO SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 14 de julio de 2023**, notificada por estados del 17 del mismo mes y año, y cuyo traslado para la presente sustentación fue conferido mediante auto fechado del 25 de agosto de 2023, en los términos del documento adjunto.

Se copia el presente mensaje al apoderado de la parte DEMANDADA para efectos del traslado respectivo. Queda a disposición del Honorable Tribunal la constancia de envío y entrega del mismo.

Saludos;



**JUAN CAMILO OLAYA V.**

Abogado

Teléfono: 317 367 21 54 / (4) 322 42 55

Cr. 42 No. 3 Sur - 81. Torre 2 Oficina 413

Ed. Distrito de Negocios Milla de Oro

Medellín - Colombia

El presente mensaje, así como sus anexos, son propiedad de **JCO CONSULTORES & ABOGADOS S.A.S.** y puede contener información privilegiada o confidencial. Si Usted no es el destinatario voluntario del mismo favor notificarlo a su remitente. El uso de la información contenida en el mensaje, y del mensaje mismo, estará limitada para los efectos que fue remitida. Su uso, divulgación, copia o distribución está prohibida, salvo que haya autorización expresa en dicho sentido, y/o que su remisión tenga como efecto su divulgación, distribución o copia. La divulgación de información de tipo personal o financiera relacionada con la actividad desplegada por **JCO CONSULTORES & ABOGADOS S.A.S.** no compromete nuestra responsabilidad.



Medellín, 7 de septiembre de 2023.

Doctor

**RICARDO ACOSTA BUITAGRO**

**MAGISTRADO PONENTE**

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL**

Bogotá

VÍA: [secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co](mailto:secscribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co)

<b>RADICADO.</b>	<b>11001319900220220009203</b>
<b>DEMANDANTE.</b>	JUAN PABLO DUQUE A.
<b>DEMANDADOS.</b>	<b>CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S.</b>
<b>ASUNTO.</b>	<b><u>SUSTENTACIÓN</u> RECURSO DE APELACIÓN IMPUGNACIÓN SENTENCIA PRIMERA INSTANCIA</b>
<b>FOLIOS.</b>	<b>22</b>

**JUAN CAMILO OLAYA VARGAS**, colombiano, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 3.438.428 y Tarjeta Profesional de Abogado No. 141.581 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en el presente acto en nombre y representación, como apoderado especial, de **JUAN PABLO DUQUE ARBELAEZ**, colombiano, mayor de edad, vecino de Medellín, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.979.536, conforme al poder que se encuentra dentro del expediente, estando dentro del término legalmente establecido para ello, **ME PERMITO SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACIÓN en contra de la sentencia de primera instancia proferida el pasado 14 de julio de 2023**, notificada por estados del 17 del mismo mes y año, y cuyo traslado para la presente sustentación fue conferido mediante auto fechado del 25 de agosto de 2023, en los siguientes términos:

Para efectos del desarrollo de la presente sustentación, se citarán, mediante toma de pantallazos de los apartes de la sentencia, aquellos que merecen reproche y se expondrán los motivos y argumentos de los mismos agrupándolos, para efectos de esta sustentación, en tres grandes temas sobre los que está parada la sentencia, a saber: **i)** Sobre la decisión de autorizar la presencia de personas ajenas a los accionistas en la Asamblea y los efectos legales y prácticos de la misma; **ii)** Sobre los acuerdos de accionistas, su incumplimiento y sus efectos; y **iii)** Sobre la Convocatoria a la Asamblea General de Accionistas celebrada el día 21 de febrero de 2022.

**SOBRE LA DECISIÓN DE AUTORIZAR LA PRESENCIA DE PERSONAS AJENAS A LOS ACCIONISTAS EN LA ASAMBLEA Y LOS EFECTOS LEGALES Y PRÁCTICOS DE LA MISMA.**

Al proferir la sentencia de primera instancia, la Superintendencia de Sociedades indica lo siguiente:



Se pudo establecer además que las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social de la compañía estuvieron encaminadas a someter a votación de la asamblea que los invitados, Esteban Villegas, Daniel Ochoa y Federico Escobar Benavides, permanecieran en la reunión sin voz y sin voto; así como la relacionada con el nombramiento en calidad de presidente y secretario de estas personas en la referida sesión asamblearia.

La Superintendencia de Sociedades acepta que la Asamblea de Accionistas adoptó, entre otras, una decisión en la reunión fechada del 26 de enero de 2022, cual fue la de aprobar la permanencia de los señores Esteban Villegas, Daniel Ochoa y Federico Escobar Benavides en la Asamblea.

Esa misma afirmación la realizó la Superintendencia en auto No. 2022-01-416171 del 10 de mayo de 2022, al afirmar que en la reunión se habían adoptado diferentes decisiones, dentro de la cual estaba la de *“la autorización para la asistencia de Esteban Villegas Palacio y Daniel Ochoa Giraldo en la precitada asamblea...”*, veamos:

Para verificar la viabilidad de la medida cautelar pretendida por el demandante y, una vez revisado el material probatorio obrante en el expediente, el Despacho se ocupó de verificar si las decisiones adoptadas por el máximo órgano social de Cítricos del Poblano S.A.S. durante la reunión asamblearia del 26 de enero de 2022, pudieron haber incumplido lo establecido en el artículo 190 del Código de Comercio. Así, en esta etapa preliminar se observó que, en curso de dicha reunión se adoptaron cuatro decisiones específicas, a saber: la relacionada con la autorización para la asistencia de Esteban Villegas Palacio y Daniel Ochoa Giraldo en la precitada reunión, el nombramiento del presidente y secretario de la asamblea, la aprobación del inicio de la acción social de responsabilidad en contra de Juan Pablo Duque Arbeláez y aquella relacionada con la posibilidad de modificar el orden del día.

No obstante lo anterior, la Superintendencia concluye en la sentencia que dicha decisión *“...no infringió norma imperativa...”* y como consecuencia de ello, desestima las pretensiones de la demanda; veamos:

En este orden de ideas, concluye este Despacho que la decisión encaminada a designar las personas que habría de ocupar los cargos de presidente y secretario durante la reunión asamblearia del 26 de enero de 2022 que consta en Acta N.º 20 no infringió norma imperativa, ni se adoptó sin el número de votos previsto en la ley. En ese sentido se procederá a desestimar las pretensiones de la demanda relacionadas con este asunto.

Los estatutos de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANO S.A.S. (que reposan como prueba documental dentro del expediente) consagran en su artículo 36 la prohibición, **salvo decisión**



**UNÁNIME de los accionistas**, de ocuparse de temas diferentes de los indicados en el orden del día expresado en el aviso de convocatoria; veamos:

**ARTÍCULO 36. Reuniones extraordinarias:** Las reuniones extraordinarias se efectuarán cuando lo exijan las necesidades imprevistas o urgentes de la Sociedad, por convocatoria del Gerente General de la Sociedad, por el revisor fiscal, si lo hubiere, o por solicitud de un número plural de accionistas que representen no menos del veinte por ciento (20%) de las acciones suscritas y pagadas. En estas reuniones la Asamblea General de Accionistas no podrá ocuparse de temas diferentes de los indicados en el orden del día expresado en el aviso de convocatoria, salvo por decisión unánime de accionistas que represente la totalidad de las acciones en circulación de la Sociedad.

La anterior estipulación (válida por demás) modifica el régimen establecido en la ley (Código de Comercio) sobre realización de Asambleas Extraordinarias contenido en el artículo 425, veamos:

**ARTÍCULO 425. <DECISIONES EN REUNIONES EXTRAORDINARIAS DE LA ASAMBLEA>**. La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado. Pero por decisión del setenta por ciento de las acciones representadas podrá ocuparse de otros temas, una vez agotado el orden del día, y en todo caso podrá remover a los administradores y demás funcionarios cuya designación le corresponda.

Nótese como la prohibición es la misma, y lo que se modifica es la forma de autorizar la prohibición, lo cual, para el caso que nos ocupa, se acordó que sería por **“DECISIÓN UNÁNIME DE ACCIONISTAS QUE REPRESENTA LA TOTALIDAD DE LAS ACCIONES EN CIRCULACIÓN DE LA SOCIEDAD”**.

Ahora bien, dentro de la convocatoria que dio lugar a la reunión del 26 de enero de 2022, **NO SE INCLUYÓ EN EL ORDEN DEL DÍA** asunto alguno que tuviera que ver con la presencia de personas diferentes a los accionistas de la sociedad, ni de abogados, ni de asesores legales, ni de nadie diferente a los accionistas de la sociedad convocados, veamos el orden del día inserto en la convocatoria, la cual igualmente reposa como prueba documental dentro del expediente:

Convocatoria a reunión extraordinaria de la  
Asamblea General de Accionistas de **Cítricos del Poblano S.A.S.**

El orden del día propuesto para la reunión es el siguiente:

1. Verificación del *Quórum*.
2. Elección de Presidente y Secretario.
3. Aprobación de iniciar acción social de responsabilidad en contra del señor **Juan Pablo Duque Arbeláez** identificado con cédula de ciudadanía 79.979.536.
4. Elaboración y aprobación del acta.



En consecuencia, y toda vez que en el orden del día incluido en la convocatoria no se propuso adoptar decisión alguna sobre la presencia de personas extrañas a los accionistas, la discusión de dicho tema solo pudo haberse dado “...por decisión unánime de accionistas que representen la totalidad de las acciones en circulación de la sociedad”

Igualmente reposa dentro del expediente, como prueba documental, copia del Acta No. 20 del 26 de enero de 2022 de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. en la que a folios 3, 4, y 5, consta que **NO EXISTIÓ DECISIÓN UNÁNIME** ...”de accionistas que representen la totalidad de las acciones en circulación de la sociedad...” para que se discutiera, y menos aún se adoptara, la decisión de autorizar la presencia de los señores Esteban Villegas, Daniel Ochoa y Federico Escobar Benavides, pues el 22,02% de los accionistas se opusieron a dicha propuesta; veamos apartes de esos folios:

Toma la palabra el señor Alejandro Escobar Santa María para manifestar que se va a someter a votación la presencia de los invitados, y que si no se encuentra de acuerdo, le solicita al señor Juan Camilo Olaya emitir el voto en contra.

Manifiesta el señor Juan Camilo Olaya, con el ánimo de dejar constancia que la asamblea no es para personas externas y que no deben estar en la misma.

Total votos a favor: 13.931 acciones suscritas y pagadas, correspondientes a los accionistas **Vallata S.A.S., Insalna S.A.S. y M & M Dávila S.C.A.**

Total votos en contra: 3.934 acciones suscritas y pagadas, correspondientes a los accionistas **Equilibria Agro S.A.S. y Juan Pablo Duque Arbeláez.**

En virtud de lo anterior, la decisión fue aprobada por un 77,98% de los votos a favor y un 22,02% en contra.

En virtud de lo anterior, se aprueba la presencia de los invitados.

En consecuencia:

- a. La Asamblea discutió y adoptó una decisión relacionada con la presencia de invitados en la reunión.
- b. Dicho tema **NO ESTABA INCLUIDO** en la convocatoria.
- c. La decisión de discutir dicho tema **TENÍA** que estar aprobado por el 100% de las acciones en circulación.
- d. La propuesta **FUE RECHAZADA** por el 22,02% de las acciones en circulación. Por lo cual ni se podía discutir el tema, ni se podía votar.
- e. La Asamblea adoptó esta decisión en contravención a los estatutos sociales, los cuales son ley para las partes.

El artículo 190 del Código de Comercio establece que cuando las decisiones de una Asamblea de Accionistas se adopten en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces.



♦ **ARTÍCULO 190. <DECISIONES INEFICACES, NULAS O INOPONIBLES TOMADAS EN ASAMBLEA O JUNTA DE SOCIOS>**. Las decisiones tomadas en una reunión celebrada en contravención a lo prescrito en el artículo 186 serán ineficaces; las que se adopten sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, o excediendo los límites del contrato social, serán absolutamente nulas; y las que no tengan carácter general, conforme a lo previsto en el artículo 188, serán inoponibles a los socios ausentes o disidentes.

A su vez el artículo 186 ibidem indica que las reuniones se tiene que realizar conforme a lo prescrito en los estatutos sociales en cuanto a convocación y quorum.

♦ **ARTÍCULO 186. <LUGAR Y QUORUM DE REUNIONES>**. Las reuniones se realizarán en el lugar del dominio social, con sujeción a lo prescrito en las leyes y en los estatutos en cuanto a convocación y quórum. Con excepción de los casos en que la ley o los estatutos exijan una mayoría especial, las reuniones de socios se celebrarán de conformidad con las reglas dadas en los artículos 427 y 429.

E, igualmente, el artículo 433 del Código de Comercio, establece que todas las decisiones que se adopten en contravención a las reglas de esa sección serán ineficaces, refiriéndose a la sección I cuyo contenido son todas las normas sobre la Asamblea General de Accionistas, dentro de la cual está el artículo 425 previamente citado que indica que ***“La asamblea extraordinaria no podrá tomar decisiones sobre temas no incluidos en el orden del día publicado...”***.

♦ **ARTÍCULO 433. <DECISIONES INEFICACES>**. Serán ineficaces las decisiones adoptadas por la asamblea en contravención a las reglas prescritas en esta Sección.

Los mismos estatutos sociales señalan cómo está conformada la Asamblea de Accionistas, indicando en su artículo 33 que **solo harán parte de la misma** *“...los accionistas inscritos en el Libro de Registro de Accionistas, por sí mismos o por sus representantes legales o por sus mandatarios constituidos mediante poder escrito...”*. Vemos:

**CAPÍTULO VIII  
ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS**

**ARTÍCULO 33. Composición:** La Asamblea General de Accionistas estará integrada por todos aquellos accionistas inscritos en el Libro de Registro de Accionistas, por sí mismos o por sus representantes legales o por sus mandatarios constituidos mediante poder otorgado por escrito, reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en estos Estatutos y en la ley aplicable.

64

Entonces, según acuerdo estatutario, ninguna persona diferente a los accionistas, actuando por ellos mismos o a través de sus representantes legales o mandatarios debidamente constituidos, pueden hacer presencia en una Asamblea de Accionista de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S.



Como consecuencia de todo lo anterior, se equivoca el Juez de Primera Instancia al desestimar la pretensión de ineficacia de las decisiones adoptadas en Asamblea de Accionistas del 26 de enero de 2022, debiendo en consecuencia el Honorable Tribunal reponer dicha decisión y en su lugar conceder las mismas.

Ahora bien, habiendo quedado demostrado que la decisión de autorizar la presencia de los señores Esteban Villegas, Daniel Ochoa, y Federico Escobar Benavides es una decisión ineficaz, y que por lo tanto no podían estar presentes en la Asamblea.

Al no poder estar presentes en la Asamblea, menos aún pudieron ocupar los cargos de presidente y secretario, y por sustracción de materia, tampoco pudieron liderar el desarrollo de la reunión como en efecto lo hicieron, proponiendo la acción de responsabilidad civil en contra del administrador, contabilizando los votos a favor o en contra, y finalmente, dando fe con su firma (por demás ineficaz) de lo ocurrido en una reunión.

Y es que el artículo 419 del Código de Comercio igualmente señala quienes pueden conformar la Asamblea General de Accionistas, indicando que solo estará conformada por los accionistas reuniones con el quorum y en las condiciones previstas en los estatutos, vemos:

♦ **ARTÍCULO 419. <CONSTITUCIÓN DE ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS>**. La asamblea general la constituirán los accionistas reunidos con el quórum y en las condiciones previstas en los estatutos.

Y dicho artículo se encuentra igualmente dentro de la sección I cuyo incumplimiento de sus disposiciones general la ineficacia de las decisiones adoptadas en los términos del artículo 433 previamente citado.

Entonces:

- a. Al haber estado la Asamblea de Accionistas del 26 de enero de 2022 constituida por personas que no eran accionistas;
- b. Al ser dicha presencia violatoria de los estatutos sociales y la ley;
- c. Al generar dicha violación ineficacia de las decisiones que se adoptan;
- d. Al haber venido todas las proposiciones, conteo de votos, firma de acta, de un presidente y un secretario cuya presencia es ineficaz como quedó demostrado, todas las demás decisiones se adoptaron en contravención a lo establecido en la sección 1 (Artículos 419 a 432 del Código de Comercio) siendo todas ellas igualmente ineficaces.

Y es que de aceptarse la teoría del Juez de Primera Instancia sobre la adecuada presencia de los señores Villegas y Ochoa en la Asamblea (con la cual evidente estamos en desacuerdo como quedó dicho renglones atrás), igualmente se estaría equivocando la Superintendencia al indicar que pudieron ser designados como presidente y secretario, pues la autorización que ineficazmente otorgó la Asamblea sobre su presencia, fue **SIN VOZ NI VOTO**, esto es, fueron unos



convidados de piedra, que no podían opinar, decir, dar fe de nada, etc., y así se acepta en la misma sentencia, veamos:

Se pudo establecer además que las determinaciones adoptadas por el máximo órgano social de la compañía estuvieron encaminadas a someter a votación de la asamblea que los invitados, Esteban Villegas, Daniel Ochoa y Federico Escobar Benavides, permanecieran en la reunión sin voz y sin voto; así como la relacionada con el nombramiento en calidad de presidente y secretario de estas personas en la referida sesión asamblearia.

Adicional a lo anterior la misma Superintendencia, en la sentencia, incorpora apartes del concepto 220-042777 del 9 de mayo de 2019 en donde se indica con claridad absoluta la importancia de las figuras del presidente y del secretario, concluyendo que sin ellos es imposible iniciar y culminar una reunión de Asamblea de Accionistas, veamos:

*“La presencia del presidente y secretario son importantes en una reunión del máximo órgano social (llámese asamblea o junta de socios) lo cual es igualmente predicable respecto de las reuniones de la junta directiva, pues sin ellos es imposible iniciar y culminar una reunión; sin embargo su presencia no tiene porqué incidir en la toma de las decisiones de estos órganos, tampoco hay peligro de que puedan afectar la libertad de expresión y decisión de los miembros que la conforman como para pensar siquiera que puedan o deban existir (salvo las previstas en los estatutos) algunas inhabilidades como para limitar su designación, pues estas dos figuras simplemente deben ceñirse al desarrollo de sus funciones. El*

No se logra entender por parte de este apoderado judicial cómo la Superintendencia desestima las pretensiones de la demanda estando plenamente demostrado todo lo anterior.

Por último, pero no menos importante, se equivoca el Despacho al valorar la prueba del interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. con lo cual intenta restarle importancia a la presencia de los señores Villegas y Ochoa, veamos:

Por otra parte, quedó comprobado que la presencia de los señores Villegas y Ochoa recae en la necesidad de contar con un grupo de asesores legales que pudieran dirigir el desarrollo de la sesión asamblearia. Así lo reconoció el señor Sergio Saldarriaga Mesa, representante legal de Cítricos del Poblancó S.A.S, durante el interrogatorio oficioso practicado por el Despacho.<sup>6</sup>

Ni los estatutos sociales, ni el código de comercio establecen que la ineficacia de las decisiones depende del tema a tratar, o de la necesidad de la decisión, y menos aún de lo que diga **la parte demandada** en un interrogatorio de parte. La ineficacia de las decisiones es una sanción que se aplica por incumplimiento de las prescripciones de la sección 1 (Artículos 419 a 432) y no depende de lo que hayan querido o dejado de querer las partes con ello.



De hecho, mas adelante en la sentencia, la Superintendencia insiste en restarle importancia a la presencia de los señores Villegas y Ochoa como si la sanción de ineficacia de una decisión dependiera de ello, veamos:

Por otra parte, aunque el demandante alega como ineficaz la decisión encaminada a aprobar la permanencia o no de Esteban Villegas Palacio y Daniel Ochoa Giraldo en la reunión de asamblea del 26 de enero de 2022 que consta en Acta N.º 20, se estableció dentro del proceso que dicha proposición en la asamblea se debió a una discusión entre accionistas sobre la posibilidad de que personas que no tenían la calidad de accionistas pudieran permanecer en la reunión o si debían ser excluidas de la misma, sin que se tratara de un tema social, sino accesorio a la reunión.

No, se equivoca nuevamente el Despacho valorando las pruebas en su conjunto cuando hace esta afirmación. No se trataba de que asistieran “los amigos de una accionista que están de visita en la ciudad”. Se trató de supuestos acompañamiento de unos asesores legales que fueron los principales intervinientes y artífices de todas las discusiones que se suscitaron en el seno de la reunión. Fueron quienes tomaron la vocería (a pesar de haber sido **indebidamente** aprobada su presencia **SIN VOZ Y SIN VOTO**), computaron votos, resolvieron las discusiones de los accionistas a favor de los accionistas que los invitaron, etc.

Sin ninguna duda, todas las pruebas que reposan dentro del expediente indican que la presencia de los señores Villegas y Ochoa tenía como objeto y efecto tratar los temas sociales para los que fue convocada la Asamblea, y por ende la decisión de su permanencia o no en la misma **si tenía relación directa con los temas sociales y por ende se trató de una decisión social** ineficaz de pleno de derecho por tratarse de una reunión extraordinaria (tal y como fue citada), y por no contar la aprobación de discutir ese tema con el voto favorable del 100% de las acciones en circulación.

Y en dicho análisis continúa equivocándose la Superintendencia al advertir que en los estatutos no hay norma que impidiera la permanencia de dichas personas, veamos:

La discusión sobre la permanencia de estas personas o su exclusión se resolvió a través de las mayorías, teniendo en cuenta que no había normativa en los estatutos que lo impidiera.

Se reitera lo contemplado en el artículo 33 sobre cómo está compuesta la Asamblea General de Accionistas: “*estará integrada por todos aquellos accionistas...*”. Por lo anterior, si lo que se quiso fue que algunos abogados representaran a algunos accionistas, así se debió haber hecho mediante el otorgamiento de poderes especiales, implicando ello que los accionistas tuvieran que retirarse de la asamblea, pero no. Lo que se hizo **mal hecho** fue proponer a la Asamblea que se discutiera sobre la autorización de permitir la asistencia de dichas personas a la Asamblea, lo cual **NO FUE VOTADO POR UNANIMIDAD** como lo establece el artículo 36 de los estatutos sociales, siendo ineficaz dicha decisión como se advirtió anteriormente.



En una palabra, y a diferencia de lo dicho por el Despacho, si había normativa en los estatutos que lo impidiera.

Pero en este punto no paran los errores de la Superintendencia, nótese como hay un error grave en el análisis de los hechos y las discusiones que se dieron en la Asamblea del 26 de enero de 2022. Indica el despacho que la discusión sobre la presencia o no de los señores Villegas y Ochoa se dio al momento de elegir presidente y secretario; veamos:

Encontró también el despacho que la presencia de estas personas en la reunión se debió a que prestaban una asesoría legal a los accionistas que las invitaron, razón por la cual la discusión se presentó cuando se iba a escoger presidente y secretario; y en consecuencia se suscitó la controversia entre socios, pues dicha

Y una vez más, curioso, por decir lo menos, el esfuerzo que hace el Despacho para encontrarle sentido a algo que no lo tiene. Basta revisar el Acta No. 20 de Asamblea de Accionistas que reposa dentro del expediente para encontrar que lo anterior no es cierto, toda vez que dicha discusión se generó al momento en el que se verificó el quorum de la reunión; veamos:

Una vez lo anterior, toma la palabra el señor Juan Camilo Olaya para solicitar que se indique quien más se encuentra en la asamblea, manifestando que por ser asamblea de accionistas, sólo deben estar accionistas, y por lo anterior,

solicita que los que no sean accionistas o no estén representados a algún accionistas sean retirados de la asamblea.

Toma la palabra Germán Zapata Hurtado para manifestar que, en virtud de lo dicho por Juan Camilo Olaya, frente a la representación de los accionistas, solicita que se retire Juan Pablo Duque de la asamblea.

A lo cual, responde el señor Juan Camilo Olaya, para manifestar que Juan Pablo Duque es accionista y se representa el mismo, y que existe otro accionista que es Equilibria Colombia S.A.S. y que es este el que es representado por Juan Camilo Olaya, por lo anterior manifiesta que Juan Pablo Duque no tiene porqué retirarse.

Frente a lo anterior, manifiesta el señor German Zapata Hurtado, que es válida la aclaración.

Nótese como el señor German Zapata entiende y solicita igualmente que no haya personas diferentes a los accionistas y/o sus mandatarios, y entiende que Juan Camilo Olaya está como mandatario de la sociedad EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S.

Y posteriormente pretende nuevamente dar validez a una decisión ineficaz de pleno derecho **transformando** una reunión extraordinaria, en una reunión universal pretendiéndole dar los efectos de esta última a aquella.



Sobre este aspecto, es viable recordar que, como bien lo afirma el artículo 182 del Código de Comercio, es posible que la junta de socios o la asamblea se reúna válidamente cualquier día y en cualquier lugar sin previa convocatoria, cuando se hallare representada la totalidad de asociados. Este aspecto ha sido referido por la doctrina especializada al indicar que las reuniones de quórum universal convalidan cualquier defecto en la forma de convocar a los asociados, a causa de la concurrencia de todas las personas propietarias del capital social o de sus representantes o apoderados (...). En las reuniones universales el quórum del cien por ciento hace innecesario el cumplimiento de los requisitos previos relativos a la convocatoria, pues la ley permite al órgano rector se reúnan en cualquier lugar, aun fuera del domicilio social, y deja a los socios en libertad para tratar cualquier tema que consideren de interés".

Y no, no se trata de la misma reunión, ni los efectos de una y otra son los mismos. Para el caso que nos ocupa, estamos en presencia de una reunión extraordinaria, que fue citada como tal, y en la cual, desde su inicio, se presentaron expresamente las inconformidades correspondientes. No se trató de una reunión, en la cual **por casualidad** se encontraban todos los accionistas juntos, y decidieron constituirse en Asamblea de Accionistas Universal, en la cual, evidentemente, por la forma en que se conforma, hace imposible que haya convocatoria, y por ende, en ella se aprueba el orden de día. Diferente a las asambleas extraordinarias, en las cuales NO se aprueba el orden del día, sino que el mismo se lee.

En una palabra, los accionistas se encontraron presentes ese día como consecuencia de una convocatoria a **Asamblea Extraordinaria de Accionistas**.

### **SOBRE LOS ACUERDOS DE ACCIONISTAS, SU INCUMPLIMIENTO Y SUS EFECTOS.**

Al proferir la sentencia, la Superintendencia de Sociedades indica lo siguiente:

La demandada también afirmó a través del precitado escrito que resultaron ciertos los apartes relacionados con la suscripción de los acuerdos por parte de los accionistas; sin embargo, insistió en que "el mismo contenido del acuerdo [establecía] que el representante legal de la compañía [podría] ser removido en cualquier momento de su cargo. Por lo tanto, dicha disposición no tiene el alcance y efecto que la parte demandante le ha pretendido dar con la presente demanda."<sup>11</sup> Adicionó que "los socios pactaron que el representante legal de Equilibria se apersonara de la representación legal de la compañía. Lo anterior, con el fin que el manejo administrativo y técnico de la compañía estuviera a cargo de una persona. Pero dichos acuerdos, no manifestaban que el señor Duque pudiera ser representante legal de manera indefinida de la sociedad"<sup>12</sup>. Advirtió que el acuerdo suscrito por los demás accionistas incluía una cláusula por cuya virtud "en todo caso esta sociedad [podría] ser removida de la representación legal y la nueva elección [estaría] sujeta a lo establecido en los Estatutos de la Sociedad."<sup>13</sup>

Lo anterior se resume por parte del Despacho como consecuencia de que la parte DEMANDANTE acepta como ciertos los hechos QUINTO, y DÉCIMO TERCERO, los cuales presento de la siguiente manera:



## Hecho QUINTO de la DEMANDA:

**QUINTO.** Junto con el anterior contrato de suscripción de acciones, la sociedad INSALNA S.A.S. suscribió, el mismo 26 de octubre de 2017, un acuerdo de accionistas (Anexo No. 7) con la sociedad EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S. en virtud del cual se acordó que:

*“La representación legal y la administración de la sociedad estará a cargo de la misma persona que se encuentre registrada como representante legal de la sociedad EQUILIBRIA AGRO S.A.S. Esta Sociedad no tendrá ningún tipo de exclusividad con CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. y en consecuencia podrá suscribir cualquier contrato o prestar servicios a cualquier proyecto, aun cuando su objeto social se asemeje al del Proyecto Agroindustrial.”*

## Respuesta al hecho QUINTO en la contestación de la demanda:

**AL QUINTO.** Es cierto que firmó el acuerdo en comento, al cual me atengo a su integridad y literalidad. Al igual que lo señalado al contestar el hecho anterior, tal disposición no tiene el alcance que le pretende dar el demandante. Se reitera, el hecho que por cuestiones administrativas se establezca que una persona ejerza la administración de la compañía, de ninguna manera implica que pueda estar de manera indefinida como representante legal, y menos, cuando lastima a la sociedad.

Pero al margen de ello, el alcance que le pretende dar el demandante a esa cláusula, conforme a las normas del Código de Comercio es ineficaz, y, por lo tanto, no está llamada a producir efectos.

Aunado a lo anterior, el demandante cita de manera parcializada la cláusula del acuerdo de accionistas, especialmente el numeral 2.3, que dispone lo siguiente:

2.3. La remisión del representante legal estará sujeto a lo establecido en los Estatutos de la Sociedad.

Es decir que, al contrario de lo manifestado por la parte demandante, el representante legal no estaría de manera indefinida como administrador, sino que, conforme a los estatutos, y por supuesto la ley, podía ser removido del cargo. Respecto a esto último, si bien la cláusula habla de remisión, lo cierto, es que, de la lectura de ella, es claro que se refiere a remoción.

## Hecho DÉCIMO TERCERO de la DEMANDA:

**DÉCIMO TERCERO.** Como consecuencia de la aceptación de la oferta de acciones y suscripción de los contratos de suscripción de acciones respectivos, todos los accionistas de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. (A excepción del accionista INSALNA S.A.S. que ya lo había hecho) suscribieron ACUERDO DE ACCIONISTAS (Anexo No. 15) el día 21 de mayo de 2019 en virtud del cual, entre otras cosas, se acordó lo siguiente:

*“La representación legal y la administración de la sociedad estará a cargo de la misma persona que se encuentre registrada como representante legal de la sociedad EQUILIBRIA AGRO S.A.S. Esta sociedad no tendrá ningún tipo de exclusividad con CÍTRICOS DEL*



## Respuesta al hecho DÉCIMO TERCERO en la contestación de la demanda:

**AL DÉCIMO TERCERO.** Contiene varios hechos, sobre los cuales me pronuncio de la siguiente forma:

- Al hecho en el que se manifiesta que “*Como consecuencia de la aceptación de la oferta de acciones y suscripción de los contratos de suscripción de acciones respectivos, todos los accionistas de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. (A excepción del accionista INSALNA S.A.S. que ya lo había hecho) suscribieron ACUERDO DE ACCIONISTA*”

Es cierto, las partes suscribieron el precitado contrato, al cual me atengo a su interpretación integral y literalidad. Ahora bien, en lo que se refiere a la sociedad INSALNA me remito a lo expuesto al contestar el hecho 5° de la presente demanda.

- Respecto a que “el día 21 de mayo de 2019 en virtud del cual, entro otras cosas, se acordó lo siguiente:

*La representación legal y la administración de la sociedad estará a cargo de la misma persona que se encuentre registrada como representante legal de la sociedad EQUILIBRIA AGRO S.A.S. Esta sociedad no tendrá ningún tipo de exclusividad con CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. y en consecuencia podrá suscribir cualquier contrato o prestar servicios a cualquier proyecto, aun cuando su objeto social se asemeje al del Proyecto Agroindustrial. **En todo caso esta sociedad podrá ser removida de la representación legal y la nueva elección estará sujeta a lo establecido en los Estatutos de la Sociedad.**” (Negrillas fuera del texto)*

Es cierto, y me atengo al tenor literal del documento e interpretación en conjunto del mismo. Sin embargo, llamo la atención del Despacho en el sentido de indicar, que el mismo contenido del acuerdo **establece que el representante legal de la compañía podrá ser removido en cualquier momento de su cargo.** Por lo tanto, dicha disposición no tiene el alcance y efecto que la parte demandante le ha pretendido dar con la presente demanda. Esto es, que dicha disposición le permite al representante legal de Equilibria ser el representante legal de la compañía de manera indefinida.

Aunado a lo anterior, es importante indicar que el acápite que se encuentra en negrillas, **si bien refiere a que la sociedad podrá ser removida como representante legal, las partes se estaban refiriendo al representante legal de Equilibria.** Esa fue la intención de los contratantes, y es lo que se debe tener en cuenta al momento de interpretar dicha cláusula.

Entonces, se tiene que la parte DEMANDADA (sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S – **depositaria de los acuerdos de accionistas**) confiesa que conoce que los accionistas de la sociedad **suscribieron** los acuerdos, y lo hace (la confesión) sin reserva alguna; esto es, no dice por ejemplo, es cierto porque me lo contaron, es cierto porque algo oí en una reunión, NO; clara y simplemente confiesa que los accionistas suscribieron los acuerdos, y si así lo hace, fue porque



los tuvo a su entera disposición luego de haber sido depositados en cumplimiento de la ley y del mismo acuerdo de accionistas.

Hasta este punto se tiene entonces que, mediante prueba de confesión la parte DEMANDADA confiesa que los acuerdos de accionistas fueron suscritos por todos los accionistas, que conoce que los mismo fueron suscritos, y simplemente se limita a dar una interpretación diferente al contenido de los acuerdos.

**NUNCA**, ni en la contestación de la demanda, ni en el interrogatorio de parte a petición de parte, ni en el interrogatorio de parte de oficio, la parte DEMANDADA negó el deposito de los mismos, y es que no lo podría hacer, pues incurriría en los delitos de fraude procesal, falsedad en testimonio y posiblemente falsedad en documento privado.

Ahora bien, tampoco ninguno de los testigos (accionistas casi todos de la sociedad DEMANDADA) rechazó el deposito de los acuerdos, y sus declaraciones, todos los dan por suscritos y por depositados, pero al igual que la sociedad DEMANDADA discuten el alcance de sus estipulaciones. No obstante lo anterior, curiosamente, por decir lo menos, el Despacho de la Superintendencia concluye erradamente lo siguiente:

A la luz de lo anterior, y a pesar de los esfuerzos realizados por el Despacho por intentar subsanar el defecto probatorio a cargo del demandante, resta para este juzgador aceptar el argumento esbozado por el representante legal de Cítricos del Poblano S.A.S., por lo que a falta de prueba que permita establecer que los referidos acuerdos fueron depositados en las oficinas de la administración de la sociedad demandada, no se cumple el requisito a que alude el artículo 24 de la Ley 1258 de 2008.

Y entonces uno se pregunta: ¿Cuál es “el argumento esbozado por el representante legal de Cítricos del Poblano S.A.S... que llevó al Juzgador a dar por no probado el deposito de los acuerdos de accionistas y por ende a desestimar las pretensiones de la demanda?

Y vaya sorpresa la que nos encontramos cuando el despacho entiende una certificación, como un argumento esbozado, y que el despacho entiende que dicha certificación dice algo que en efecto no dice. Vemos que dice la certificación:



**CERTIFICO QUE:**

Una vez revisada la información societaria que hasta el momento ha sido entregada por el antiguo representante legal de la compañía, que corresponde, básicamente, a los libros de accionistas y a las actas de asamblea, no consta, figura o se evidencia ningún depósito y /o constancia recibo de los Acuerdos de accionistas firmados el 21 de mayo de 2019 y el 26 de octubre de 2017, por parte del representante legal registrado para el momento de suscripción de los acuerdos.

De igual manera, informo que desde la fecha en la que fui designado como representante legal de la sociedad, no he recibido por parte de los accionistas copia de los acuerdos de accionistas sobre los que se pide información acerca del depósito.

La presente certificación se expide a los 3 días del mes de abril de 2023, por solicitud del Superintendencia de Sociedades.

Hábilmente la certificación NO niega que los acuerdos de accionistas NO hayan sido depositados, y no lo hace por la sencilla razón de que no lo puede hacer pues como ya se advirtió renglones atrás, estarían incurriendo en por lo menos uno de tres delitos penales.

La certificación dice que:

1. La única información administrativa que tiene es el libro de accionistas y actas de asamblea.
2. Que en esos libros no consta, figura o se evidencia ningún depósito.
3. Y que desde que el asumió no ha recibido los acuerdos para depósito.

Pero en parte alguna **se certifica que los acuerdos de accionistas NO HAYAN SIDO DEPOSITADOS.**

Ahora bien, aunado a las confesiones de la parte DEMANDADA en la contestación de la demanda, a lo dicho en los interrogatorios de parte de oficio y a solicitud de parte, de los testimonios de los testigos (accionistas de la sociedad), **también reposa dentro del expediente** una certificación expedida por el señor JUAN PABLO DUQUE A. quien fuera representante legal de la sociedad CÍTRICOS DEL POBLANCO S.A.S. en donde afirma categóricamente que los acuerdos de accionistas si fueron depositados, veamos:



**QUINTO.** Los anteriores acuerdos de accionistas fueron suscritos y depositados ante la administración de la sociedad bajo mi administración y representación legal.

**SEXTO.** Por lo anteriormente dicho, puedo certificar bajo la gravedad del juramento que ya presté ante del Despacho, y que puedo prestar nuevamente cuando el Despacho así lo requiera, que los siguientes acuerdos de accionistas fueron depositados ante la administración de la sociedad en las siguientes fechas, reposando copia de ellos en los libros societarios,:

- a. Acuerdo de Accionistas suscrito el día 26 de octubre de 2017 entre las sociedades EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S. e INSALNA S.A.S. fue depositado por mi persona, como representante legal de la sociedad EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S. el mismo día 26 de octubre de 2017 tal y como fue autorizado en la cláusula 10.4. del mismo, a cuyo texto se lee:

*"10.4. Depósito. El presente Acuerdo será depositado en la Gerencia de la Sociedad por cualquiera de las Partes, dentro de los cinco (5) días siguientes a su celebración, de conformidad con el artículo 70 de la Ley 222 de 1995."*

- b. Acuerdo de Accionistas suscrito el día 21 de mayo de 2019 entre las sociedades EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S., M Y M DAVILA Y CIA S.C.A., INVERSIONES PRADO MONTE S.A.S. y JUAN PABLO DUQUE ARBELÁEZ fue depositado por mi persona, como representante legal de la sociedad EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S. el mismo día 21 de mayo de 2019 tal y como fue autorizado en la cláusula 8.4. del mismo, a cuyo texto se lee:

*"8.4. Depósito. El presente Acuerdo será depositado en las oficinas donde funcione la administración de la sociedad, por cualquiera de las Partes, dentro de los cinco (5) días siguientes a su celebración."*

Nótese como, cada uno de los acuerdos de accionistas tenían la obligación de ser depositados dentro de los cinco (5) días siguientes a su celebración. El plazo para depositarse el primero de ellos venció el 31 de octubre de 2017, y el segundo de ellos, venció el 26 de mayo de 2019.

Ni la sociedad DEMANDADA – Cítricos del Poblano S.A.S. – ni ninguno de sus accionistas ha hecho manifestación alguna sobre el no depósito de los acuerdos, y no lo ha hecho a lo largo de la vigencia de los mismos, y se reitera: **no lo harán** porque **si fueron depositados**.

Ahora bien, el artículo 176 del Código General del Proceso establece que las pruebas deben ser apreciadas en su conjunto de acuerdo con las reglas de la sana crítica, salvo que alguna norma exija una solemnidad para la existencia y/o validez de ciertos actos; veamos:

➤ **ARTÍCULO 176. APRECIACIÓN DE LAS PRUEBAS.** Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustancial para la existencia o validez de ciertos actos.

El juez expondrá siempre razonadamente el mérito que le asigne a cada prueba.

La ley no limita los mecanismos de prueba para que el Juzgador encuentre demostrado el depósito de un acuerdo de accionistas, pero en este caso, el Juez de primera instancia restringe el valor probatorio de todo el acervo que se encuentra dentro del expediente, y en su lugar, solo da valor probatorio a una certificación que **no dice lo que cree que dice**, y que adicionalmente es expedida **por una persona inmersa en un conflicto de interés** y que limita la misma en el tiempo.



Tiempo muy posterior al plazo que tenían los suscribientes de acuerdo para depositarlo, y que en efecto lo hicieron como se desprende de la clara falta de discusión en dicho sentido.

Como consecuencia de lo anterior, se solicita respetuosamente al Honorable Tribunal se sirva revocar la sentencia de primera instancia, y en su lugar darle plenos efectos de oponibilidad al acuerdo, y consecuentemente fallar de fondo dando aplicación a los acuerdos de accionistas correspondientes.

Hecho lo anterior, el Juez de Primera Instancia da por válidos y lícitos los acuerdos de accionistas, en los siguientes términos:

Hasta aquí, al margen de las discusiones que surgieron alrededor del contenido y la interpretación dada a las cláusulas transcritas y con el ánimo de verificar el cumplimiento de los requisitos formales, el Despacho encontró probado que los pactos resultaron lícitos y constaron por escrito.

A los pactos a los que se refiere el Despacho en el aparte anterior, son los siguientes:

Ahora, sobre las materias pactadas en los acuerdos objeto de controversia, encontró el Despacho los siguientes aspectos.

El primero de ellos estuvo relacionado con las cláusulas pactadas en acuerdo del 26 de octubre de 2017. Para este caso, a través de un acápite al que los accionistas denominaron “*Segunda – Administración de la sociedad*”,<sup>18</sup> se incluyó el numeral 2.1. que estableció que “las partes acuerdan que la representación legal y la administración de la Sociedad estará a cargo del Operador o quien lo represente”.<sup>19</sup> Según las definiciones pactadas en el referido convenio, cuando se hacía referencia al Operador correspondía a Equilibria Agro S.A.S., o a quien está cediera la administración del proyecto agroindustrial.

Sobre las cláusulas pactadas en acuerdo del 21 de mayo de 2019, se tiene que a través del acápite denominado “*Segunda: Administración de la Sociedad*” se estableció que “la representación legal y la administración de la sociedad estará a cargo de la misma persona que se encuentre registrada como representante legal de la sociedad [Equilibria Agro S.A.S.] (...). En todo caso esta sociedad podrá ser removida de la representación legal y la nueva elección estará sujeta a lo establecido en los Estatutos de la sociedad.”<sup>20</sup>

Igualmente señala el despacho que la impugnación de las decisiones como consecuencia de la no aplicación de un acuerdo de accionistas, solo será procedente “*en aquellos casos en los que, al descontar los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, no se obtenga la mayoría requerida para aprobar la respectiva determinación en los términos del artículo 190 del Código de Comercio.*” Vemos:



Por otra parte, ya en reiterada jurisprudencia, esta Delegatura ha afirmado que, "la única manera de entender estos efectos, en el contexto de pactos de votación, consiste en permitir la impugnación de decisiones sociales que fueron aprobadas con el cómputo de votos emitidos en contravención de un acuerdo oponible. Por supuesto que la impugnación sólo será procedente en aquellos casos en los que, al descontar los votos emitidos en contra del acuerdo oponible, no se obtenga la mayoría requerida para aprobar la respectiva determinación, en los términos el artículo 190 del Código de Comercio."<sup>10</sup>

Dentro del caso que nos ocupa, al descontar los votos emitidos en contravención de los acuerdos de accionistas, se tendría que la decisión de iniciar acción social de responsabilidad en contra del administrador social hubiera sido desfavorable en la medida que solo se contaría con los votos negativos de los accionistas JUAN PABLO DUQUE A. y EQUILIBRIA COLOMBIA S.A.S. representantes en conjunto del 22,02% de las acciones suscritas.

Como consecuencia de haberse desestimado las pretensiones como consecuencia de supuestamente no se oponible el acuerdo de accionistas a la sociedad por supuestamente no haber sido depositado, el Despacho no se pronunció sobre el alcance de las cláusulas de los acuerdos de accionistas, y en dicho sentido ninguna impugnación cabría sobre ello. En este punto, basta remitirme a lo dicho en los alegatos de conclusión, para que, una vez revocada la sentencia por los fallos endilgados, el Honorable Tribunal en sede de instancia, falle de fondo sobre los puntos que no lo hizo lo Superintendencia.

El problema jurídico desatado dentro del proceso en este punto consiste en determinar si las cláusulas por medio de las cuales se modifica el régimen de permanencia de los administradores sociales en su cargo puede ser modificada por común acuerdo entre las partes o no. Y sobre ello, se debe hacer el siguiente análisis:

1. Estamos ante una sociedad del tipo de las sociedades por acciones simplificadas (S.A.S.)
2. La ley 1258 de 2008 regula todo lo concerniente a este tipo de sociedades, dando un alto grado de discrecionalidad a los accionistas para regular sus propias relaciones en las condiciones que lo estimen conveniente, salvo que haya una norma imperativa en contrario en la ley 1258, o una norma imperativa de las sociedades anónimas.
3. La misma Superintendencia en Oficio 220-052766 del 1º de mayo de 2011 ha indicado que **si existe la posibilidad** de establecer un administrador vitalicio para una Sociedad Por Acciones Simplificada, y en este sentido ha indicado específicamente que: "...la Entidad ha manifestado que en el marco de la Ley 1258, efectivamente es permitida esa figura, amén de las consideraciones que se exponen en el **Oficio 220-170711 del 28 de Noviembre de 2009** y que entre otras, supone que la permanencia en el cargo del administrador vitalicio, se sujeta a la aceptación del mismo de continuar ejerciendo tal calidad en la compañía." Veamos:



3. **Administrador vitalicio.** En el entendido que la hipótesis a partir de la cual se analiza la posibilidad de estipular en los estatutos de una SAS la figura de un administrador vitalicio, excluye la aplicación del artículo 198 del Código de Comercio, que consagra el conocido principio de la libre remoción de los administradores o, postulado de la no inamovilidad de los administradores, la Entidad ha manifestado que en el marco de la Ley 1258, efectivamente es permitida esa figura, amén de las consideraciones que se

exponen en el **Oficio 220-170711 del 28 de Noviembre de 2009** y que entre otras, suponen que la permanencia en el cargo del administrador vitalicio, se sujeta a la aceptación del mismo de continuar ejerciendo tal calidad en la compañía.

En esa oportunidad fueron consultados entre otros los alcances de las Sentencias C-434 de 1996, T-632 de 2007 y, C-384 del 23 de 2008, todas de la H. Corte Constitucional, para explicar bajo qué condiciones es viable contemplar en los estatutos sociales la figura de un administrador vitalicio, desde dos puntos de vista diferentes. El primero de ellos, atinente a la posibilidad de establecer la comentada cláusula al momento de constituirse la sociedad, y el segundo, relativo a la estipulación de la cláusula durante el funcionamiento de la sociedad a través de una reforma estatutaria.

Y el oficio No. 220-170711 del 28 de noviembre de 2009 señala que:

**“ ¿Puede establecerse en los estatutos de una sociedad por acciones simplificadas la institución de un administrador vitalicio (miembro de junta directiva o cualquier otro administrador)?.”**

Para absolver este cuestionamiento, se debe partir de la premisa consistente en que la sociedad por acciones simplificada, se sujeta en primer lugar, a lo dispuesto en la Ley 1258 de 2008, en segundo lugar a lo estipulado en los propios estatutos de la compañía, en tercer lugar a las normas de las sociedades anónimas, y por último, en cuanto no resulten contradictorios, a los artículos generales del Código de Comercio que rigen a las sociedades previstas en dicho Código (artículo 45 Ley 1258 de 2008).

De esta suerte, y dado que la hipótesis formulada apunta a dilucidar si es viable pactar en los estatutos sociales de una sociedad por acciones simplificada la figura de un administrador vitalicio, se excluye desde ya la aplicación del artículo 198 del Código de Comercio, el que consagra el conocido principio de la libre remoción de los administradores, o lo que es lo mismo, el postulado de la no inamovilidad de los administradores.

En consecuencia, la discusión sobre si se puede pactar en un acuerdo de accionistas las cláusulas que fueron pactadas en los acuerdos que nos ocupa, la respuesta es SI.

Al decantarse el anterior problema jurídico, queda entonces determinar si el presidente y secretario (cuya decisión de asistir a la Asamblea es ineficaz) podían computar los votos de los accionistas que estaban actuando en contravención a los acuerdos, debiéndose llegar a la conclusión de que no, y en consecuencia, las decisiones adoptadas dentro de la Asamblea de Accionistas del 26 de enero de 2022 resultan absolutamente nulas por, en los términos del artículo 190 del Código de Comercio, haberse tomado sin el número de votos previstos en los estatutos o en las leyes, y excediendo los límites del **contrato social**.

Se tiene entonces que en el párrafo 3 del artículo 46 del contrato social se establece la prevalencia de los acuerdos de accionistas sobre las estipulaciones del contrato social, estableciéndose un límite al mismo. Veamos:

**PARÁGRAFO 3:** Los Acuerdos de Accionistas serán de obligatorio cumplimiento y las disposiciones contenidas en los mismos prevalecerán sobre cualquier otro tipo de acuerdo, incluyendo estos Estatutos, para los accionistas que hagan parte de dicho Acuerdo de Accionistas.



Igualmente el inciso segundo del parágrafo 4º del mismo artículo indica que, cuando haya discrepancia sobre alguna disposición del acuerdo de accionistas, los accionistas no tomarán ninguna decisión, so pena de inoponibilidad de dicha decisión. Vemos:

*Las Partes se comprometen a no tomar ninguna decisión mientras no se modifique el Acuerdo de Accionistas so pena de inoponibilidad, si alguna disposición del acuerdo de accionista llegare a ser (a) considerada de común acuerdo por todas las partes de ese acuerdo, o (b) declarada como inválida o reconocida como ineficaz a través de decisión que preste mérito de cosa juzgada de última instancia de conformidad con las normas vigentes.*

En consecuencia, si algunos accionistas tenían inconformidades con las cláusulas del acuerdo de accionistas, no estaban de acuerdo con su regulación, o su interpretación, el presidente y secretario de la Asamblea (asistentes de manera ineficaz como ya quedó dicho) y tras haberse puesto en discusión la aplicación del acuerdo de accionistas dentro de la misma Asamblea, debieron haber impedido la toma de cualquier decisión en dicho sentido, por inoponible, y en su lugar, velar para que los accionistas de común acuerdo la considerarán inválida o en su defecto buscar la declaratoria de nulidad o ineficacia ante la autoridad judicial competente.

Mientras no ocurra lo anterior, se entienden válidas, eficaces y por ende oponibles las cláusulas del acuerdo de accionistas, y en dicho sentido no debieron computarse los votos de los accionistas que votaron en contravención al acuerdo, con independencia de que ellos considerarán que la cláusula era supuestamente ineficaz por una supuesta violación del artículo 198 del Código de Comercio, que como ya se demostró, no aplica para las sociedades por acciones simplificadas.

Como consecuencia de todo lo anterior, respetuosamente se solicita al Honorable Tribunal Superior de Bogotá, se sirva revocar la sentencia, y en su lugar conceder las pretensiones de la demanda.

### **SOBRE LA CONVOCATORIA A LA ASAMBLEA GENERAL DE ACCIONISTAS CELEBRADA EL DÍA 21 DE FEBRERO DE 2022**

Sobre este asunto, se equivoca el Despacho al realizar las siguientes afirmaciones:

*Ahora, comoquiera que por expresa disposición del numeral 5º del artículo 28 del Código de Comercio, el acta que contiene la decisión está sujeta a registro mercantil, este acto puede ser objeto de impugnación ante esa instancia. Sin embargo, dicha actuación no otorga al representante legal removido la posibilidad de seguir ejerciendo actos de administración, pues el querer del máximo órgano social fue precisamente su remoción.*

Lo ha dicho la Corte Constitucional en sentencia C-621 de 2003 y la misma Superintendencia en reiterada doctrina: Mientras no quede en firme el acto de registro por medio del cual se nombra



el reemplazo de una persona que está inscrita en el registro mercantil, **tiene** que seguir cumpliendo con sus derechos y obligaciones.

No se trata, como lo dice el Juez de primera instancia, que el administrador **tenga la posibilidad** de seguir ejerciendo el cargo, se trata de **que tiene la obligación de seguirlo haciendo**, y en dicho sentido, está obligado, so pena de incumplimiento de sus funciones y las consecuencias económicas que ello pueda acarrear, a cumplir con la solicitud de convocatoria que le hagan accionistas legitimados para ello, para convocar a Asamblea, seguir rindiendo informes de gestión en los momentos legal o estatutariamente exigidos, así como seguir representando a la sociedad.

Si bien es cierto el artículo 25 de ley 222 de 1995 indica que la aprobación de la decisión de iniciar acción social de responsabilidad implica la remoción del administrador, también lo es que dicha remoción tiene un procedimiento, unos tiempos y unos requisitos que cumplir, como lo es, que se nombre el reemplazo de dicho administrador.

Continúa el Despacho diciendo lo siguiente:

Entonces, al resultar la sociedad acéfala de representación, lo propio es que la suplencia pueda ejercer dicho cargo al interior de la compañía mientras se nombra su reemplazo; caso en el cual, sí es posible ejecutar las funciones que se encontraban a cargo del administrador principal, en lo que atañe a las convocatorias debidas. De hecho, tal y como lo ha dicho la doctrina especializada *“en realidad, lo que es objeto de inscripción y publicidad obligatoria es la decisión de emprender una acción social de responsabilidad contra determinado administrador, pero no lo correspondiente a la consecuencia legal que se desprende de dicha decisión, consistente en determinar la remoción automática e inmediata del administrador afectado, pues dicho efecto, al no requerir decisión, opera como una forma especial de registro meramente declarativo que ya no depende de la suerte del registro del acta que contenga la acción social.”*<sup>34</sup>

No se trata de que la sociedad se queda acéfala, pues por expreso mandato legal (artículos 164 y 442 del Código de Comercio) así como por expreso mandato jurisprudencia (Sentencia C-621 de 2003) la sociedad NO se queda acéfala, la sociedad sigue operando a través de su representante legal principal (no suplente) hasta tanto no se nombre su reemplazo y dicho nombramiento quede en firme. Vemos:

### Sentencia C-621 de 2003

Como puede verse, el alcance normativo de las anteriores disposiciones consiste en establecer que la designación de representantes legales y revisores fiscales sólo produce efectos jurídicos cuando ha sido inscrita en el registro mercantil. Ahora bien, cuando por cualquier causa (renuncia, remoción, muerte, etc.), la persona cuyo nombre aparece inscrito deja de ocupar cargo, el sólo registro de este hecho no es suficiente para que cesen sus obligaciones y responsabilidades como tal, pues lo que determina esta cesación no es el registro de la renuncia, remoción, muerte, incapacidad o cualquier otra circunstancia que ponga fin al ejercicio de sus funciones, sino la inscripción como representante legal o revisor fiscal de la persona llamada a reemplazarlo.



## Oficio 220-051736 del 1º de marzo de 2022 Supersociedades

“2. ¿Un representante legal que fue removido en virtud de la acción social de responsabilidad y respecto del cual no se nombró (o inscribió) el reemplazo, debe quedar inscrito en el registro mercantil hasta tanto se nombre un reemplazo?

Efectivamente, hasta tanto se inscriba en el Registro Mercantil la designación del reemplazo del administrador removido, continuará apareciendo como administrador el sujeto removido en virtud de la acción social de responsabilidad. La Corte Constitucional, al evaluar la legalidad de los artículos 164 y 422 del Código de Comercio previó sobre el particular lo siguiente: “(...) Los anteriores condicionamientos hacen que la permanencia en el registro mercantil de la inscripción del nombre de quien venía ejerciendo la representación legal o la revisoría fiscal de la sociedad se mantenga una vez producida la causa de su desvinculación, como una forma de garantía a los intereses de terceros y por razones de seguridad jurídica. (...)”

3. En caso de que la respuesta anterior sea afirmativa, ¿No haría inocua la norma de remoción, cuya norma busca evitar perjuicios a la sociedad? Como se expuso anteriormente, en criterio de esta Oficina, **la remoción del administrador a través de la acción social de responsabilidad implica para la sociedad que la designación del nuevo administrador cumpla con los requisitos en cuanto a convocatoria, quorum, mayorías, entre otros.** Por lo anterior, al órgano societario respectivo le corresponderá la decisión correspondiente al nombramiento y proceder a la inscripción de dicho nombramiento en el registro mercantil.”

## Auto No. 2023-01-664994 del 18 de agosto de 2023 Supersociedades

Por lo anterior, no encuentra el Despacho que la situación descrita por el apoderado judicial de Cítricos de Poblano S.A.S. se enmarque en la causal descrita por el legislador, **para considerar que la situación desplegada por Monticello Citrus S.A.S. constituya una enfermedad grave que le impida continuar actuando en este trámite judicial, pues conforme se ha expresado, por un lado nos encontramos en presencia de una persona jurídica sobre quien no podría precaverse dicha situación,** además de no hallarse probada la existencia de las consecuencias ocasionadas por una enfermedad grave que le impida a la parte demandada ejercer los derechos de contradicción y defensa en este proceso; por otro lado, **es claro que conforme a lo expuesto por la corte en la sentencia descrita, el representante legal que se encuentre figurando en el registro mercantil seguirá ejerciendo únicamente para efectos procesales, judiciales o administrativos, como le atañe en el presente proceso.**

## Oficio 220-170425 del 4 de agosto de 2017 Supersociedades

En cuanto a la consecuencia subsiguiente de la remoción del administrador contra quien se hubiere aprobado la acción en cuestión, es pertinente indicar que esta opera de manera inmediata pero, como quiera que debe ser inscrita en el registro mercantil, es preciso esperar a que se surtan los recursos de ley respecto de la inscripción, si los hubiere, con el fin de que produzca plenos efectos. Existe un pronunciamiento de esta Superintendencia, emitido a través del Oficio 220-011590 del 6 de febrero de 2011, en el cual se expresó de la siguiente manera acerca del efecto que tiene la acción social de responsabilidad, consistente en la remoción del administrador contra el cual se aprueba: ‘...1. *Con el objeto de que sea pública la decisión de acción social de responsabilidad que tiene como consecuencia la remoción del administrador es necesario que sea inscrita el acta contentiva de la misma.*



3. La decisión de remoción, sujeta a la inscripción queda pendiente de decisión, por lo tanto el efecto pretendido queda en suspenso hasta que sean decididos los recursos. Desde luego, los recursos interpuestos no implican que los interesados deban esperar para iniciar ante las autoridades judiciales la acción de responsabilidad con el objeto de resarcir los perjuicios que afirman ha causado el administrador.
4. Hasta tanto no sean definidos los recursos el administrador permanece en ejercicio de su cargo, atendiendo los deberes que le son conferidos por los estatutos y por la ley.<sup>1</sup>

Y en este sentido, toda la jurisprudencia y doctrina de la Superintendencia de sociedades en torno a la obligación que tiene el representante legal (administrador) de estar obligado a seguir actuando en su cargo hasta tanto quede removido del registro mercantil.

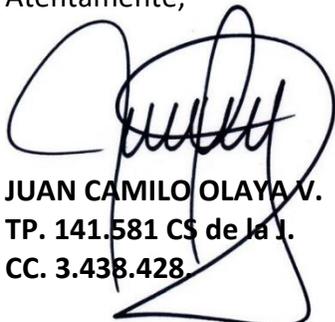
En consecuencia, para el día en que fue convocada la Asamblea de Accionistas llevada a cabo el 21 de febrero de 2022, el señor Juan Pablo Duque A. aún figuraba como representante legal principal de la sociedad, recayendo sobre él todas las obligaciones y deberes de administrador social principal, no pudiendo, en consecuencia, actuar el representante legal **suplente** que como bien igualmente lo ha dicho la Superintendencia de Sociedades, solo está ahí para suplir al principal en sus ausencias. Ausencias que en el caso que nos ocupa no se han dado; veamos:

#### **Oficio 220-118207 del 13 de junio de 2017 Supersociedades.**

la sociedad sin necesidad de que se de la circunstancia anterior". En resumen, se tiene que la actuación del suplente está circunscrita exclusivamente a la imposibilidad temporal o definitiva del principal para actuar. Mientras el principal se encuentre en uso de sus funciones, no hay lugar a que el representante legal lo supla, por lo tanto, mientras no actué como suplente del principal, el suplente no será considerado administrador de la compañía, por lo tanto, no le asisten los derechos ni las obligaciones que la ley y los estatutos confieren al representante legal principal. (El resaltado de este párrafo no es del oficio). "(.....)".<sup>1</sup>

Como consecuencia de todo lo anterior, se solicita nuevamente al Honorable Tribunal Superior de Bogota, de manera respetuosa, se sirva revocar la sentencia impugnada, y en su lugar se profiera una decisión que declare probados los hechos de la demanda, así como concedidas las pretensiones de la misma.

Atentamente;



**JUAN CAMILO OLAYA V.**  
TP. 141.581 CS de la J.  
CC. 3.438.428.

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO RV: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN - Acción de protección del consumidor financiero No 1001319900320220078101

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota  
<secscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Mié 06/09/2023 15:41

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

 1 archivos adjuntos (240 KB)

RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN - Acción de protección del consumidor financiero No 1001319900320220078101.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA LOZANO RICO

Cordial Saludo,

**OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA**  
Secretario Sala Civil  
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá  
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305  
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349  
Email: secscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

---

De: DIEGO RICARDO ROSERO PINZA <drppinza@hotmail.com>

Enviado: miércoles, 6 de septiembre de 2023 15:35

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Seccional Bogota <secscatribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Asunto: RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN - Acción de protección del consumidor financiero No 1001319900320220078101

Bogotá D.C., septiembre de 2023

HONORABLES MAGISTRADOS  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**

Atentamente,  
HONORABLE MAGISTRADO PONENTE  
**AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

**REF:** RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN.

**PROCESO:** Acción de protección del consumidor financiero

**No RADICACIÓN:** 1001319900320220078101

**DEMANDANTE:** DIEGO RICARDO ROSERO PINZA y OTROS.

**DEMANDADOS:** BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

Bogotá D.C., septiembre de 2023

HONORABLES MAGISTRADOS  
**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ**  
**SALA CIVIL**

Atentamente,  
HONORABLE MAGISTRADO PONENTE  
**AÍDA VICTORIA LOZANO RICO**

**REF:** RECURSO DE REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN.  
**PROCESO:** Acción de protección del consumidor financiero  
**No RADICACIÓN:** 1001319900320220078101  
**DEMANDANTE:** DIEGO RICARDO ROSERO PINZA y OTROS.  
**DEMANDADOS:** BBVA SEGUROS DE VIDA COLOMBIA S.A.

---

**ÁLVARO ANDRÉS GONZÁLEZ MURIEL**, persona mayor de edad, domiciliada y residente en Pasto, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, en mi calidad de apoderado judicial de: **DIEGO RICARDO ROSERO PINZA**, identificado con la cédula de ciudadanía número 1.085.263.186 de Pasto, **JUAN ALEJANDRO PINZA HIDALGO**, identificado con la cedula de ciudadanía No. 1.085.332.420 de Pasto Nariño y **SOFIA ALEJANDRA PINZA HIDALGO**, menor de edad identificada con la T.I. 1.080.044.548, de Pasto Nariño representada legalmente por su hermano **DIEGO RICARDO ROSERO PINZA**; todos ellos en calidad de hijos de LUZ DE FÁTIMA PINZA HIDALGO (Q.E.P.D), quien se identificaba con la cedula de ciudadanía No. 30.733.860 de Pasto y en condición de demandantes dentro de la **ACCIÓN DE PROTECCIÓN DEL CONSUMIDOR FINANCIERO**, identificada en la referencia, como lo regula la Ley 1480 de 2011 y el artículo 24 numeral 2 del Código General del proceso. Por medio del presente escrito interpongo Recurso de **REPOSICIÓN Y EN SUBSIDIO EL DE APELACIÓN** contra el auto fechado del primero (1) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), el cual fue publicado en los estados electrónicos el día 4 de septiembre del presente año, providencia que no tiene ni parte considerativa ni resolutive.

Sustento mi recurso con base en los siguientes:

**FUNDAMENTOS DE HECHO Y DE DERECHO:**

1. El día 16 de enero del 2023, en la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, se llevó a cabo audiencia pública del artículo 373 del C.G.P., en donde se dictó sentencia de primera instancia.
2. A pesar de haberse dictado sentencia, por mi parte se presentó recurso de apelación, **SUSTENTÁNDOLO DE MANERA VERBAL** en aquella oportunidad y en debida forma.

Sin embargo y revisado el expediente digital, en la carpeta denominada "01 CUADERNO PRINCIPAL", no hay evidencia de las videograbaciones de la sentencia proferida y por tanto los archivos hacen falta y por tanto ustedes Honorables Magistrados no lo han podido revisar.

Aquellos archivos que no se encuentran son los numerados con los "115" y "116"; motivo por el cual no ha sido posible su correcta revisión con el fin de que puedan observar mi sustento al recurso de apelación.

Es por eso que en el acta de sentencia en el archivo "113 FALLO ACCEDE A PRETENSIONES", ustedes pueden ver claramente que el COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES UNO transcribe "...*RECURSO DE APELACIÓN: Presentado el recurso de Apelación contra de la sentencia acá proferida por la parte actora y la entidad financiera demandada, se concede en efecto SUSPENSIVO ante Tribunal Superior de Bogotá – Sala Civil. Por secretaria remítase la actuación, previas las constancias del caso y la verificación de la presentación de los reparos concretos en oportunidad, por parte de los apelantes. **SE DEJA CONSTANCIA QUE PRESENTÓ LOS REPAROS CONCRETOS LA PARTE ACTORA EN AUDIENCIA, más no la entidad financiera** quien para tal efecto se tomará los tres días siguientes en aplicación del artículo 322 del Código General del Proceso...*"

Y como podrán observar al analizar las videograbaciones de la sentencia, la contraparte NO sustentó su recurso de apelación.

3. Además de haberlo sustentado de manera verbal en aquella audiencia, se tuvo la precaución de VOLVER a sustentar el recurso de apelación mediante escrito fechado jueves, 19 de enero de 2023 a las 4:28 p.m., dirigido ante el correo electrónico del Grupo de Funciones Jurisdiccionales uno de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA, en donde se volvió a exponer todos los argumentos en contra de la sentencia de primera instancia con el exclusivo fin de que por su parte sea tan solo estudiado y resuelto el recurso por nuestra parte formulado.  
Recurso que se puede visualizar en los archivos PDF obrantes de la carpeta de "01CuadernoPrincipal" del proceso de la referencia y denominados "123. Recurso de Apelación" y "124. Anexo correo.pdf": los mismos que posiblemente no han podido ustedes observar.
4. Que, al revisar el expediente digital, me encuentro con la gran sorpresa de que mediante Auto fechado quince (15) de febrero de dos mil veintitrés (2023), por su parte NUEVAMENTE Y POR TERCERA VEZ solicitan que se sustente por escrito el recurso de apelación por mi parte formulado.
5. Aunado a ello mediante auto de fecha 31 de marzo del año 2023, el Honorable Tribunal ha declarado desierto el recurso interpuesto a la sentencia de primera instancia realizada por la Superintendencia Financiera de Colombia, al no encontrar sustento en forma oportuna del recurso formulado.
6. Sin embargo, tal y como se explicó anteriormente, aquel recurso de apelación por mi parte propuesto ya fue debidamente sustentado en debida forma tanto en audiencia como en escrito enviado ante el Coordinador del Grupo de Funciones Jurisdiccionales uno de la SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA.
7. Así las cosas, sería una sobrecarga procesal por su parte pedida, pues no hay cabida a que se sustente un recurso de apelación en TRES OCASIONES.  
Y querer declararlo desierto por no sustentar una de las tres veces, cuando ya se sustentó en debida forma y en dos veces anterior a ello, se estaría violando claramente el derecho a la defensa, debido proceso y acceso a la justicia de mi poderdante.

Pues como nos pregona el artículo 332 del Código General del Proceso en su numeral tercero: "...**Artículo 322. Oportunidad y requisitos.** El recurso de apelación se propondrá de acuerdo con las siguientes reglas: (...)

3. En el caso de la apelación de autos, el apelante deberá sustentar el recurso ante el juez que dictó la providencia, dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, o a la del auto que niega la reposición. Sin embargo, cuando la decisión apelada haya sido pronunciada en una audiencia o diligencia, el recurso podrá sustentarse al momento de su interposición. Resuelta la reposición y concedida la apelación, el apelante, si lo considera necesario, podrá agregar nuevos argumentos a su impugnación, dentro del plazo señalado en este numeral.

**Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior.**

*Para la sustentación del recurso será suficiente que el recurrente exprese las razones de su inconformidad con la providencia apelada.*

8. De las reglas establecidas por el artículo en comento, se tiene que una vez Proferida Sentencia de Primera Instancia de parte del delegado de la Superintendencia Financiera de Colombia, para el asunto de narras, se procedió en el término legal del artículo en comento, a sustentar en forma **VERBAL Y ESCRITA** el día 19 de enero de 2023.
9. A contrario sensu, aquel procedimiento NO fue realizado por la parte pasiva del proceso, pues en la audiencia de juzgamiento, la pasiva no sustentó el recurso tal y como consta el acta de sentencia, motivo por el cual el alto tribunal, en las actuaciones realizadas, incorrectamente solicitó el sustento de recurso de ambas partes cuando en realidad si debió hacerlo con la pasiva.
10. Por lo tanto y en virtud del artículo 322 y 327 del C.G.P., por su parte no se nos debió volver a pedir sustentación del recurso, sino analizarlo en los términos ya sustentados y proceder a su fallo.
11. Así las cosas y en virtud al artículo 13, 29 Constitucional, es pertinente reconsiderar la postura decretada en auto de fecha 31 de marzo de 2023, en la que se desfavorece nuestro actuar procesal, mismo desplegado por el extremo del litis, sin que tenga el mismo resultado, dando, con el debido respeto a la diligencia pendiente del artículo 327 del C.G.P.
12. Honorables Magistrados, no podemos atarnos a lo ya decidido mediante los autos hoy pretendidos dejar sin efectos, ya que por vía jurisprudencial se contempla que **LOS AUTOS MANIFIESTAMENTE ILEGALES NO COBRAN EJECUTORIA** y por consiguiente no atan al juez (antiprocesalismo) pues la Corte Constitucional mediante sentencia T-1274 de 2005 ha manifestado que "*como se puede apreciar la jurisprudencia de la corte constitucional en garantía del debido proceso a (sic) definido alcances a esta figura la cual no puede ser indefinida en el tiempo, a efectos de garantizar la seguridad que deben pregonar los jueces de la republica*" y varias han sido las manifestaciones de la Corte Suprema de Justicia y del Consejo de Estado en el sentido de que, "*el auto ilegal no vincula procesalmente al juez en cuanto es inexistente*", y en consecuencia, "*la*

*actuación irregular del juez, en un proceso, no puede atarlo en el mismo para que siga cometiendo errores”.*

Claro ejemplo el auto inicial que fue proferido el quince (15) de febrero de 2023 y el auto que declaro desierto el recurso de apelación fechado treinta y uno (31) de marzo de 2023, son a toda luz ilegales, pues existe una sobrecarga procesal impuesta por su despacho hacia mi parte.

Cuando tan solo debió pedir el sustento del recurso a la pasiva y que sin embargo estos autos no pueden ser camisa de fuerza para atar una decisión arbitraria afectando los derechos fundamentales de mis prohijados.

Recordándole a ustedes señores Magistrados que represento los intereses de la menor SOFIA ALEJANDRA PINZA HIDALGO, y que su decisión afectaría sus derechos, pasando por encima a un sujeto de especial protección como lo es por ser menor de edad. Y que, en el presente caso, ya se ha desplegado una especial labor tanto por Procuraduría como por defensoría de familia y mal estaría pasar por alto las actuaciones realizados por aquellas autoridades administrativas, pues los derechos de la menor no estarían verdaderamente protegidos.

- 13.** El día 31 de agosto de 2023, se radicó ante su despacho solicitud para dejar sin efectos los autos fechados del 15 de febrero y 31 de marzo del 2023 proferidos dentro del proceso de la referencia, por ser claramente arbitrarios, ilegales, ***ANTIPROCESALES*** y estar en contravía a los derechos de acceso a la justicia, debido proceso, defensa y vulnerar los derechos de un sujeto de especial protección como es la menor de edad que actualmente represento; todo en virtud de los supuestos facticos y jurídicos señalados en el presente escrito.

Y Consecuentemente a ello, se tenga en cuenta y se dé pleno estudio a la sustentación del recurso de apelación por mi formulado y se profiera en debida forma el fallo de segunda instancia.

- 14.** El despacho mediante auto fechado del primero (1) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), aduce lo siguiente:

El apoderado de la parte actora, estese a lo resuelto en los autos de 15 de febrero y 31 de marzo de 2023, los que adquirieron ejecutoria.

Téngase en cuenta, además, que en la carpeta “01CuadernoPrincipal” del expediente digital, obra el archivo “130 Enlace descarga expediente 2022038046 App Transfer (1)”, contentivo, entre otros, de los registros digitales “080 Anexo EXP 2022-0781 AUDIENCIA 05-10-22 PARTE 1 DE 3.mp4”, “080 Anexo EXP 2022-0781 AUDIENCIA 05-10-22 PARTE 2 DE 3.mp4”, y “080 Anexo EXP 2022-0781 AUDIENCIA 05-10-22 PARTE 1 DE 3.mp4”, que contienen, de forma íntegra, la captura en video de la diligencia que la parte demandante aduce extrañar.

En firme esta decisión, regrese el expediente al Despacho.

Sin embargo, no hace ni siquiera un mínimo y minucioso estudio de la petición por mi parte realizada, pues como se puede ver aquel auto no cuenta ni con parte considerativa ni mucho menos resolutive; así las cosas, no da respuesta a la solicitud por mi incoada y tan solo se refiere a una "ejecutoria" de los autos pero como bien sabe, estoy atacando la ilegalidad de los mismos, sustentándolo en pruebas para poder tener la concesión y estudio de mi recurso de apelación que como tantas veces lo exprese, yaqué el mismo fue sustentado en varias oportunidades, dejando de lado esta situación por el TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ SALA CIVIL afectando los derechos a defensa, debido proceso, acceso a la justicia y vulnerando los derechos de los menores.

Siendo el auto proferido totalmente confuso, no es claro y mucho menos resuelve ni fáctica ni jurídicamente mi solicitud.

Con base en lo anterior, presento las siguientes:

#### **PETICIONES:**

- A.** Se revoque en su totalidad el auto fechado del primero (1) de septiembre de dos mil veintitrés (2023), proferido por su Despacho dentro del presente proceso.
- B.** Se me conceda el recurso de reposición y con similares argumentos en caso de no reponer se conceda el recurso de apelación.

#### **NOTIFICACIONES:**

Al suscrito en la Calle 23 A No 22-45, apto 1201, bloque 1 Edificio Alameda del Rio , en Pasto Nariño, celular 3116155237, correo electrónico [agmuriel@yahoo.es](mailto:agmuriel@yahoo.es), dirección electrónica autorizada para recibir toda la información.

Atentamente



ÁLVARO ANDRÉS GONZALES MURIEL  
C.C.98.390.835 de Pasto  
T.P. No 245.481 del C.S de la J