

Señores:

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL**

Atn: M. P. JULIAN SOSA ROMERO

E.

S.

D.

Ciudad.

REFERENCIA: EJECUTIVO SINGULAR

DEMANDANTE: BANCO DE BOGOTÁ S.A.

DEMANDADO: ANGELICA MARIA MORENO CUELLAR

PROCESO No. 025201800056 01

SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION

HECTOR ARNULFO CASTRO PULIDO, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía No. 79'606.417 de Bogotá, abogado, en ejercicio, portador de la tarjeta profesional No. 198340 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado judicial de la Señora **ANGELICA MARIA MORENO CUELLAR**; por medio del presente escrito acudo al Despacho dentro del término legal y judicialmente conferido para ello, a fin de **SUSTENTAR EL RECURSO DE APELACION**, en contra de la sentencia proferida por el Juzgado Veinticinco (25) Civil del Circuito de Bogotá.

Constituyen argumentos que sustentan el recurso de apelación los siguientes:

Lo primero que hay que decir Señor Magistrado es que la Pasiva nunca desconoció la validez de los Títulos Valores, sino las circunstancias que rodean el cobro de los mismos, y como se condena a pagar una Obligación de más de CINCO MIL MILLONES DE PESOS a una persona por el solo hecho de suscribir como Fiadora los Pagares, cuando la obligación hace parte del pasivo reportado por la Sociedad GUARDIANES

a la Superintendencia de Sociedades dentro del trámite de Reorganización Empresarial.

El BANCO DE BOGOTA, acudió al proceso de Reorganización Empresarial de GUARDIANES, se hizo parte del mismo, y tan será así que en la Audiencia de Resolución de Objeciones de que trata el Artículo 30 de la Ley 1116 de 2006, llevada a cabo de manera virtual el pasado día 2 de Junio de 2020, estuvo presente a través de su apoderada en dicho asunto.

Ello significa Señor Magistrado que las Obligaciones de que trata este juicio están siendo ejecutadas y cobradas dos (2) veces, una en este Proceso Ejecutivo y otra en el Proceso de REORGANIZACIÓN EMPRESARIAL de la Empresa GUARDIANES.

Así mismo su Señoría, lo antiguo de una norma no significa perse ni de manera automática que la misma este acorde con la carta política, como lo indico el Señor Juez de primer grado; tal es el caso del Artículo 70 de la Ley 1116 de 2006, que en sentir de este humilde Apoderado esta en contravía de la Constitución Política y del mismo espíritu del legislador y de la Ley 1116, cuya finalidad última es la conservación de la empresa como unidad de negocio para preservar los empleos, pero entonces a que costo ? porque se permite que se ejecuten a los fiadores o avalistas de estas Empresas, si estos no disfrutaron el valor desembolsado, para que proteger a la empresa pero colocar a sus Socios como en este caso, a merced de las entidades financieras, dada la insolvencia de la Compañía.

Las normas Constitucionales, en las cuáles se inspiró el legislador para expedir la Ley 1116 de 2006, son entre otras el Artículo 2 y el Artículo 13, las cuáles respetuosamente considero se vulneran por el Artículo 70 de la Ley 1116 de 2006; y por mandato del Artículo 4 Constitucional se establece que la Constitución es norma de normas y que en caso de incompatibilidad entre ésta y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las normas constitucionales.

Las normas jurídicas que regulan el proceso ejecutivo, por la especial naturaleza instrumental que tiene para la efectividad de derechos ciertos pero insatisfechos, se inspiran en determinados fundamentos valorativos

que irradian una concepción político – filosófica determinante para la interpretación e integración de las disposiciones legales.

De acuerdo con el Inciso 2º del Artículo 230 de la Constitución Nacional, estos fundamentos valorativos alcanzan la categoría de principios generales que constituyen criterios auxiliares de la actividad judicial y cumplen, al tenor de los artículos 4º y 5º del CGP, funciones enderezadas y encaminadas a disipar dudas y llenar vacíos de los ordenamientos legales.

Dentro de estos principios, si bien es cierto que uno de los más importantes es de la satisfacción máxima de la pretensión del acreedor; no es menos cierto ni de menor importancia ni trascendencia, es el del respeto a los derechos del deudor y de terceros, porque el proceso ejecutivo debe garantizar como ninguno y dada su naturaleza; siempre los derechos fundamentales de todas las partes, especialmente de la Pasiva, y en asunto como el que hoy está puesto a su consideración y en donde existen unas aristas particulares y propias, que se deben valorar, ya que un estado social y democrático de derecho no se puede permitir que un Banco cobre una obligación en un proceso de Reorganización empresarial contra la Empresa Deudora, y a la vez cobre la misma deuda en un juicio ejecutivo contra los Socios de la Empresa en Reorganización.

La judicatura, respetuosamente considero, no se puede apartar de las realidades económicas y de los instrumentos que trae ha provisto el legislador y la misma ley para efectos de salvar a las empresas como factor de producción y fuente de empleo, máxime en tratándose de mecanismos consagrados por el derecho comercial; como es la Ley 1116 de 2006.

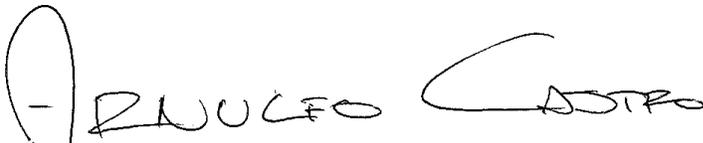
PETICIÓN

De conformidad con lo brevemente expuesto solicito respetuosamente:

- REVOCAR la Sentencia proferida por el Juez 25 Civil de Circuito de Bogotá

De los Honorables Magistrados, con sentimientos de la más alta consideración y respeto,

Cordialmente,

A handwritten signature in black ink, reading "ARNULFO CASTRO". The signature is written in a cursive style with a large initial "A" on the left.

HECTOR ARNULFO CASTRO PULIDO

C. C. No. 79'606. 417 de Bogotá

T. P. No. 198.340 del C.S. de la J.

Bogotá D.C., 4 de agosto de 2020.

Señores Magistrados
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTA
SALA CIVIL
Magistrado Ponente Dr. Iván Darío Zuluaga Cardona
E. S. D.

Ref. Exp. No. 1100131030292018-00139-01.
YORDY ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAR y Otros
contra CODENSA S.A. E.S.P.

SUSTENTACIÓN DE LA APELACIÓN
Artículo 14 del Decreto 806 de 2020.

Fabio Hernán Forero López, apoderado judicial de los actores en el proceso de la referencia, con todo acatamiento a los señores magistrados, en virtud del auto de fecha 23 de julio que admitió en el efecto suspensivo el recurso de apelación y dispuso que *“Ejecutoriado este auto, el apelante deberá sustentar a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes, en ...”* resalté y subrayé, dentro del término oportuno presento la sustentación a nuestra apelación de la siguiente manera:

Nuestra censura a la sentencia proferida por al A quo giró en torno a la tasación de los perjuicios inmateriales (Morales y de Salud o Daño a la vida de relación), e igualmente, a los perjuicios materiales reconocidos, toda vez que los mismos no se compadecen a la magnitud de los hechos, lesiones, incapacidad, dolor y padecimientos de las víctimas demandantes, los cuales en nuestro entender y con todo respeto, consideramos quedaron en un monto inferior al de su real dimensión, en clara contravía de los precedentes jurisprudenciales de los Tribunales Superiores o de cierre y de la reparación integral que profesa el artículo 16 de la ley 446 de 1998.

Es así, como nuestra inconformidad es:

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

1. RESPECTO DE LOS PERJUICIOS INMATERIALES.

1.1. PERJUICIOS DE ORDEN MORAL

a) Es evidente que tanto la Honorable Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil como el Honorable Consejo de Estado – Sección Tercera, han sido reiterativos de diferenciar los perjuicios MORALES que se conceden a los grupos familiares, así: (i) los del “*primer círculo familiar*” (víctima directa, padres, hijos, esposos y compañeros permanentes); “*la mitad a*” (ii) los de “*segundo círculo familiar*” (hermanos, abuelos y nietos); y “*una cuarta parte a*” (iii) el resto de parientes; o de diferentes niveles: 1, 2 y 3 como lo establece el Contencioso Administrativo.

De lo anterior, es claro que los perjuicios morales reconocidos a la víctima directa son los mismos que se deben reconocer a las personas del primer orden familiar, en el caso que nos ocupa, sí los perjuicios morales reconocidos a YORDY ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAR fueron del orden de 50 SMMLV, debieron ser en la misma medida que para su señora madre, la señora GLORIA PIEDAD CUELLAR.

Y, respecto de los integrantes del “segundo círculo familiar”, en el caso que nos ocupa (hermanos de YORDY ALEXANDER), nos indica la jurisprudencia que debieron ser “exactamente la mitad” de lo reconocido a la víctima directa y su señora madre, es decir 25 SMMLV, para cada uno, y no 10 SMMLV, como desatinadamente quedó establecido en la sentencia.

Lo expresado, en consonancia con la sentencia SC 5686-2018 (caso de OCENSA-Precedente Jurisprudencial- Honorable Corte Suprema de Justicia -Sala de Casación Civil del 19 de diciembre de 2018) y Unificación Jurisprudencial del Honorable Consejo de Estado- Sala Plena de la Sección Tercera, Radicado 50001-23-15-000-1999-00326-01 (31172), del 28 de agosto de 2014.

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A – 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

b) Pero, teniendo en cuenta la gravedad de las lesiones de YORDY ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAR, sus quemaduras de III grado en diferentes partes del cuerpo, la falta de sensibilidad en su pierna derecha, la amputación o mejor, desarticulación por completo de su extremidad superior derecha (siendo una persona diestra), la hemicolectomía (extirpación de parte del Colón), los traumas y terapias psiquiátricas, su angustia, padecimiento y la pérdida de capacidad laboral calificada por la Junta Regional de Calificación de Invalidez de Bogotá, en un porcentaje de 57.03 %, es indudable que los perjuicios morales otorgados a YORDY ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAR, no se compadecen con el verdadero dolor y padecimiento de los actores.

Independientemente de la presunción judicial o de hombre que existe y predicen los precedente jurisprudencial atrás indicados, respecto de la muerte de un ser querido o las graves lesiones en la humanidad de una persona, aquí se demostró el suplicio vivido por la víctima directa, su padecimiento, su tristeza, su permanencia en el Hospital Simón Bolívar, su dolor e incomodidad con los injertos practicados, su tratamientos psicológicos y psiquiátricos, quien “no tenía ganas de seguir viviendo”, todo esto comprobado con la historia clínica allegada al proceso, de la subred Sur (Hospital Vista Hermosa y Hospital del Tunal) y subred Norte (Hospital Simón Bolívar). Respecto de su señora madre y hermanos los deponentes relataron el dolor y sufrimiento no solo de YORDY ALEXANDER sino del grupo familiar. La compañía, el malestar, la solidaridad de los hermanos quedó igualmente acreditado: “la hermana mujer regreso a su casa materna para estar cerca de su señora madre y de su hermano YORDY ALEXANDER, los hermanos NESTOR y ARNOLD estaban con la víctima directa el día del accidente, estuvieron siempre a su lado, en las historias clínicas aparecen persistentemente sus nombres y firmas como acompañantes-acudientes, quienes firmaban el consentimiento informado de las entidades de salud, la hermana y mamá asistían a las sesiones de terapia en psiquiatría, etc”. Todo

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

ello debidamente acreditado por encima de cualquier presunción legal que no logró desvirtuar la parte accionada.

Es por ello por lo que consideramos que el perjuicio moral debe ser superior al establecido, en consonancia con la pérdida de capacidad laboral que fue superior a 50 % y en cumplimiento de la ley (artículo 38 de la ley 100 de 1993 y artículo 9 de la ley 776 de 2002), así como los pronunciamientos de los máximos órganos de cierre.

1.2 DAÑO A LA VIDA DE RELACIÓN

La sentencia del a-quo concede a la víctima directa por el perjuicio de daño a la vida de relación 40 SMMLV, es decir, un valor inferior al otorgado por el perjuicio moral, desatendiendo el precedente jurisprudencial (SC 5686 -2018 Corte Suprema de Justicia) en cuya sentencia el común denominador es **conceder un valor igual o superior** al otorgado por el perjuicio moral.

Quedaron en evidencias las actividades que antes realizaba YORDY ALEXANDER (manejar su propia motocicleta - jugar fútbol - correr, bailar, ejercitarse, etc.) y que ahora no puede ejecutar, ni siquiera ha logrado un cupo en el SENA para capacitarse como técnico, es decir, que, en palabras de la Honorable Corte Suprema de Justicia, son pérdidas anatómicas, funcionales, y sufrimiento que atenta contra la estética, (pág. 414 SC 5686-2018)

Este perjuicio se debió conceder en virtud de su pérdida de capacidad laboral (57.03 %) que, según la unificación del Consejo de Estado, nos indica, 100 SMMLV, por ser superior al 50 %.

Respecto de este menoscabo ha dicho la Corte Suprema de Justicia (Corte Suprema de Justicia - Sala de casación Civil, SC 4803 de 2019, Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo) que la pérdida de un órgano por reglas de la experiencia no necesita prueba, son hechos notorios en virtud del artículo 167 del C.G.P.

Precisamente, el Tribunal Superior de Bogotá - Sala Civil - en una reciente sentencia (fecha 15 de julio de 2020, Expediente No.

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

110013103023 2017-018-01 Demandante: Eveline Goubert Lozano y Otro contra Fundación Abood Shaio y Otro, Magistrada Ponente Dra. Clara Inés Márquez Bulla), aumentó de forma considerable los perjuicios concedidos en primera instancia y estableció: “ 6.8 para fijar el quantum del perjuicio moral rige como es bien sabido el principio del *arbitrium iudicis*, es decir, que no lo limita a una tarifa que defina cuando debe ser la indemnización dependiendo de la persona que la depreque. Sin embargo, en este laborío deben atenderse los lineamientos jurisprudenciales, las circunstancias personales de los afectados, el grado de parentesco, la relación afectiva existente. Resalté.

(...) El órgano de cierre de la Jurisdicción Ordinaria ha reconocido una indemnización por daño moral

“Así las cosas, como la sentencia impugnada no guarda coincidencia con la cantidad allí referida, habida cuenta que se limitó a reconocer 45 salarios mínimos mensuales legales vigentes, para los padres de la víctima se ajustará a la suma de...”

Así las cosas, queda claro que lo reconocido en primera instancia no se torna inmutable y puede, o mejor, debe ser modificado por el superior atendiendo la dimensión real del daño y lo debidamente probado.

2. PERJUICIOS MATERIALES.

Los perjuicios materiales se solicitaron en la demanda y se concedieron en la sentencia en la modalidad de lucro cesante.

Si embargo, el despacho estableció el salario mínimo legal vigente para la época del accidente (año 2016 el salario era de \$ 689.454) suma a la cual se debió incrementar un 25 % de prestaciones sociales y que nos arroja un valor de \$ 861.817=

En virtud de las tablas y fórmulas matemáticas que deben manejarse para estos casos, tenemos que:

LUCRO CESANTE CONSOLIDADO

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

- Edad de YORDY ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAR, 20 años.
- Expectativa de vida resolución 1555 de 2010 de la Superintendencia Financiera, 60 años más de vida.
- Fecha del accidente 20 de mayo de 2016.
- Salario Mínimo Mensual Legal Vigente de la época \$ 689.454 más 25 % de Prestaciones Sociales, **Total \$ 861.817.**
- Tiempo transcurrido del accidente (Perjuicio) al día del fallo (febrero de 2020), tenemos 45 meses para liquidar.
- Factor para liquidar, **45 meses = 69.738**, pagina 413 Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, Autor Gilberto Martínez Rave, novena edición.
- Total del lucro cesante consolidado, \$ 861.817= x 69.738=\$ **60.101.393=**

LUCRO CESANTE FUTURO ACTUALIZADO

- Edad de la víctima, 20 años con 60 años más de expectativa de vida según resolución 1555 de 2010, ya anunciada.
- Es decir, 720 meses a los cuales debemos restar los 45 meses liquidados en el consolidado, para liquidar = 675.
- Factor para liquidar, **675 meses = 197.693**, página 422 Responsabilidad Civil Extracontractual en Colombia, Autor Gilberto Martínez Rave, novena edición.
- Integral del lucro cesante futuro, \$ 861.817= x 197.693 =.....\$ **170.375.188=**

TOTAL PERJUICIO MATERIAL EN LA MODALIDAD DE LUCRO CESANTE (consolidado y futuro).....\$ 230.476.581=

Como podemos observar, la sentencia impugnada reconoció por la totalidad de este perjuicio la suma de \$ 137.247.008= suma muy inferior a la que verdaderamente corresponde y que debemos reiterar debe ser plena por estar frente a una pérdida de capacidad laboral superior al 50 %, es decir del 57.03 %, en virtud del artículo 38 de la ley 100 de 1993; del artículo 9 de la ley 776 de 2002 y la sentencia de la Corte Suprema de Justicia- SC 4966-2019, Dr. Luis Alfonso Rico Puerta, del 18 de noviembre

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

de 2019 y que indicó en un caso similar “*imperativo reconocer plenamente el ingreso dejado de percibir por la víctima directa*”

Por lo expuesto consideramos, que existe en la sentencia impugnada un error respecto de la liquidación de los perjuicios materiales (Lucro Cesante) que debe ser enderezado plenamente por el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

De esta forma dejamos sustentada la apelación ante los Honorables Magistrados, en virtud del auto de fecha 23 de julio de 2020 y del artículo 14 del Decreto 806 de 2020, con el anhelo que el ad quem modifique la sentencia en el sentido de reconocer los perjuicios inmateriales y materiales según lo acreditado, la ley, y los precedentes jurisprudenciales antes citados, e igualmente en virtud del artículo 16 de la ley 446 de 1998, que predica una verdadera reparación integral.

Atentamente,



Fabio Hernán Forero López
C.C. No. 79.605.537 de Bogotá
T.P. No. 83.713 del C.S. de la Jud.
fabiohforerolopez@gmail.com

ABOGADOS

Bogotá D.C. Carrera 16 No. 93 A - 16 (505) Teléfonos 6168027 - 6112519

Señores:

HONORABLES MAGISTRADOS

Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá D.C. – Sala Civil.

Magistrado Ponente - Doctor: **IVÁN DARÍO ZULUAGA CARDONA**

Radicación: 110013103030-2018-00139-01
Demandante: YORDI ALEXANDER RODRIGUEZ CUELLAS Y OTROS
Demandado: CODENSA S.A. E. S.P
Llamado en garantía: Axa Colpatria

ASUNTO: SUSENTACION DE APELACION

En mi condición de apoderado judicial de la demandada CODENSA S.A. ESP, estando dentro del término legal de que trata el artículo 322 del CGP, en concordancia con lo dispuesto en el artículo el artículo 14 del Decreto 806 de 2020, procedo a sustentar los reparos que se le hicieron a la sentencia de primera instancia proferida por su Despacho el pasado 26 de febrero y que fueron motivo de la APELACIÓN de dicha providencia.

1. Aclaración Previa

En primer lugar, su señoría debemos indicar que, aunque en este asunto en primera instancia se pretende utilizar la sentencia de la Corte Suprema de Justicia SC002-2018, debemos indicar que ello no es correcto como más adelante se indica, pues la aplicación, en este caso, exegética de dicho fallo, sin corroborar con estrictez, que se cumplen los principios para aplicar un precedente, judicial termina por ser contrario a Derecho, veamos entonces, porque el fallo de primera instancia debe ser revocado.

2. Indebida valoración probatoria.

De manera respetuosa, pero afirmativa manifestamos que se incurrió en una apreciación y valoración indebida de las pruebas, toda vez que la causa del accidente fue la conducta imprudente de la víctima, a pesar de su sospechoso, silencio para explicar en la demanda, la causa del accidente, toda vez, que las distancias de las redes, con relación al perímetro del inmueble donde ocurrieron los hechos, cumplen con las normas existentes al momento del tendido de las mismas.

Además, porque el inmueble adquirido por la demandante en el año 2015 (señora madre del lesionado), un año antes del accidente, no cumple con las normas de urbanismo, invadiendo así las distancias de seguridad sobre el espacio público y la red, que constituye una servidumbre forzosa.

El Despacho de primera instancia, no valoró en debida forma la asertividad técnica, del dictamen pericial, que no quedó desvirtuado, sólo se hacen valoraciones subjetivas y conjeturas, pero no se demuestra con otra prueba técnica las afirmaciones de dictamen rendido por el ingeniero Gilberto Cuervo, pues no hay un argumento científico para apartarse de dichas conclusiones.

Frente a las declaraciones de parte y de testigos, consideramos que el a-quo no aplicó en debida forma, las reglas de la sana crítica, pues la contradicción entre uno y otros es palmaria, nótese como Yordi, dice que sus hermanos estaban sentados en la terraza, la testigo dice que los vio de pie, allí deben aplicarse las reglas del indicio para deducir que las versiones de unos y otros no se ajustan a la verdad material.

Las condenas de perjuicios no tienen una estimación tomada de la realidad material Y se basa en las especulaciones de la demanda, sin advertir que el “demandante principal”, es decir Yordi Alexander Rodriguez Cuellar, estaba desempleado al momento del accidente y no tiene en cuenta las restricciones de empleo que para ciudadanos en las condiciones de preparación académica y edad involucran las estadísticas del DANE, en consecuencia, no pude plantearse una condena sin tener en cuenta esos factores de desempleo.

3. Procedencia del llamamiento en garantía.

De otra parte, la llamada AXA Colpatria debe atender la reclamación en virtud de lo pactado en el contrato de Seguros, porque la póliza adquirida por CODENSA, que no admite controversia, pues no es cierto que no haya claridad sobre las condiciones, porque este asunto no se constituyó en reclamación de los demandantes y al tiempo que fuimos notificados de la demanda nos enteramos de sus pretensiones y por ello hicimos uso de la figura del llamamiento, en cómo opera su cobertura y qué constituye siniestro en la misma, por ende, los operadores jurídicos incurren en desaciertos que desnaturalizan su finalidad.

Es que, con la expedición de la Ley 389 de 1997 se estableció la posibilidad de suscribir pólizas de responsabilidad civil bajo la modalidad de reclamación o **claims made**, en las que el elemento configurador de la responsabilidad de la aseguradora es la reclamación del tercero afectado al asegurador o al asegurado durante la vigencia de la póliza o plazos adicionales acordados.

En tal sentido, el operador jurídico que viene de un sistema tradicional tiende a considerar que en la póliza bajo la modalidad **claims made** el concepto de siniestro mutó a ser la reclamación del damnificado en vigencia de la póliza, pues es el elemento que detona la responsabilidad de la aseguradora.

De manera que la falta de claridad de cómo opera el seguro bajo la modalidad **claims made** se deriva de la confusión de lo que se entiende por siniestro en una póliza de este tipo, pues, por un lado, hay quienes consideran que el siniestro lo constituye la reclamación que el damnificado hace en vigencia de la póliza al asegurado o al asegurador, dado que es el hecho que activa la obligación indemnizatoria de la aseguradora, y por otro lado, quienes sostienen que el siniestro es tal y como lo definió el legislador en el artículo 1131 del Código de Comercio, esto es, el hecho externo imputable al asegurado y que la reclamación en vigencia del seguro es la condición para que ese siniestro sea indemnizable.

Recientemente, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en sentencia SC10300-2017 del 18 de julio de 2017 fue precisa al explicar que en las pólizas bajo modalidad de reclamación el siniestro es la ocurrencia del daño a un tercero, pero se consagró una formalidad adicional para que la aseguradora quede obligada al pago de la indemnización, lo cual es la reclamación dentro de la vigencia del seguro o plazos adicionales acordados.

Así las cosas, conforme con lo manifestado en la precitada sentencia de la Corte, los operadores jurídicos deben entender que las pólizas bajo reclamación o claims made no modifican lo que se entiende por siniestro, pues lo que realmente constituyen es una limitación temporal al cubrimiento de los riesgos, como quiera que no basta que ocurra el hecho dañoso a un tercero sino que también es necesario que la víctima presente la reclamación durante la vigencia del seguro, por lo que en caso de no presentarse, la aseguradora no es responsable aun cuando se haya presentado el hecho generador de responsabilidad, aclarando que tampoco existe obligación de pago si hay reclamación, pero no hecho dañoso y para este caso la reclamación se dio con la presentación de ña demanda.

4. Errada aplicación de precedente judicial e Indevida aplicación de la norma sustancial.

Se infringen las normas sustanciales que regulan la responsabilidad civil extracontractual pues a pesar de que CODENSA, realiza una actividad catalogada como peligrosa, la única causa del accidente fue el comportamiento imprudente de la víctima Yordi Alexander, al realizar contacto con la red, por la cercanía de su lugar de habitación con la red, originada en la infracción urbanística de un tercero con lo cual se configura la exoneración de responsabilidad de mi representada, en los términos del artículo 2357 del Código Civil.

Al respecto, su señoría debemos manifestar que los postulados de la sentencia SC002-2018 no son aplicables a este caso, como quiera que no estamos frente a las reglas del precedente para resolver el caso y menos aún que este se encuentre en condiciones de similitudes fácticas y jurídicas para aplicar un precedente vertical como garantía de decisiones coherentes frente a problemáticas jurídicas ya analizadas, en aras de preservar la solidez del ordenamiento jurídico y los derechos de los sujetos procesales.

Es que en este caso no se dan las mismas condiciones de hecho y de derecho al que alude el fallo, porque:

1. La demandante en el caso estudiado en casación, había sufrido la lesión por apoyar a su esposo que había hecho contacto con las redes, por ello hubo una reparación individual para ella.
2. Porque la vivienda aparentemente había sido construida por ellos (los demandantes en ese caso) y aquí no sucede ello porque la señora Gloria Piedad Cuellar, conscientemente compró un inmueble que violaba las normas de construcción para el sector.
3. Porque en dicha acción se precisaron las circunstancias de modo tiempo y lugar en la que se presentó el contacto con la red, versión que han callado para este asunto los demandantes, o es que cabe preguntarse si entones, en aplicación del precedente el señor apoderado de la parte demandante, pretende confesar por sus clientes que si hubo contacto directo con la red y señor Yordi Alexander Rodríguez, porque ese es el supuesto sobre el que se afinca la mencionada sentencia cuando se afirma que: mientras intentaba (YO RESALTO) subir un marco metálico de una ventana para ser instalado en la fachada del tercer piso de su residencia el señor José del Carmen Umbarila hizo contacto accidental con uno de los cables de la red de

energía pública, sufriendo una descarga eléctrica que ocasionó su muerte fulminante”.

Afirmamos que somos humanamente solidarios con la situación del demandante Yordi Alexander, quien el 20 de mayo de 2016, hizo contacto con la red eléctrica que hace parte del sistema de Distribución y Comercialización de este Distrito, pero no somos responsables de los hechos que originaron el accidente, porque es claro que para este asunto Si bien estamos frente a un aparente caso de responsabilidad civil extracontractual como lo afirma el despacho, debo manifestar que no se dan los elementos sobre los cuales se estructura la misma a saber:

- Daño,
- Culpa y
- relación de causalidad entre las dos anteriores y es en este punto donde se rompe la relación y no se puede estructura o eificar la responsabilidad en cabeza de codensa por las siguientes razones:

Es duro y lamentable, pero está plenamente se probó a través del dictamen pericial, que no pudo ser otra la causa eficiente del accidente fue la intervención que el señor Yordi Alexander hizo contacto al alcanzar la red de energía, con un elemento, así lo niegue, pero se deduce de la cantidad de contradicciones de los mismos interrogatorios de sus hermanos y de los testigos.

Desconoce el despacho, porque así lo quiere decir, que se probó la norma técnica rectora, quedando plenamente demostrado con el dictamen pericial y se probó que cumple con suficiencia las distancia de 1.50 de la norma de la EMPRESA DE ENERGIA DE BOGOTA LA 007 y también cumple la norma RETIE como se dijo en el trabajo técnico aportado.

El juzgador de primera instancia, pasa por alto la construcción de la edificación donde ocurre el accidente y que, sin licencia de construcción, pusieron al señor YORDI ALEXANDER más cerca a la red de energía a la altura de la terraza y así lo confesó el accionante, sin embargo, el despacho en forma ligera, ignoró este aspecto que fue trascendental en el lamentable contacto. Las redes no se acercaron al predio, estaban y están ubicadas en el mismo lugar. Diferente el predio, que en su proceso constructivo se acercó a la red de energía, mediante voladizos, a los cuales el despacho no les dio el mérito probatorio que tienen.

Es claro que CODENSA S.A.E SP suministra el servicio de energía e instala las redes a las distancias de normas, diferente es que las personas realizan acciones imprudentes cerca de las redes, que reitero, no se CAYÓ ni se DESPRENDIÓ, estaba y está actualmente en el mismo lugar y cumpliendo las normas técnicas de distancia tanto antiguas como las expedidas en el año 2004.

Las redes de energía están instaladas conforme a la norma técnica vigente en el momento de puesta en servicio.

En consecuencia, de lo expuesto deben prosperar nuestras excepciones de mérito y se debe declarar la obligación de Axa Colpatria en los términos pactados en la póliza de seguros suscrita con CODENSA, que resumimos así:

1. Ausencia de prueba de los elementos de la responsabilidad.

Es importante recordar que corresponde al demandante demostrar todos los elementos de la responsabilidad, esto es, el daño, la culpa, y el nexo de causalidad entre ambos. Sobre este punto es necesario resaltar que en nuestro ordenamiento jurídico se ha catalogado que para que, en materia extracontractual, una parte deba indemnizar a la otra debe haberse originado en la denominada culpa aquiliana, esto es, la acción, que contempla nuestro Código Civil regulada en el Título XXXIV.

Es así como quien ejercita acción de responsabilidad civil extracontractual debe acreditar según lo ha determinado la doctrina y la jurisprudencia la ocurrencia del daño, la “culpa” de la demandada y el nexo causal, elementos éstos últimos estructurales de la acción, que precisamente no se dieron y más bien tal como sucedieron los hechos se generan adicionalmente las causales de exculpabilidad denominadas “culpa exclusiva de la víctima y que el hecho se originó por culpa de un tercero”.

Si bien es cierto, la demandada tiene una actividad de distribución de electricidad, también lo es, que la responsabilidad derivada de los daños causados por su virtud en las previsiones del artículo 2356 del Código Civil, corresponde en este caso especialmente al damnificado, quien tiene la carga probatoria de “demostrar que el perjuicio se causó por motivo transmisión y distribución de energía eléctrica”, (Sentencia de 8 de octubre de 1992, CCXIX, p. 523), es decir, que el daño y la relación de causalidad deben ser acreditados con elementos probatorios suficientes e idóneos.

Después de mostrar las ideas centrales de la causalidad y la imputación en materia de determinación de la responsabilidad, sustentaré la hipótesis planteada al inicio, que es también la conclusión fundamental de este documento, esto es, que la causalidad adecuada en su doble dimensión fáctica y jurídica, tal como ha sido entendida tradicionalmente por la jurisprudencia nacional, es apropiada y debe continuar siendo el parámetro para la comprensión del nexo causal en la responsabilidad civil extracontractual por actividades peligrosas en nuestro ordenamiento jurídico.

La Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ya dejó claro que la responsabilidad de marras hace parte del régimen general subjetivo previsto por el artículo 2341 del Código Civil, por oposición a las posturas que en su momento intentaron catalogarla como una especie de responsabilidad objetiva, y que envuelve una presunción de culpabilidad en contra del demandado, sustentada en la asimetría de las partes y los beneficios agregados que la actividad peligrosa le genera al responsable.

No sucede lo mismo con la determinación del nexo causal, dado que se trata de una categoría multidisciplinar en constante construcción, que a menudo es materia de sendas discusiones en los planos teórico y filosófico.

Es que, para estos temas, no es de poca monta la importancia de ese tercer elemento, el de la causalidad, en ella se soporta el derecho de la responsabilidad, que a pesar de que su origen, no es propio del derecho, sino que se remonta a otros campos del conocimiento como las ciencias naturales y sociales, su relevancia práctica es esencial.

Es así como en el contexto nacional, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explorado las doctrinas de la equivalencia de condiciones, la causa próxima, la causa eficiente, y con mayor aceptación la causalidad adecuada, entendida desde una doble dimensión; no obstante, en la ponencia conocida como SC-002-2018, que resolvió una demanda de casación en materia de actividades peligrosas, el H. Magistrado Dr. Ariel Salazar Ramírez rechazó por insuficiente e inadecuada la idea tradicional en torno a la fundamentación del nexo causal y propuso reemplazarla por la doctrina de la imputación normativa, tesis que fue criticado por otros integrantes de la Sala, que defienden los postulados de la tesis de la causalidad adecuada y abogan por su idoneidad para resolver los casos prácticos en la materia.

La postura, que defiende el H. magistrado Salazar, que se basa en que en esta especie de responsabilidad el nexo de causalidad debe reemplazarse por la imputación normativa, es errada, porque desconoce la importancia de la causalidad en el derecho, y porque olvida que los daños o perjuicios que se causan a las personas y ocasionan el deber de reparación, son el resultado de una cadena causal de hechos que ocurre primero en el plano factual, donde adquieren su significado inicial, y luego se trasladan al plano jurídico donde sí se evalúan sus implicaciones legales, lo correcto para estos casos, es la aplicación de la tesis, expuesta en contradicción, por los H. Magistrados Dres. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo y Luis Armando Tolosa Villabona en sus escritos de aclaración y salvamento de voto, específicamente en relación con las principales críticas hechas a la propuesta de reemplazar el nexo de causalidad por la imputación normativa, ya que, ninguna circunstancia al interior de nuestro ordenamiento jurídico, o que esté relacionada con la realidad que atraviesa el país, demuestra -o al menos sugiere- que la idea tradicional se halle en crisis como para ameritar un cambio de esa trascendencia.

2. Deber de probar.

Los demandantes deben probar la existencia del perjuicio que indican les fue causados por CODENSA S.A. E.S.P., no puede hacer un mero cálculo hipotético y especulativo para reclamar unos supuestos perjuicios económicos, derivados de un actuar correcto de CODENSA S.A. E.S.P., producto de una actividad lícita y ajustada a derecho.

CONDESA, S.A. E.S.P., presta el servicio de distribución y comercialización de energía eléctrica en Cundinamarca y como tal es la propietaria de la infraestructura y que en su oportunidad fueron aportados, como parte del capital por la EEB a la

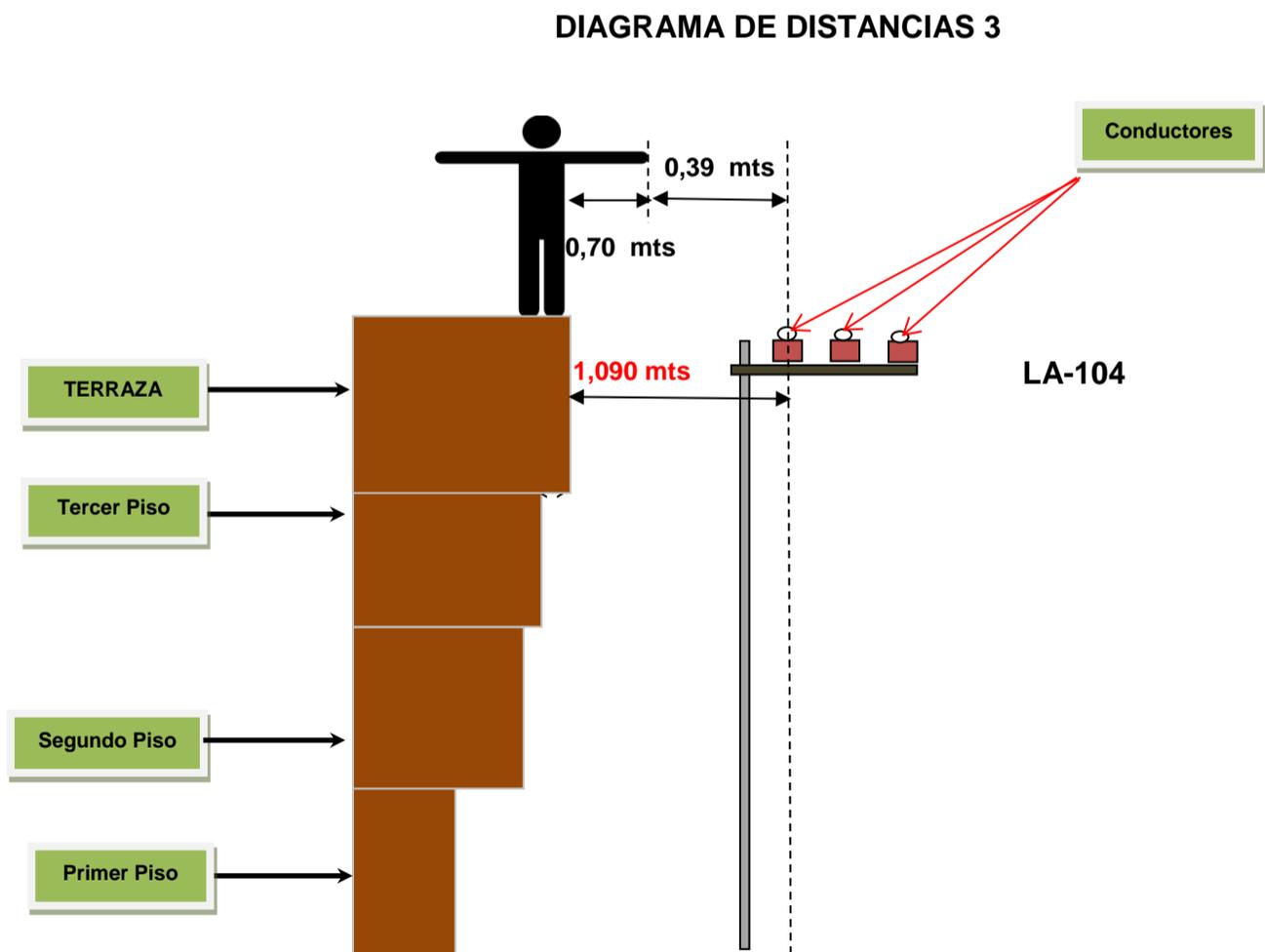
nueva empresa CODENSA. S.A. E.S.P., entendiéndose que dentro de tales circuitos y sus respectivas unidades constructivas están incluidos los postes y redes de distribución, entre otros principales elementos. Así las cosas, corresponderá a los actores probar todos y cada uno de los hechos en que se fundamenta la demanda y especialmente el aspecto de los presuntos perjuicios.

3. Culpa de un tercero por construcción irregular.

El desafortunado accidente no se debió por una actividad positiva o negativa de CODENSA, esto es, por una actividad realizada o dejada de realizar por la compañía.

En el diagrama de distancias a continuación se observa que la red de energía está a 2.44 metros de distancia medida desde el paramento del primer piso al primer conductor. Diferente es que el inmueble mediante la construcción de voladizos a partir del 2 piso se fue saliendo de paramento e invadió el espacio público, con los voladizos del 2, 3 y 4 pisos y puso la edificación y a sus moradores más cerca a la red.

DIAGRAMA DE DISTANCIAS



Como puede apreciarse en el Diagrama de Distancias, el trayecto total existente entre el paramento o fachada del 1 piso de la edificación y la línea más cercana al

predio es de **1,99 metros**, sin embargo, presenta 3 voladizos sucesivos distribuidos así:

1.- El primer voladizo corresponde a la placa del segundo piso y presenta una longitud aproximada de **0,55 metros**.

2.- El segundo voladizo corresponde a la placa del tercer piso y presenta una longitud aproximada de **0,25 metros**.

3.- El tercer voladizo corresponde a la placa de la terraza y presenta una longitud aproximada de **0,10 metros**.

4.- Estos voladizos sucesivos acercaron la fachada de la edificación a la red de forma tal, que la distancia final quedó reducida a tan solo **1,090 metros**, lo cual es una evidente incursión dentro de la zona de seguridad de la red, establecida por la distancia mínima horizontal indicada en la norma **LA – 007-1**.

La distancia de **1,50 metros** indicada en la norma en comento se viola desde la construcción del voladizo de 0,55 metros para el segundo piso donde la distancia horizontal se reduce a 1,44 metros, con el voladizo de 0,25 metros para el tercer piso la distancia se reduce a 1,19 metros, para quedar finalmente a tan solo **1,090 metros**, a causa del voladizo de 0,10 metros de la terraza.

4. Culpa de la víctima.

Tal como lo anotábamos al detallar los elementos estructurales de la acción indemnizatoria por responsabilidad civil extracontractual una de las causales de exculpabilidad es la CULPA DE LA VICTIMA

¿Cuál fue la causa eficiente del accidente?

La negligencia está determinada por la no aplicación de las normas vigentes en relación con el respeto de las distancias mínimas que deben conservarse entre los predios y las redes aéreas de energía.

La imprudencia está determinada al subestimar la proximidad de las redes de media tensión, producto del acercamiento de la edificación al circuito de media tensión, a nivel de 11.400 voltios.

Las redes no se instalan a una altura y a una distancia por capricho. El despacho omite estudiar para que se instalan a la altura y distancia de norma.

Respecto a las distancias mínimas que deben conservarse entre las redes aéreas de energía y las edificaciones, el **RETIE** establece que:

“ARTÍCULO 13º. DISTANCIAS DE SEGURIDAD

Para efectos del presente Reglamento y teniendo en cuenta que frente al riesgo eléctrico la técnica más efectiva de prevención, siempre será guardar una distancia respecto a las partes energizadas, puesto que el aire es un excelente aislante, en este apartado se fijan las distancias mínimas que deben guardarse entre líneas eléctricas y elementos físicos existentes a lo largo de su trazado (carreteras, edificios, árboles, etc.) con el objeto de evitar contactos accidentales. (N y S F de T)

Las distancias verticales y horizontales que se presentan en las siguientes tablas, se adoptaron del National Electrical Safety Code, ANSI C2 versión 2002; todas las tensiones dadas en estas tablas son entre fases, para circuitos con neutro puesto a tierra sólidamente y otros circuitos en los que se tenga un tiempo despeje de falla a tierra acorde con el presente Reglamento.

Todas las distancias de seguridad deberán ser medidas de superficie a superficie y todos los espacios deberán ser medidos de centro a centro. Para la medición de distancias de seguridad, los accesorios metálicos normalmente energizados serán considerados como parte de los conductores de línea. Las bases metálicas de los terminales del cable y los dispositivos similares deberán ser considerados como parte de la estructura de soporte.

Los conductores denominados cubiertos o semiaislados y sin pantalla, es decir, con un recubrimiento que no esté certificado para ofrecer el aislamiento en media tensión, deben ser considerados conductores desnudos para efectos de distancias de seguridad, salvo en el espacio comprendido entre fases del mismo o diferente circuito, que puede ser reducido por debajo de los requerimientos para los conductores expuestos cuando la cubierta del conductor proporciona rigidez dieléctrica para limitar la posibilidad de la ocurrencia de un cortocircuito o de una falla a tierra. Cuando se reduzcan las distancias entre fases, se deben utilizar separadores para mantener el espacio entre ellos.

Nota 1: *Las distancias de seguridad establecidas en las siguientes tablas, aplican a conductores desnudos. (S F de T)*

Nota 2: *En el caso de tensiones mayores a 57,5 kV entre fases, las distancias de aislamiento eléctrico especificadas en las tablas se incrementarán en un 3% por cada 300 m que sobrepasen los 1000 metros sobre el nivel del mar.*

Nota 3: *Las distancias verticales se toman siempre desde el punto energizado más cercano al lugar de posible contacto.*

Nota 4: *Las distancias horizontales se toman desde la fase más cercana al sitio de posible contacto.*

Nota 5: *Si se tiene una instalación con una tensión diferente a las contempladas en el presente Reglamento, debe cumplirse el requisito exigido para la tensión inmediatamente superior.*

Nota 6: *Cuando los edificios, chimeneas, antenas o tanques u otras instalaciones elevadas no requieran algún tipo de mantenimiento, como pintura, limpieza, cambio de partes o trabajo de personas cerca de los conductores; la distancia horizontal "b", se podrá reducir en 0,6 m.*

Nota 7: *Un techo, balcón o área es considerado fácilmente accesible para los peatones si éste puede ser alcanzado de manera casual a través de una puerta, rampa, ventana, escalera o una escalera a mano permanentemente utilizada por una persona, a pie, alguien que no despliega ningún esfuerzo físico extraordinario ni emplea ningún instrumento o dispositivo especial para tener acceso a éstos. No se considera un medio de acceso a una escalera permanentemente utilizada si es que*

su peldaño más bajo mide 2,45 m o más desde el nivel del piso u otra superficie accesible permanentemente instalada.

Nota 8: Si se tiene un tendido aéreo con cable aislado y con pantalla no se aplican estas distancias. No se aplica para conductores aislados para Baja Tensión.

Nota 9: Se puede hacer el cruce de una red de menor tensión por encima de una de mayor tensión de manera experimental, siempre y cuando se documente el caso y se efectúe bajo supervisión autorizada y calificada. No se aplica a líneas de alta y extra alta tensión.

Nota 10: En techos metálicos cercanos y en casos de redes de conducción que van paralelas o que cruzan las líneas de media, alta y extra alta tensión, se debe verificar que las tensiones inducidas no presenten peligro o no afecten su funcionamiento.

Nota 11: Donde el espacio disponible no permita cumplir las distancias horizontales de la tabla 15, la separación se puede reducir en 0,6 m siempre que los conductores, empalmes y herrajes tengan una cubierta que proporcione suficiente rigidez dieléctrica para limitar la probabilidad de falla a tierra en caso de contacto momentáneo con una estructura o edificio. Para ello, el aislamiento del cable debe ser construido mínimo, con una primera capa de material semiconductor, una segunda de polietileno reticulado y otra capa de material resistente a la abrasión y a los rayos ultravioleta. Adicionalmente debe tener una configuración compacta con espaciadores y una señalización que indique que es cable no aislado.”

Por lo expuesto, solicito al despacho se revoque el fallo y en su lugar se proceda a declarar la prosperidad de las excepciones. Entendemos el daño y fue muy desafortunado, pero este daño NO LO CAUSO CODENSA S.A. ESP, lo causó el mismo accionante con su actuar, como lo hemos probado y que el despacho omitió valorar en el desarrollo del lamentable contacto.

Atentamente,



JOHN JAIRO HUERTAS AMADOR

C.C. N° 79.531.673 de Bogotá.

T.P. N 95.781 del CS de la J. Representante legal CODENSA S.A. E.S.P., para asuntos Judiciales y Administrativos.

Señores Magistrados

SALA CIVIL TRIBUNAL SUPERIO DEL DISTRITO JUDICIAL Atención: MP. Dr.
JULIAN SOSA ROMERO

E.S.D.

BOGOTA, D.C.

Referencia: Proceso Declarativo n°
11001310303520130016201 de la
demandante STEPHANNIE JÍMENEZ
GACHA C.C: 1.020.819.063 contra AÍDA
AZUCENA ARIZA MAHECHA C.C:
52'168.506

ASUNTO: Descorriendo el traslado
concedido mediante su auto de Julio 28
notificado el 29 de Julio de 2020, contenido
de la Sustentación del Recurso de
Apelación formulado contra la sentencia de
primera instancia

Rafael Ramón MOLINA SEOANES, abogado, con domicilio profesional en la Calle
41 No. 8-46 oficina 206 Bogotá D.C. telefax: 9307983 - 3134685119 Email:
mylabogados@hotmail.com, identificado a pie de firma, apoderado de la Srta.
Stephannie JIMÉNEZ GACHA, C.C. 1.020.819.063, comedidamente manifiesto los
reparos concretos contra la sentencia de primera instancia en virtud del Recurso de
Apelación:

I. SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA: A continuación, me permito citar un
aparte de la sentencia de primera instancia referente a la petición de nulidad:

*“Que revisado el Contrato de Promesa de Compraventa
suscrito el 8 de marzo de 2012 por las partes aquí intervinientes
se extrae que cumple con los requisitos de procedimiento
(artículo 89-4 de la Ley 153 de 1887 y le da lectura al mismo,
recalcando el numeral 4): **primero consta por escrito,
segundo no existe error de hecho sobre la calidad del
objeto nótese que en la cláusula primera se determinó la
convención que debía celebrarse en el futuro era la
compra y venta del inmueble y sus garajes** (Citó su
nomenclatura, folios de matrícula inmobiliaria y el Conjunto de
ubicación), respecto al inmueble de la Calle 147 N° 11-71 se
advierte que con éste se iba a sufragar una parte del pago
acordado, situación que en nada afecta el negocio atacado toda
vez que en la naturaleza del mismo se circunscribe a entregar*

*una cosa posterior sobre una cosa determinada, además analizando el artículo 1850 del Código Civil establece lo atinente al precio de la cosa (Al que le dio lectura), lo anterior quiere decir que a pesar que en el caso puntual se estableció el pago del precio con una cantidad valorable en otros bienes inmuebles mayor a la que se iba a entregar en dinero ello no quiere decir que se estuviera tratando de otro tipo de contrato o que fuera un contrato diferente, la misma norma subsana la situación indicando que se entenderá permuta, es decir, **ese se entenderá parte o genera una subsanación de esa situación y en el momento de elevarse el contrato por medio de la escritura pública se entenderá entonces que lo que se está obrando es una permuta atendiendo lo indicado en el artículo 1850 Código Civil;** (Pasaron varios segundo) tercero la Sra. ROSA MATILDE GACHA BOHÓRQUEZ conforme al artículo 62 del Código Civil estaba facultada para celebrar negocios en nombre de su hija sin que fuera necesario el consentimiento de su padre en vista de la falta de uno será representado por el otro. Finalmente en la cláusula sexta se estipuló que el contrato se perfeccionaría por la escritura pública la que se debería otorgarse por la Notaría 29 de Bogotá el día 30 de octubre de 2014. **Bajo tales circunstancias el contrato atacado está revestido de legalidad (MIN9:23) y no adolece de nulidad absoluta, claro que conforme al artículo 1745 del Código Civil (El juez leyó).** En este caso no existe algún vicio que favorezca a la demandante para sustraerse al contrato demandado con su contraparte. De esta forma queda rechazada la pretensión principal de la demanda.” (Negritas son mías)*

II. RAZONES PARA EL AD QUEN DECLARE LA NULIDAD ABSOLUTA DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEMANDADA: Pretensión que es de interpretación de mero derecho sin requerir prueba diferente al Documento de Promesa de Compraventa que se allegó con la demanda y el registro civil de nacimiento de la menor Stephannie JIMÉNEZ GACHA.

1.1. - **Están dados los requisitos para la nulidad:** En abundante jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia se avala la nulidad, las cuales cité con oportunidad de la demanda, sustentando nuestras dos pretensiones principal y subsidiaria: la de nulidad de la promesa de contrato de compraventa, como para la resolución de la promesa de compraventa;

1.2.- Adicionalmente, para la sustentación de la presente apelación me permitiré citar otras sentencias de la Sala de Casación Civil que así avalan la nulidad del contrato, por no cumplir los requisitos del artículo 1611 [del Código Civil] o del artículo 89 de la ley 153 de 1887, tal como le hice caer en cuenta al despacho en su oportunidad (demanda y alegatos de conclusión), se trató en realidad de tres promesas de compraventa en una, las cuales al estar las tres contenidas en un solo documento debían estas cumplir con requisitos precisos previa a su ejecución el día 30 de octubre de 2014, con la suscripción de la escritura pública del contrato de compraventa prometido. No se trató en ningún momento de una promesa para celebrar un contrato de permuta, que fue el real contenido que las partes plasmaron en la promesa de compraventa. Definitivamente es un contrato de compraventa el que imperativamente debía cumplirse, pero esos requisitos no se realizaron en el documento escrito.

Al respecto, la Sala de Casación Civil de la Honorable Corte Suprema de Justicia, en su Sentencia del veintinueve (29) de junio de dos mil dieciocho (2018) en el proceso SC2468-2018 Radicación n.º44650-31-89-001-2008-00227-01 M.P. Ariel SALAZAR RAMÍREZ, dilucidó los requisitos *ab substantian actus* de las promesas de compraventa, que no pueden ser derogadas por las partes ni por el juez de la primera instancia en el proceso que nos ocupa:

“(…) 2. La promesa de contrato no produce obligaciones para quienes la celebran a no ser que reúna los requisitos concurrentes que establece el artículo 1611 del Código Civil, subrogado por el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Las solemnidades previstas en esa norma son de las denominadas *ad substantiam actus*, por lo que la validez del acto depende de su confluencia. La promesa es, por lo tanto, un contrato solemne, que para que produzca efectos debe cumplir con tales formalidades, según lo ordena el artículo 1500 del Código Civil. Tales solemnidades, impuestas por intereses de orden público, no pueden ser derogadas ni por las partes ni por el juez.

La consecuencia de la ausencia de uno o más de tales requisitos es la nulidad absoluta del acto, pues así lo dispone el artículo 1741 del Código Civil, que en su inciso primero establece: *«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...».*

Los requisitos que deben concurrir para que el contrato de promesa produzca efectos, son, según la disposición citada como infringida por el

recurrente, los siguientes: 1) que conste por escrito; 2) que el contrato a que la promesa se refiere no sea de aquellos que las leyes declaran ineficaces por no concurrir los requisitos que establece el artículo 1502 del Código Civil; 3) que contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato; y 4) que se determine de tal suerte el contrato, que para perfeccionarlo sólo falte la tradición de la cosa o las formalidades legales.

El tercero de tales requisitos, es decir, el que ordena que la promesa: *«...contenga un plazo o condición que fije la época en que ha de celebrarse el contrato»*, impone a los contratantes señalar con precisión la época en la que ha de perfeccionarse el acuerdo de voluntades prometido, lo que tiene que hacerse mediante la fijación de un plazo o una condición que no deje en incertidumbre aquél momento futuro, ni a las partes ligadas de manera indefinida. (...) (Subrayas son mías)”

1.3.- Brillan por su ausencia el consentimiento de la menor en el acuerdo del plazo y/o la condición que se plasmaran para las tres promesas de compraventa: En la promesa objeto de Litis se plasmó un plazo para el 30 de octubre de 2014, esto es, suscribir el Contrato de Compraventa a realizarse a la hora de las doce meridiano en la Notaría de Bogotá, D.C. No obstante, para que se pueda cumplir el plazo anteriormente mencionado, los contratantes incurrieron en una condición oscura, consistente en que los promitentes vendedor y comprador no tuvieron en cuenta en señalar que la persona de Stephannie JIMÉNEZ GACHA era para la fecha de suscripción de la promesa de compraventa esto es, el 08 de marzo de 2012, una menor de edad.

Motivo por el cual quien para entonces era menor de edad y que para el 30 de Octubre de 2014 no se trataría más de una menor adulta de 16 años para quien tampoco se solicitó Licencia Judicial para actuar en su nombre, a quien se le comprometió su consentimiento arbitrariamente sin tener en cuenta su calidad de menor adulta y que para cuanto se encontrara en la obligación ejecutar el contrato en su carácter de mayor de edad, le quedaría la discrecionalidad de ejecutar y firmar el contrato correspondiente, sin perjuicio que era necesario e imperativo cumplir con el requisito legal de la licencia judicial para representarla.

En cuanto a la imposibilidad de determinar un plazo o condición ciertos por nulidad del consentimiento de la menor, la citada jurisprudencia dice:

“(...) Si los contratantes no fijan la época del contrato prometido, mediante una condición o plazo determinados, la secuela de tal desatención no es otra

que la nulidad absoluta del acto o contrato, pues tal falta lesiona los intereses del orden público¹.

Por lo tanto, acorde con el artículo 1741 ya citado, y 1742 de la misma codificación, tal nulidad absoluta «puede y debe» ser declarada de oficio por el juzgador «aún sin petición de parte», siempre y cuando concurren los requisitos señalados por la ley. (...) (Subrayas son mías)”

Por tanto, no se fijó el Plazo o la Condición de tres (3) inmuebles, el prometido en venta y dos como medio de pago, debería haberse fijado 3 plazos o condiciones en manera clara y precisa para celebrar la escritura pública de estos 3 inmuebles a fin de cumplir el contrato a que las partes se obligaron. Si bien es cierto, acordaron firmar otrosí, para cuando la demandada adquiriera el otro apartamento que se obligó a compra para entregar en respaldo (En Garantía) a la demandante y por otro lado el pago con el apartamento de la Calle 147 N° 11-71 de Bogotá, el cual se encuentra embargado y secuestrado, siendo de este modo un objeto ilícito y por tanto derivando el contrato en nulidad.

En SÍNTESIS, esta pretensión es de interpretación de mero derecho pues no se debe enajenar bienes de menores sin la Licencia Judicial que exigen los artículos 303 del Código Civil, mediante los procedimientos del Artículo 13 y 21 del Código General del Proceso, y el artículo 617 de la ley 1564 de 2012, y sin requerir prueba diferente al Documento de Promesa de Compraventa y el registro civil de nacimiento que se allegaron con la demanda.

1.4.- El Ad Quo interpretó erróneamente del artículo 1850 del Código Civil cuando dijo que se estableció el pago del precio con una cantidad valorable en otros bienes inmuebles mayor a la que se iba a entregar en dinero: El Juez de Primera Instancia en su Sentencia manifestó:

“(…)Ello no quiere decir que se estuviera tratando de otro tipo de contrato o que fuera un contrato diferente, la misma norma subsana la situación indicando que se entenderá permuta, es decir, ese se entenderá parte o genera una subsanación de esa situación y en el momento de elevarse el contrato por medio de la escritura pública se entenderá entonces que lo que se está obrando es una permuta atendiendo lo indicado en el artículo 1850 Código Civil(...) (Subrayas son mías)”

Esta interpretación por parte del a quo es errónea, toda vez que se puso a hablar lo que no dice la norma: las partes acordaron una promesa de compraventa pero el contenido del documento se adecúa en forma típica a la promesa de contrato para

¹ Cas., 29 mayo 1983, VIII, 300; 8 octubre 1913, XIII, 290; 19 agosto 1935, XLII, 372; 15 de febrero de 1940, XLIX, 71; 28 de agosto 1945, LIX, 424).

ejecutar una permuta, con el agravante que la promitente compradora pretendió pagar con dos (2) inmuebles por valor de 275 millones de pesos que cubre el equivalente a 91% del precio de la casa a vender por 300 millones de pesos. Por tanto, esta forma de pago con otros bienes, excedió a los 25 millones que se pagarían en efectivo, degenerando así la promesa de compraventa en una permuta, en los términos del Art. 1850 C.C.

El contenido de la promesa objeto de demanda, contiene unas cláusulas para tres promesas de compraventa, que no se precisaron y degeneraron en una permuta, infraccionando el artículo 1611 del Código Civil [Artículo 89 de la Ley 153 de 1887], el cual claramente estipula: “**Los términos de un contrato prometido, solo se aplicarán a la materia sobre que se ha contratado**”. Es decir, no se debe hacer ni prometer un contrato y luego terminar ejecutando por escritura pública otro muy diferente, con prestaciones distintas, tal como aquí ocurrió. Por tanto, contrariaron el imperativo del inciso penúltimo de la norma, que dice que sólo se aplicará un contrato prometido a la materia sobre la que se ha contratado.

Honorables Magistrados, mi cliente lo dio absolutamente todo, dio su casa que era lo único que tenía, frente a un apartamento embargado y secuestrado que recibió. El apartamento embargado y secuestrado que no me explico cómo es que un secuestre sin la autorización del Juez 55 Civil Municipal, se haya prestado a entregarle el inmueble al ejecutante. ¡Eso es grave! Este hecho tampoco lo tuvo en cuenta el Juzgado de primera instancia, a pesar de tratarse de un flagrante fraude procesal, tanto en el Juzgado 55 Civil Municipal, como para este Juzgado ad quo que como objeto ilícito también **podría ser causa** para la nulidad de la promesa de compraventa demandada.

II. RAZONES PARA EL AD QUEN DECLARE LA RESOLUCIÓN DE LA PROMESA DE COMPRAVENTA DEMANDADA: Subsidiariamente al cargo anterior (I), le presento a Ustedes, Honorables Magistrados de la Sala Civil del Tribunal del Distrito Judicial de Bogotá las siguientes razones para la Resolución de la Promesa de Compraventa, subsidiariamente que el evento que no se declare la nulidad del Contrato de Promesa de Compraventa, argumentado en el ordinal anterior, por encontrarse satisfechos los presupuestos fácticos del artículo 1546 del Código Civil por incumplimiento contractual de la promitente vendedora señora AIDA AZUCENA ARIZA MAHECHA con fundamento en las pruebas siguientes:

Para la cual me permito resumir al respecto, lo plasmado por el Ad Quo en los siguientes términos:

“La Doctrina y la jurisprudencia nacional en forma reiterada y constante han autorizado que para la procedencia de la acción de resolutoria es menester que concurren los siguientes presupuestos: primero la existencia de un contrato bilateral válido, segundo el incumplimiento total o parcial de las obligaciones por parte del demandado y tercero que la demandante a su turno haya cumplido las obligaciones que le impone la convención o por lo menos se haya allanado a cumplir en alguna forma y en el tiempo debido”. “(...) que como se indicó anteriormente cumple a cabalidad los requisitos legales pues consta por escrito el negocio prometido es eficaz y se identificó la notaría en que ello ocurriría”. “(...) En ese orden de idea, solo resta estudiar la legitimación para demandar las pretensiones, por ello la ley exige que quien intente demandar debe haber cumplido con sus obligaciones o por lo menos se haya estado presto a cumplirlas”. “ (...) Artículo 45 del Decreto 2148 de 1983 el cual indica que, abro comillas, “Cuando se trate de comprobar que una persona concurrió a la notaría a otorgar una escritura prometida, el notario dará testimonio escrito de la comparecencia mediante acta o escritura pública, a elección del interesado (...) (Subrayas son mías)”

2.1.- La promitente compradora Aida Azucena ARIZA MAHECHA, en la cláusula quinta del contrato de promesa de compraventa, se obligó en manera simple: Esto es, sin plazo ni condición, a pagar 25 Millones de pesos en efectivo a la Sra. Rosa Matilde GACHA BOHÓRQUEZ, en virtud de la promesa. La demandada no solo no hizo efectivo el pago de la mencionada suma, toda vez que no se lo entregó a la demandante en forma inmediata a la promesa; sino que pretendió y creyó haberlo pagado con materiales comprados en diferentes almacenes de materiales de construcción (Ver folios 226-251 del primer cuaderno) para que la demandante realizara mejoras en el apartamento 103 de la Calle 147 N° 11-71 de matrícula 50N-666972 de Bogotá, el cual no era de propiedad de la demandada y correlativamente tampoco sobre el cual se podía hacer escritura pública de compraventa por encontrarse embargado y secuestrado, es decir, fuera del comercio.

Por supuesto que la Sra. Rosa Matilde GACHA, con los materiales de construcción hizo las mejoras para hacer habitable el anterior apartamento pero siguiendo las instrucciones de la demandada, como consta a folios 226-227, de haber recibido los cheques que allí reposan y las cantidades que se cuidó en firmar al frente de cada cantidad, tal como reposa en la parte superior del folio 251 del Cuaderno Principal (\$13.500.000). Por tanto, el documento de la promesa de contrato sobre la casa 47 de la Calle 169 B # 75-73, con sus garajes, de la ciudad de Bogotá D.C., que reposa en el folio 251 del cuaderno principal, no constituye documento de otro sí, es un

documento de producción unilateral de la demandada y el mismo no evidencia que las partes hayan cambiado el pago de los 25 Millones de Pesos en dinero contante y sonante por el pago con materiales para la construcción y mejora del apartamento 103 de la Calle 147 N° 11-71 de Bogotá.

2.2.- Las partes en la cláusula Novena de dicho contrato, se comprometieron a no transferir las posesión exclusiva en cada uno de ellos, a ningún título a terceras personas hasta tanto obtuvieran la propiedad sobre los respectivos inmuebles: Las partes se prohibieron mutuamente no cederse las posesiones a terceras personas y aquí en el proceso la parte demandada incurrió en el comportamiento procesal de ceder su posesión para hacer perdidiza la posesión. El Abogado William Fernando CÁRDENAS DÍAZ en el año 2013 recibió la casa 47 de la Calle 169B N° 75-73, el cual es objeto de promesa de compraventa, para custodiarla, pero terminó prometiéndola en compraventa a un tercero, la Señora Mónica ZULUAGA (Ver folios 628-709), según consta en una promesa de compraventa que reposa en el expediente (Folios 627-630 del cuaderno principal) y quien actualmente tiene la posesión del mencionado inmueble.

Este hecho, Honorables Magistrados, de constituir una promesa de compraventa con una tercero diferente a la promesa de compraventa objeto de Litis constituye un fraude procesal, más aún, cuando el Abogado William Fernando CÁRDENAS DÍAZ después se constituye en apoderado de la señora Aida Azucena ARIZA MAHECHA (fls. 740-741 del Cuaderno Principal), una vez la abogada la doctora Esperanza SASTOQUE renuncia. ¡Eso es un fraude procesal consumado en el mismo proceso 2013-00162-01, eso es gravísimo! Ese fraude procesal consumado fue denunciado, por un lado, ante la Fiscalía por la demandante; y por otro lado, ahí está la constancia que en el expediente dejó la Perito Dra. Luz Adriana RICO²² a lo largo del trámite de la Inspección Judicial para emitir su peritaje de avalúo de los inmuebles objeto de su pericia (Folios 628-709 Cuaderno Principal), e inclusive fue víctima de amenazas con el objetivo de obstruir la diligencia.

2.3.- La demandada no se precipitó a demandar: No se comparte esa razón del juzgado Ad Quo, pues la demandada no cumplió con el saldo de 150 Millones de pesos que se obligó a pagar en el término no superior a los cuatro meses, sobrentendidos, entre el 8 de marzo y el 8 de julio de 2012, representados en un inmueble que sería adquirido por la demandada para entregarlo en forma real y

²² La perito Luz Adriana Rico, quien en el curso del proceso realizó la Inspección Judicial informó que al momento del peritaje a ella le obstruyeron el ingreso al inmueble y entonces la persona que estaba allí dijo que ese inmueble ya no era de Aída Ariza, porque la Sra. Rosa Matilde Gacha Bohórquez no le había traspasado la propiedad. Que ese inmueble se lo habían vendido a una señora de nombre Mónica Zuluaga.

material a la demandante (Artículo 1633 Código Civil) y el cual una vez obtenido sería objeto de otrosí en el contrato de promesa de compraventa de marzo 8 de 2012.

Todo se trató de un engaño con la adquisición del mencionado inmueble, como lo pretendió hacer ver a folios 252-254 del expediente, donde reposa una carta suscrita presuntamente por la demandada y certificada por INTERRAPIDISIMO con fecha julio 5 de 2012 enviada a la demandante (fl. M255 del Cuaderno principal) y presuntamente recibida por un señor Alirio ORDOÑEZ, aunque en el expediente no haya constancia que este señor la haya entregado a la demandante para que dizque compareciera el día 6 de julio de 2012 a la hora de las doce (12) meridiano, mismo día en que se recibió la cara para que la Sra. Rosa Matilde GACHA BOHORQUEZ compareciera "(...) para hacer la entrega respectiva del inmueble de la carrera 68C N° 22-10 sur interior 13 apartamento 101 de la ciudad de Bogotá de matrícula inmobiliaria N° 50S-40076503(...)" pero dicha carta, no dice que se anexara la promesa de compraventa.

Ante esto pregunto, Honorables Magistrados: ¿Por qué esperar un término agonizante para citarla, para supuestamente entregarle el inmueble que le entregaría a la demandada por valor de 150 millones de pesos para completar el precio de los 300 millones de pesos del precio de su casa prometida en compra venta?

2.4.- Señores Magistrados la promesa de compraventa con la que supuestamente prometieron comprar para entregar a la demandada, que no anexaron al oficio enviado el 05 de julio de 2012 (fl.253-261). Esa promesa tampoco era suficiente para la oferta de pago válido: sino que debieron haberle hecho una oferta de pago por consignación (Artículo 1656 C.C.) mediante un juzgado sobre el inmueble que como parte del precio la promitente compradora se obligó a adquirir, vale decir que la demandada se obligó comprar en compraventa por el valor del saldo de 150 millones de pesos para entregarlo en "respaldo" y no en manera de pago a la demandante, como consta en la parte final de la cláusula quinta de la promesa de compraventa del 08 de marzo de 2012, obrante a folios 12-14 del Cuaderno Principal y que es objeto de la presente Litis.

2.5.- Finalmente todos los incumplimientos contractuales dejaron a mi cliente sin nada: mi cliente lo dio todo y se quedó con las manos cruzadas, no tiene casa, perdió su casa, reside actualmente en el apartamento 103 de la Calle 147 # 11 - 71 de la ciudad de Bogotá D.C., inmueble de marras que se encuentra aún a la fecha embargado y secuestrado. Tampoco le entregan el tercer apartamento, no tiene nada, ¡la dejaron en la calle! Esto que la dejaron en la calle es suficiente para sustentar esta nulidad, no le resultó necesario esperar al 30 de octubre de 2014 para el Sr.

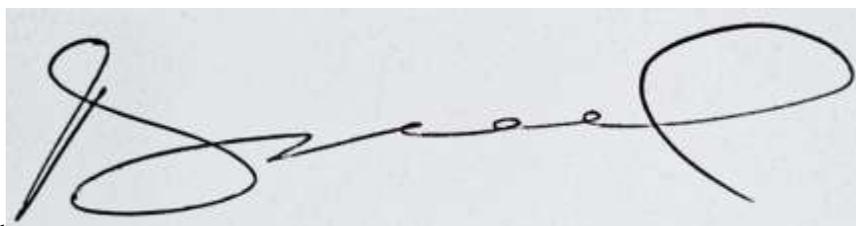
Notario 29 de Bogotá le extendiera una constancia de comparecencia a correr la escritura pública prevista en el Artículo 45 del Decreto 2148 de 1983 el cual indica que, abro comillas, “*Cuando se trate de comprobar que una persona concurrió a la notaría a otorgar una escritura prometida, el notario dará testimonio escrito de la comparecencia mediante acta o escritura pública, a elección del interesado*”.

Tampoco existió precipitamiento, mi representada no podía esperar más de dos años para demandar después del 14 de octubre del 2014. Para eso se citó a conciliación, para no hacer las cosas a espaldas de la demandada y se hicieron dos audiencias sin llegarse a un acuerdo. Los daños causados hasta ese momento no podía esperar que se agravaran más y tan es así, que habiendo obrado en el término prudencial que lo permitieron las circunstancias, en este momento la posesión de su propiedad se encuentra en manos de la señora Mónica ZULUAGA, un tercero a quien se ha tocado demandar en proceso reivindicatorio en el Juzgado 15 Civil del Circuito de Bogotá en el radicado No. 11001-3103-015-2018-00407-00, tal sería pedirle a una víctima de lesiones el esperar que lo maten para luego acudir a la autoridad.

2.5.- Por consecuencia solicito la Revocatoria de la Sentencia de Primera Instancia y en consecuencia, se reestablezcan los derechos que fueron negados por el Juzgado 51 Civil del Circuito de Bogotá ordenando la nulidad de la promesa de compraventa: demanda que en su defecto la resolución de contrato del artículo 1546 del Código Civil y las indemnizaciones del caso para cualquiera de los eventos anteriores, las prestaciones mutuas y las condenas en Costas y Agencias en Derecho correspondiente.

Bogotá, D. C., 5 de Agosto de 2020

Atentamente,



ABG. RAFAEL RAMÓN MOLINA SEOANES

C.C: 13'837.273 de B/manga.

T.P. 48.000 C. S. J.

HONORABLE:
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO SUPERIOR DE BOGOTÁ.
SALA CIVIL
MAGISTRADA: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO
E. S. D.

Ref. PROCESO VERBAL: 11001310303520150089501
DEMANDANTE: MARTHA LUCIA ALBARRÁN REYES Y OTROS
DEMANDADO: CONSORCIO EXPRESS S.A.S. Y OTROS

CRISTIAN CAMILO CONTRERAS ALARCÓN, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi correspondiente firma, obrando como apoderado de CONSORCIO EXPRESS S.A.S., demandado dentro del proceso de la referencia, comedidamente solicito a su Despacho que previo al trámite que corresponde para continuar con el recurso de alzada, por medio del presente escrito interpongo recurso de REPOSICIÓN en contra del auto calendarado con fecha 30 de Julio de 2020 y notificado en estado del 31 de Julio del 2020, con base en los siguientes:

PARTE MOTIVA.

Primero: El día 08 de julio del 2020 con estado del 09 de julio del 2020 el despacho emite auto en donde se corre traslado del recurso de reposición interpuesto por la parte demandante dentro del proceso.

Segundo: una vez revisado en la página de la rama judicial <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/39914731/MEMORIALES+FIJADOS+LISTA+L-25+JULIO+9+DE+2020+OK.pdf/d6255f5e-f961-4c95-9ac5-62b84f62bced>, se observa que dentro de la documentación subida por su honorable despacho no reposa ningún documento presentado por apoderado de la parte actora, ni tampoco documentos que coincidan con el número de proceso o las partes intervinientes.

Tercero: por lo anterior expuesto este togado solicito al despacho de manera respetuosa el día 10 de julio del 2020, se sirvieran en dar a conocer el escrito presentado por el togado de la parte actora, para así poder pronunciarme del mismo.

Cuarto: el día 30 de julio del 2020 con estado del 31 de julio del 2020, el despacho emite auto en donde decide el recurso de reposición interpuesto por la parte actora, y se pronuncia sobre la solicitud elevada por este togado negando dicha solicitud, manifestando que dicho documento se encontraba en 'FIJACION EN LISTA ELECTRONICA L-25'.

Quinto: con base en lo anterior este togado vuelve a revisar nuevamente en el listado publicado en la lista electrónica L-25, buscando los criterios por nombre del abogado demandante, numero de proceso, partes procesales, sin que se encuentre dentro de este, el documento referido a que hace mención el honorable despacho.

Sexto: ahora bien dentro de la misma base electrónica L-25 se observa un escrito de nulidad presentado por la apoderada de seguros del estado, demandada dentro del proceso, en folio 27 repitiéndose el mismo escrito en folio 33.

Séptimo: Para concluir honorable magistrada, como quiera que dentro del auto del 30 de Julio de 2020 y notificado en estado del 31 de Julio del 2020, su honorable despacho se pronuncia frente a la petición elevada por este togado, al no haberse dado traslado para conocer el escrito y así poder pronunciarme a la solicitud de nulidad, a criterio de este togado se puede evidenciar claramente que al no cumplirse a cabalidad lo reglado en el Art. 319 del C.G.P., se incurre en una violación al debido proceso, al derecho de defensa y contradicción, acceso a la justicia, por las razones antes expuestas.

Con base en los anteriores Motivos solicito a usted se conceda las siguientes:

PETICIÓN

Primero: Se reponga el auto emitido el con fecha 30 de Julio de 2020 y notificado en estado del 31 de Julio del 2020, por las razones expuestas en la parte motiva de esta petición y en ese sentido se revoque este auto.

Segundo: Se dé a conocer a las partes, en este caso a los demandantes, el escrito de reposición interpuesto por el apoderado de la parte demandante, para así ejercer cumplir lo reglado en el Art. 319 del C.G.P. y poder pronunciarnos frente a este recurso y así se tome una decisión por su honorable despacho, una vez conocidos los argumentos de las partes.

DERECHO

Invoco como fundamento de derecho el Art. 2, 138 y 319 del C.G.P., Art. 29 de la C.P.C. y las demás normas que se encuentren concordantes con la petición invocada.

PRUEBAS

Solicito tener como pruebas las siguientes:

1. Descarga de PDF de la página de la rama <https://www.ramajudicial.gov.co/documents/2233156/39914731/MEMORIALES+FIJADOS+L+ISTA+L-25+JULIO+9+DE+2020+OK.pdf/d6255f5e-f961-4c95-9ac5-62b84f62bced> Donde se puede consultar que no está el escrito de reposición presentado por el apoderado de los demandantes.

ANEXOS

El numeral uno de los enunciados en el acápite de pruebas.

NOTIFICACIONES

Al suscrito apoderado: calle 17 N° 10 – 16 oficina 603 de la ciudad de Bogotá Colombia, teléfono 3004921841 correo cristian.contreras@sercoas.com

Atentamente,


CRISTIAN CAMILO CONTRERAS ALARCÓN
C.G. No 86 771.247 de Bogotá.
T. P. No. 168.349 del C. S. de la J.

MM ABOGADOS LTDA

Señores

TRIBUNAL DE SUPERIOR DE BOGOTA

SALA CIVIL

Att. H.M.P. Dr. Julián Sosa Romero

Ciudad

REF **RADICADO 110013103036201300480-01**
REPAROS APELACION
PROCESO DECLARATIVO ORDINARIO
DEMANDANTE FAJOBE S.A.S.
DEMANDADO CONSTRUCCIONES Y TOPOGRAFIA LIMITADA
Y ESTHAL INGENIERIA S.A.S.

En mi calidad de apoderada de la entidad demandante en el proceso de la referencia, me permito sustentar los reparos a la sentencia proferida por el Aquo, así:

- 1.- El Aquo en sus consideraciones indicó que los retrasos no eran imputables a CONSTRUTOPO, sino que era imputable a un tercero, que en este caso era de KELLOG, que por lo tanto carecía de responsabilidad de CONSTRUTOPO, para reconocerlos.

No comparto las consideraciones del Aquo, en razón a que el contrato se suscribió directamente entre FAJOBE S.A.S. y LA UNION TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA, quienes debían conocer las condiciones de la obra, para poder subcontratar y quienes por su profesionalismo que los investía debían conocer claramente cuáles eran las condiciones con el cliente final.

En cuanto a las consideraciones del despacho, de que no se habían probado los perjuicios causados, no lo comparto, toda vez que de las declaraciones de los testigos, del interrogatorio de parte y de la propia contestación de la demanda, se probó que se causaron adicionales a la obra por causa directa del contratante

Cra. 33 No. 25 D – 20 Torre 3 oficina 6
Tel 4674495
Celular-3174410983
Email mmabogados46@outlook.com
Bogotá-Colombia

MM ABOGADOS LTDA

UNION TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA, así como de la prueba documental allegada.

En cuanto a los sobre costos, se probó cada uno de ellos y se allegó el soporte que los acreditaba en su oportunidad procesal.

Si se revisa las pruebas aportadas, se puede observar que UNION TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA, si son las responsables del reconocimiento de los sobrecostos adicionales causados en la ejecución de la orden de compra 01 de fecha 14 de diciembre de 2010, para ello basta con revisar el contrato de transacción suscrito entre UNION TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA y KELLOG, dueño de la obra, que se vio también afectada ante el incumplimiento de los compromisos adquiridos por dicha entidad.

2.- DESVINCULACION DE ESTHAL INGENIERIA, DECLARANDO PROSPERA LA EXCEPCIÓN DE FALTA DE LEGITIMAD DE LA PASIVA ESTHAL INGENIERIA.

La demandada ESTHAL INGENIERIA, fue desvinculado del proceso, por qué el Aquo consideró no se había observado ninguna vinculación de este en la relación contractual que existió con FAJOBES S.A.S., que estaba claro que el contrato había sido verbal y que ESTHAL INGENIERIA no había participado de éste.

El despacho no tuvo en cuenta, ni le dio valor probatorio a la orden de compra 001 de fecha 14 de diciembre de 2010, que reposaba en el expediente que ésta provenía de la UNION TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA, y que allí se indicaba favor facturar a nombre de la UNIÓN TEMPORAL CONSTRUTOPO – ESTHAL INGENIERIA, la liquidación de cantidades de obra de fecha 23 de diciembre de 2011, las actas de reunión que se celebraron entre las partes, en donde claramente se hacía referencia al unión temporal, a las facturas que se allegaron que habían sido emitidas a la unión temporal, por lo que no tenía razón a excluir de esta demanda a la demandada ESTHAL INGENIERIA, como lo hizo.

Las Uniones Temporales no tienen personería jurídica, y quienes están llamados a responder por sus actos son las entidades que la conforman, en este caso CONSTRUTOPO y ESTHAL INGENIERIA, siendo solidarios entre ellos de todas las obligaciones adquiridas por dicha unión temporal.

*Cra. 33 No. 25 D – 20 Torre 3 oficina 6
Tel 4674495
Celular-3174410983
Email mmabogados46@outlook.com
Bogotá-Colombia*

MM ABOGADOS LTDA

“SENTENCIA, CONSEJO DE ESTADO SALA DE LO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO SECCION TERCERA SALA PLENA Consejero ponente: MAURICIO FAJARDO GOMEZ Bogotá., D.C., veinticinco (25) de septiembre de dos mil trece (2013) Radicación número: 25000-23-26-000-1997-03930-01(19933) Actor: CONSORCIO GLONMAREX Demandado: CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA Y OTROS Referencia: SENTENCIA DE UNIFICACION JURISPRUDENCIAL – CONSORCIOS.

“...Consejo de Estado ha expresado que “[E]l consorcio es entonces una forma no societaria de relación o de vinculación de actividades e intereses entre distintas personas que no genera otra persona jurídica, con miras a obtener la adjudicación, celebración y ejecución de contratos, regida por las condiciones que tienen a bien acordar los participantes del consorcio, y por tanto, correspondiente al ámbito de actividad e iniciativa privada, no obstante la responsabilidad solidaria y la penal establecidas en la ley (arts. 7º y 52, ley 80 de 1993)”²³. Por su parte, la Corte Constitucional, en sentencia C-414 del 22 de septiembre de 1994, por medio de la cual declaró exequible el parágrafo 2o. del artículo 7o. de la Ley 80 de 1993, afirmó que los consorcios no constituyen personas jurídicas y que su representación conjunta tiene lugar para efectos de la adjudicación, de la celebración y de la ejecución de los correspondientes contratos²⁴. No ofrece, entonces, discusión alguna el hecho de que tanto los consorcios como las uniones temporales carecen de personalidad jurídica diferente de aquella que acompaña a las personas naturales y/o morales que los integran²⁵.
23 Consejo de Estado, Sala de Consulta y Servicio Civil, Concepto de 30 de enero de 1997,...

PETICION

En consecuencia, solicito se revoque la sentencia proferida por el Aquo y se acojan las pretensiones de la demanda y se condene al pago de los perjuicios causados a favor de FAJOBES S.A.S., así mismo se declare improspera la excepción mediante la cual se desvinculo a la demandada ESTHAL INGENIERIA, por ser ésta solidaria en el pago de las obligaciones adquiridas por la UNIÓN TEMPORAL CONSTRUTOPO - ESTHAL INGENIERIA en este proceso.

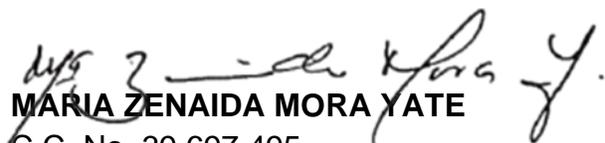
*Cra. 33 No. 25 D – 20 Torre 3 oficina 6
Tel 4674495
Celular-3174410983
Email mmabogados46@outlook.com
Bogotá-Colombia*

MM ABOGADOS LTDA

NOTIFICACIONES

Recibiré notificaciones en el correo electrónico mmabogados46@outlook.com, el cual se encuentra debidamente registrado en el Registro Nacional de Abogados.

Atentamente,



MARIA ZENaida MORA YATE

C.C. No. 39.697.495

T.P. No. 68.812 C.S.J.

*Cra. 33 No. 25 D – 20 Torre 3 oficina 6
Tel 4674495
Celular-3174410983
Email mmabogados46@outlook.com
Bogotá-Colombia*

Bogotá, agosto 03 del 2020

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ SALA CIVIL

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

mparradv@cendoj.ramajudicial.gov.co

E.S.D.

Referencia: **Sustentación de los Reparos a la Sentencia de Fecha 23 de enero del 2020 notificada por estado el día 7 de febrero del 2020, proferida por el JUZGADO TREINTA Y SEIS (36) DEL CIRCUITO DE BOGOTA**

Demandantes: **HENRY PEÑALOZA PARADA y PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**

Demandado: **LUIS NOE PULIDO RODRIGUEZ y MONICA ANDREA PULIDO MANRIQUE**

Proceso No. **11001310303620190014901**

NEWMAN BAEZ MARTINEZ, abogado en ejercicio, identificado con la cédula de ciudadanía No. 91.203.838 de Bucaramanga y Tarjeta Profesional No. 202.574 del C.S.J. obrando en calidad de apoderado de los señores

HENRY PEÑALOZA PARADA, mayor, vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. No. 1.074.158.578, expedida en Chipaque, y **PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**, mayor, vecino de esta ciudad, identificado con la C.C. No. 1.022.984.224 expedida en Bogotá, respetuosamente me permito manifestar que estando dentro de la oportunidad legal respectiva, por medio de este escrito honorable magistrado me permito sustentar los reparos contra la sentencia de fecha 06 de febrero del 2020, proferida por el Juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá, en los siguientes términos:

La Sentencia recurrida, al pronunciarse en el fondo del asunto, niega las pretensiones de la demanda, al considerar, en Conclusión, que no se demostraron los elementos de la responsabilidad civil.

Yerra el Aquo, al no validar en conjunto todas las pruebas en una sola unidad, por lo siguiente:

Yerra el Aquo al no tener en cuenta el primer informe pericial de clínica Forense No. UBUCP-DRB-08299-2018, el cual resume el estado de mi poderdantes, para la fecha de expedición del examen, en análisis, interpretación y conclusiones: MECANISMO TRAUMATICO DE LESIÓN: CONTUNDENTE, con incapacidad médico legal DEFINITIVA DE NOVENTA (90) DIAS, secuelas médico legales: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter por definir, deformidad física que afecta el rostro de carácter por definir; perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter por definir; Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter por definir de mi defendido el señor **PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA** y el ingreso el día 23 de febrero de 2018 de mi defendido el señor HENRY PEÑALOZA PARADA a la entidad de en USS MEISSEN, donde estuvo internado la tarde del accidente, donde fue atendido por fractura abierta de

tibia manejo en dos tiempos: lavado y fijador externo inicialmente y fijación con clavo endomedular.

Es decir, mis defendidos los hermanos Peñaloza Parada ingresaron el mismo día del accidente, acaecido el 18 de noviembre del 2017.

Yerra el Aquo, al no validar por parte de los demandados que no tacharon de falso el accidente acaecido el 18 de noviembre del 2017 Localidad de Usme - Vereda Curubital, donde impactaron con el vehículo de placas TIPO CAMPÈRO PLACA BAV235 al vehículo tipo motocicleta de placas GAC-40E, conducido por los señores Pedro María Peñaloza Parada y Henry Peñaloza Parada

YERRA EL AQUO: Honorables magistrados, al no tener en cuenta los medios de convicción allegados al proceso como es la epicrisis de mis defendidos, los informes periciales de Medicina legal de cada uno de mis defendidos, los registros fotográficos del lugar de los hechos donde se puede apreciar claramente la placa del vehículo involucrado BAV235, TIPO CAMPERO de gran tamaño, conducido por el señor LUIS NOE PULIDO RODRIGUEZ, quien debía conducir con gafas, vehículo de propiedad de su hija la señorita MONICA ANDREA PULIDO MANRIQUE, es claro honorables magistrados que se encuentra plenamente acreditado el daño causado a mis defendidos

Yerra el Aquo al no tener en cuenta que El señor **PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**, como consecuencia del accidente de tránsito, sufrió trauma en cráneo, hemicara izquierda con pérdida de conciencia de pocos minutos de duración, trauma de tórax, abdomen y muslo izquierdo posterior dolor, deformidad y sangrado, según historia clínica de fecha 18 de noviembre de 2017, quien fue a tendido en el hospital el Tunal y remitido al hospital de Meissen.

Yerra el Aquo al no tener en cuenta que el día 23 de febrero de 2018, fue entregado el primer informe pericial de clínica Forense No. UBUCP-DRB-08299-2018, el cual resume el estado para la fecha de expedición del examen, en análisis, interpretación y conclusiones: MECANISMO TRAUMATICO DE LESIÓN: CONTUNDENTE, con incapacidad médico legal DEFINITIVA DE NOVENTA (90) DIAS, secuelas médico legales: Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter por definir, deformidad física que afecta el rostro de carácter por definir; perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter por definir; Perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter por definir.

Yerra el Aquo al no tener en cuenta que el día 26 de julio de 2018, fue entregado el **segundo informe pericial** de clínica Forense No. UBSC-DRB-11697-2018, el cual resume el estado para la fecha de expedición del examen, en análisis, interpretación y conclusiones: MECANISMO TRAUMATICO DE LESIÓN: contundente, incapacidad médico legal definitiva de Cien (100) días, SECUELAS MEDICO LEGALES: **Deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente**; perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter por definir, perturbación funcional de miembro inferior izquierdo de carácter por definir.

Yerra el Aquo al no tener en cuenta que **La segunda víctima** el señor **HENRY PEÑALOZA PARADA**, fue atendido en USS MEISSEN, donde estuvo internado la tarde del accidente, donde fue atendido por fractura abierta de tibia manejo en dos tiempos: lavado y fijador externo inicialmente y fijación con clavo endomedular.

OCTAVO: El día 16 de junio de 2018, fue entregado el **segundo informe pericial** de clínica Forense No. UBSC-DRB-09770-2018, el cual resume el estado para la fecha de expedición del examen, en análisis, interpretación y conclusiones: MECANISMO TRAUMATICO DE LESIÓN: Incapacidad médico legal DEFINITIVA DE CIENTO CINCUENTA (150) DIAS. SECUELAS MEDICO LEGALES: deformidad física que afecta el cuerpo de carácter permanente; perturbación funcional de órgano de la locomoción de carácter por definir. Realizada al señor HENRY PEÑALOZA PARADA.

NOVENO: Las deformidades permanentes físicas que afecta el cuerpo de mis defendidos los señores HENRY PEÑALOZA PARADA y PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA, han desencadenado un daño en la vida de salud de mis defendidos desde el punto de vista de la alteración de su equilibrio psíquico, una alteración grave, al punto de limitar su desempeño social y el disfrute de la vida, de sus deportes y de sus gustos.

Reparos a la Sentencia de Fecha 23 de enero del 2020 notificada por estado el día 7 de febrero del 2020, proferida por el JUZGADO TREINTA Y SEIS (36) DEL CIRCUITO DE BOGOTA

PRIMERO: Honorables magistrados la causa única y exclusiva de la producción del accidente en cuestión, y de los profundos daños que del mismo se derivaron, fue la conducta gravemente negligente e Imprudente del Señor **LUIS NOE PULIDO RODRIGUEZ**, conductor del **vehículo de placas BAV-235**. Quien debía conducir con gafas, no puede calificarse de otra manera, que el conductor infringió la Ley 769 de 2002, en los artículos 55, 61, 74, y 109.

SEGUNDO: A Ello cabe agregar que el accidente se produjo a plena luz del día, sin que existirán condiciones climáticas que dificultarán en manera alguna la conducción, frenado, o visibilidad del conductor del vehículo de placas BAV-235, quedando plenamente demostrado la Negligencia, Impericia he Imprudencia al infringir la norma de transito consagrada en el “art 61 del TITULO III *vehículo en movimiento de la ley 769 de 2002*” que se lee: ***“Todo conductor de un vehículo deberá abstenerse de realizar o adelantar acciones que afecten la seguridad en la conducción del vehículo automotor, mientras éste se encuentre en movimiento***

TERCERO: Honorables magistrados, es claro lo anterior, está demostrado que la parte demandante logro presentar dentro del proceso los elementos del daño antijuridico, el nexo de causalidad, y además los demandados para exonerarse de responsabilidad no acreditaron la existencia de alguna causa extraña.

CUARTO: Debe señalarse que las pruebas fueron regular y oportunamente allegadas al proceso, estas mismas pruebas que en termino, no fueron objetadas ni tachadas, motivo por el cual constituye plena prueba de los supuestos facticos que ellas contienen, las mismas deben ser valoradas en conjunto, bajo las reglas de la sana critica, permiten tener por establecido lo siguiente

QUINTO: Del daño antijuridico. Este lo constituye **Las deformidades permanentes físicas que afecta el cuerpo de mis defendidos los señores HENRY PEÑALOZA PARADA y PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA,** que se encuentran plenamente acreditada con las historias clínicas, e incapacidades, las intervenciones quirúrgicas, los informes del Instituto nacional de Medicina Legal y ciencias Forenses realizadas a mis defendidos

y que reposan en el cuaderno principal junto a la demanda presentada ante el Despacho del juzgado 36 Civil del Circuito de Bogotá.

SEXTO: Honorables Magistrados, Yerra el A quo con respecto a los daños causados por los aquí demandados, a mis defendidos los señores **HENRY PEÑALOZA PARADA y PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**, es un daño que los integrantes de la parte activa, no tienen el deber legal de soportar, por lo que se tendrá por probado el daño antijurídico.

SEPTIMO: Honorables Magistrados, Yerra el A quo, con respecto al nexo de Causalidad: Mis defendidos los señores **HENRY PEÑALOZA PARADA y PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**, quienes se desplazaban en el vehículo tipo motocicleta de placas GAC-40E, en calidad de pasajero y conductor respectivamente, en la Localidad de Usme - Vereda Curubital, cuando fueron colisionados por el vehículo de placas BAV-235 conducido por el señor **LUIS NOE PULIDO RODRIGUEZ de propiedad de la señora MONICA ANDREA PULIDO MANRIQUE** fueron engañados prometiéndole el señor Pulido Noe que les iba a apagar y a arreglar la moto, aprovechándose que son unos campesinos humildes que apenas saben hablar, abusando del poder de hacendado de la región, les hizo levantar la moto y que se fueran para la casa prometiéndoles pagarles los daños y no lo hizo razón de esta demanda.

OCTAVO: Honorables Magistrados, Yerra el A quo, en no analizar la comunidad de pruebas aportados al expediente, donde es claro que por la hora y el lugar en que ocurrieron los hechos, difícilmente pudo haber testigos del accidente que den certeza absoluta de lo sucedido, lo cierto es que según las referidas pruebas se puede colegir que la causa del accidente fue la

negligencia, imprudencia e impericia del conductor del vehículo de placas BAV-235 el señor LUIS NOE PULIDO RODRIGUEZ por andar sin las gafas.

NOVENO: Así las cosas, Honorables magistrados, Yerra el A quo, pues en este caso en concreto, se configuró la figura jurídica de la negligencia y la imprudencia, violando el deber objetivo de cuidado e incrementado el riesgo permitido en desarrollo de una actividad peligrosa siendo responsable de la conducta culposa en calidad de autor el señor conductor del vehículo de placas BAV-235, de propiedad de la señora Mónica Andrea Pulido Manrique.

DECIMO: Honorables Magistrados, Yerra El Aquo, que pretende hacer valer una prueba ilegal, inconducente y superflua, en el cual el AQUO manifiesta que mis defendidos estaban es estado de EMBRIAGUEZ para el momento del accidente acaecido el 18 de noviembre del 2017 sin tener ninguna prueba que acredite lo dicho por la señora Juez, violando flagrantemente el derecho a la defensa, a la contradicción y al debido proceso consagrado en el art. 29 delaC.P.

DECIMO PRIMERO: Honorables Magistrados, los aquí demandados no aportaron prueba de Alcolema de mis defendidos, conforme a la ley 1548 del 2012, LA LEY 1696 DE 2013 NI LA Resolución 1844de 2015, que manifestará el grado de Alcoholemia. Es así como Yerra el Aquo, en no cumplir con el mandato constitucional del articulo 29 en el inciso final que se lee “Es nula, de pleno derecho, la prueba obtenida con violación del debido proceso”, esta primera definición pone de presente que el constituyente de 1991 estableció, como sanción, la inexistencia de la prueba que viole derechos fundamentales instituidos en el debido proceso.

DECIMO SEGUNDO: Honorables Magistrados, Yerra El Aquo, en el alcance del artículo 2356 del Código Civil como fundamento normativo, “En cuanto atañe al tipo de responsabilidad civil descrito en el caso que nos ocupa, esto es, la originada por el ejercicio de actividades peligrosas, la cual consagra una presunción de responsabilidad que opera en favor de la víctima de un daño causado producto de una labor riesgosa, aspecto que la releva de probar su existencia de la culpa en el acaecimiento del accidente y, por tanto, para que el autor del mismo sea declarado responsable de su producción, sólo le compete demostrar la conducta o hecho antijurídico, el daño y la relación de causalidad entre éste y el perjuicio”. y/o que el accidente se debió a una causa extraña o a un caso fortuito.

DECIMO TERCERO: Honorables Magistrados, Yerra el Aquo, al no decretar las pretensiones de la demanda y condenar a los aquí demandados, no olvidemos honorables Magistrados, que el demandado solo se exonera de la responsabilidad civil si prueba que hubo caso fortuito o fuerza mayor y/o culpa de un tercero, lo cual no esta probado en el litigio ante el juzgado 36 civil del Circuito de Bogotá.

PETICION ESPECIAL

Con fundamento en los reparos presentados contra la sentencia que anteceden, solicito Honorables Magistrados se sirvan revocar la sentencia recurrida de fecha 23 de enero del 2020 notificada por estado el día 7 de febrero del 2020, proferida por el JUZGADO TREINTA Y SEIS (36) DEL CIRCUITO DE BOGOTA, y en su lugar se declare probadas las pretensiones de la demanda a favor de mis defendidos los señores **HENRY PEÑALOZA PARADA** y **PEDRO MARIA PEÑALOZA PARADA**.

Fuente Jurisprudencial

1. Sentencia CSJ SC de 24 de agosto de 2009, rad. 2001-01054-01.
2. Sentencia CSJ SC de 26 de agosto de 2010, rad. 2005-00611-01.
3. Sentencia CSJ SC de 16 de diciembre de 2010, rad. 1989-00042-01.
4. Sentencia CSJ SC de 17 de mayo de 2011, rad. 2005-00345-01.
5. Sentencia CSJ SC de 19 de mayo de 2011, rad. 2006-00273-01.
6. Sentencia CSJ SC de 3 de noviembre de 2011, rad. 2000-00001-01.
7. Sentencia CSJ SC de 25 de julio de 2014, rad. 2006-00315.
8. Sentencia CSJ SC de 15 de septiembre de 2016, rad. 12994.
9. Sentencia CSJ SC de 14 de abril de 2008.

Fuente Formal:

1. Artículo 2341, 2356 del Código Civil

Honorables Magistrados,



NEWMAN BAEZ MARTINEZ

C.C. No 91.203.838 de Bucaramanga

T.P. No: 202574 del C.S.J.

E-MAIL: newman4227@hotmail.com

Dirección: Calle 12B No. 8-23 oficina 706 en Bogotá

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Magistrado Ponente: Doctor Julián Sosa Romero

REFERENCIA: 0012014-59317 02
DEMANDANTE: ASOCIACIÓN LOS OLIVOS
DEMANDADO: SERVICIOS FUNERARIOS DE BOYACÁ LTDA SERFUNBOYACÁ
ACTUACIÓN: **SUSTENTACIÓN APELACIÓN SENTENCIA**

RAFAEL ACOSTA CHACÓN, en mi calidad reconocida de apoderado de la demandante ASOCIACIÓN LOS OLIVOS, por medio del presente escrito, procedo a **SUSTENTAR LA APELACIÓN** contra la Sentencia proferida el 5 de abril de 2016 proferida por el señor Superintendente de Industria y Comercio Delegado para Asuntos jurisdiccionales.

El objeto del proceso

Convoca el presente proceso el uso indebido o no autorizado, por parte de la demandada SEFUNBOYACA LIMITADA, de las marcas mixtas y figurativa “LOS OLIVOS” identificadas con números de certificados 265033, 265034, 265035, 348828, 348829, 170501 y 348825, por lo cual se pide declarar este hecho y la incursión en los consecuentes actos de competencia desleal que ello supone y, con base en estas declaraciones, ordenar a la demandada el cese de la usurpación de las marcas y condenarla al pago de una indemnización de perjuicios.

En su escrito de contestación de la demanda, con esfuerzo y en beneficio de darle al mismo algún sentido pareciere que SERBUNBOYACA se opuso a las pretensiones con una excepción fundada en unos contratos de subarriendo celebrados con la CENTRAL COOPERATIVA DE SERVICIOS FUNERARIOS COOPSERFUN, en los años 2000 y 2001, sobre unos inmuebles ubicados en los cementerios de Duitama y Sogamoso, de propiedad de la Diócesis de Duitama y Sogamoso, de cuya formalización – se dice- se desprende un contrato de agencia comercial de hecho, signifique lo que significare.

La Sentencia recurrida

La Sentencia recurrida ha encontrado plenamente demostrada en el plenario:

(i) La propiedad en cabeza de la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS de las marcas citadas.

(ii) El uso que a dichas marcas le está dando SERFUNBOYACA, en tanto que obra en el proceso prueba documental y la misma demandada lo reconoce.

La Sentencia sin decir, al fin, si se probó o no la supuesta excepción de merito, considera que hay unas relaciones jurídicas precedentes entre SERBUNBOYACÁ y la CENTRAL COOPERATIVA DE SERVICIOS FUNERARIOS COOPSERFUN cifradas en los contratos de marras invocados, respecto de los cuales reconoce inicialmente que obran en el expediente pruebas que dan cuenta de su terminación, las cuales por cierto sustentaron las medidas cautelares confirmadas por el Tribunal, a saber:

(i) La certificación del representante legal de COOPSERFUN en el sentido de que las relaciones jurídicas que otrora pudieron vincular a esta cooperativa con la demandada - si bien no le permiten a ésta usurpar las marcas de mi procurada -, terminaron completamente desde agosto 26 de 2014.

(ii) Las declaraciones dadas a una emisora por el representante legal de SERFUNBOYACÁ que dan cuenta de que era perfectamente consciente de que dichas relaciones habían terminado.

A pesar de lo anterior ha considerado el *a quo* que unas facturas presentadas por SERBUNBOYACA a COOPSERFUN y pagadas por esta, y una correspondencia cruzada entre ambas entidades, posteriores al 26 de agosto de 2014, indican que las relaciones comerciales derivadas de los contratos de subarriendo de inmuebles, que la demandada ha catalogado como una agencia comercial, no terminaron en dicha fecha y, por tanto, el uso que viene dando SERFUNBOYACÁ a las marcas de propiedad de la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS está autorizado por COOPSERFUN.

De esta circunstancia concluye la sentencia, sin precisión alguna de orden temporal, que el uso de las marcas de propiedad de la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS por parte SERFUNBOYACA está consentido y autorizado por dicha asociación – que es la demandante en este proceso -, dado que COOPSERFUN es un afiliado a la misma y, por tanto, hay una autorización que se ha dado en llamar indirecta.

La censura contra la sentencia recurrida

El derecho de propiedad sobre las marcas mixtas y figurativas “LOS OLIVOS” que tiene la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS, constitucional y legalmente, es un derecho fundamental “erga omnes” que merece y exige protección del Estado frente al uso indebido de todo tercero, esto es, cualquier persona diferente a su titular ASOCIACIÓN LOS OLIVOS, sin su consentimiento.

No puede presumirse dicho consentimiento, ni mucho menos deducirse a partir de supuestos actos de un afiliado a la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS, en la forma en que se ha hecho en la sentencia.

El carácter “erga omnes” del derecho de propiedad presupone que NADIE puede fundar derecho sobre una cosa material o inmaterial sin el consentimiento del titular.

Por eso, el artículo 155 de la Decisión 486 señala que cualquiera de las conductas allí enumeradas constituye infracción al derecho de propiedad sobre una marca, cuando quiera que se realicen sin el consentimiento del titular, consentimiento éste que, por la naturaleza del derecho fundamental protegido, está sujeto a condiciones y formalidades legales, entre otras, un escrito contentivo de un consentimiento expreso, como lo ha dicho el Consejo de Estado, por ejemplo en Sentencia de octubre 13 de 2013, de la Sección I.

A más de que el consentimiento para el uso de una marca por parte de un tercero está rodeado de ciertas formalidades, no se puede, en derecho, sin fundamento en una norma legal, asumir dicho consentimiento en la eventual autorización de uno de los afiliados a la Asociación demandante, por cuanto ello no es nada distinto a llevarse de calle dos principios jurídicos elementales: el **principio de la personalidad jurídica y el de la relatividad de los actos jurídicos**.

En efecto, la Sentencia recurrida no puede soslayar que:

(i) La corporación ASOCIACIÓN LOS OLIVOS es una persona jurídica diferente a sus afiliados, uno de ellos COOPSERFUN, sin que puedan confundirse una persona con otra, en el todo informe que ha armado la demandada en su contestación.

La ASOCIACIÓN LOS OLIVOS es, como se acredita con el Certificado de Existencia y Representación obrante en el expediente, una corporación o asociación sin ánimo de lucro.

La actuación de cualquier corporación la determina su capacidad y sus propios estatutos, y se ejerce no por sus afiliados, sino por sus órganos. *“La Corte (G.J. LXXVII, página 845) ha dicho: “La capacidad de obrar de la persona jurídica” resulta, en primer término, del fin que persigue (teoría de la especialidad); en segundo término de los estatutos en los cuales se prevén los medios de realizarlo. Esa capacidad la desempeñan sus órganos, según teoría aceptada por la Corte para explicar el funcionamiento de los entes morales, especialmente, los de derecho privado”*

Es más que ostensible que COOPSERFUN – persona jurídica diferente a la corporación ASOCIACIÓN LOS OLIVOS -, no es un órgano de ésta corporación y, por tanto, no obra ni en nombre, ni por cuenta de esta, máxime cuando por otro lado, no aparece ni en el escrito de contestación, ni en ninguno de los más de cuatrocientos folios que se han aportado al proceso, prueba alguna de que los supuestos actos realizados por COOPSERFUN se hicieron en nombre de la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS.

(ii) A más de que COOPSERFUN es persona distinta y no es órgano de la corporación ASOCIACIÓN LOS OLIVOS, tampoco es propietaria de ninguno de sus bienes o de parte de estos, sino un afiliado. Como con claridad lo expresa el artículo 637 del C C: *“Lo que pertenece a una corporación, no pertenece ni en todo ni en parte a ninguno de los individuos que la componen; y recíprocamente, las deudas de una corporación no dan a nadie derecho para demandarlas en todo o parte, a ninguno de los individuos que componen la corporación, ni dan acción sobre los bienes propios de ellos, sino sobre los bienes de la corporación”*

(iii) Si en verdad los contratos de subarriendo de unos inmuebles y una agencia mercantil de hecho - cuya existencia no se acredita con documento alguno -, dijeren lo que se les atribuye en el escrito de contestación, con ello se violaría el **principio de la relatividad de los actos jurídicos**, en cuya virtud los contratos no vinculan sino únicamente a las partes que los celebran con lo cual, a más de que la ASOCIACIÓN LOS OLIVOS no fue parte en los contratos que la demandada SERFUNBOYACÁ dice haber celebrado con COOPSERFUN, no se pueden extender a ella sus efectos, cuando ésta última no es uno de sus órganos y, de ser cierto que celebró dichos contratos, lo hizo en nombre y por cuenta propia, con lo que los mismos le resultan inoponibles.

En proceso prácticamente idéntico al presente, ese H Tribunal en Sentencia proferida el 3 de agosto de 2017 en el proceso 2014-59306, de cuyo texto da cuenta el Anexo del Acta de Fallo para la publicación, expresó:

“1. El Tribunal revocará la sentencia apelada, pues no hay duda acerca de la utilización del signo distintivo “*Los Olivos*” por parte de Inversiones Joguerrero S.A.S. para la explotación de su actividad económica, habida cuenta la parte opositora reconoció como cierto tal hecho. El punto de divergencia con el fallo apelado está en que para la utilización, a Juicio de la Sala, la sociedad opositora no se encuentra habilitada por el propietario de la marca, de modo que el uso de la misma debe considerarse como una infracción marcaria, como a continuación se pasa a explicar”.

“2. En efecto, la tesis del Juzgado *a quo* se basó en que la utilización de la marca por parte de Inversiones Joguerrero S.A.S estaba autorizada por Coopserfun – Cooperativa que forma parte de la Asociación demandante- conclusión que extrajo, fundamentalmente, del documento titulado “*Reglamento de uso de marca*” (fl.56.2; del hecho que Coopserfun dio a la demandada en arrendamiento un local para que desarrollara la prestación de servicios funerarios (fl.23 c.2); de la circunstancia de que Coopserfun considera a Joguerrero como una sede de Los Olivos en la Sabana de Bogotá (fl 51, 126-132 *ibíd.*), y, finalmente, porque se probó la existencia de una relación comercial entre Coopserfun y Joguerrero”.

“Empero, considera la Sala, del mismo modo en que con atino lo advirtió el recurrente, que el hecho de que Coopserfun forme parte de la Asociación demandante no le confiere poder de disposición sobre los bienes de los que esta última es propietaria; y aunque acá se demostró que Coopserfun cuenta con licencia para la utilización de la marca mixta “*Los Olivos*”, como se desprende del Certificado de inscripción 265033 (fl.23. c. 1), no se acreditó, sin embargo, que esa habilitación haya comprendido la posibilidad de que Coopserfun celebrara, a su turno, actos dispositivos sobre el signo distintivo con terceros, al punto de facultarlos para la explotación comercial de la marca para la prestación de servicios funerarios, como si se tratara de una licencia conferida por el propio titular. Tal circunstancia debía ser irrefragablemente acreditada, pues a juicio de esta Corporación no hay manera de asumir que el contrato de licencia le confiere al licenciatarario la prerrogativa de *utilizar* determinada marca, y, además, la de *disponer* de la misma e incluso de otras de que sea propietario el licenciante, permitiendo, por ejemplo, que terceros las utilicen en tales y cuales condiciones, pues semejante potestad sólo la tiene, naturalmente, el titular del registro”

.....

“4. Por las razones expuestas, es evidente que la oposición formulada por la empresa demandada (quien no propuso ninguna excepción de manera expresa) no estaba llamada a prosperar, en la medida en que a pesar de que probó la existencia de relaciones de índole comercial con Coopserfun, en virtud de las cuales utilizaba la marca Los Olivos para la prestación de servicios funerarios en el municipio de Soacha, en este caso se echa de menos prueba del consentimiento expreso por parte de la Asociación los Olivos para que Inversiones Joguerrero explotara con fines mercantiles sus marcas, con lo cual es palmario que las pretensiones estaban llamadas a prosperar....”

Por estas razones solicito que se revoque el fallo recurrido y, en su lugar, se de curso a las pretensiones de la demanda.

Del H Tribunal, respetuosamente,



Rafael Acosta Chacón
C.C 79.230.843
T.P.61.753

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ
SALA CIVIL
Atn. Dr. **LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ**
Magistrado Ponente
E. S. D.

Ref.: 11001319900220180024902
De: Kreston RM S.A. Nit. 800059311-2
Contra: JUAN JOSÉ RIVERA Y OTROS

ANA ELIZABETH CASTRO FLORIAN, mayor de edad, vecina de esta ciudad, abogada en ejercicio, identificada como aparece a pie de firma, obrando conforme al poder que me fue otorgado, y actuando en calidad de apoderada de la sociedad **KRESTON RM S.A.**, por medio del presente documento, me permito interponer incidente de nulidad con respecto al auto de fecha 21 de julio y notificado por estado el día 22 de julio, mediante el cual se corre traslado al apelante para interponer alegatos de conclusión. Dicha solicitud la expongo teniendo como base los siguientes:

1. HECHOS

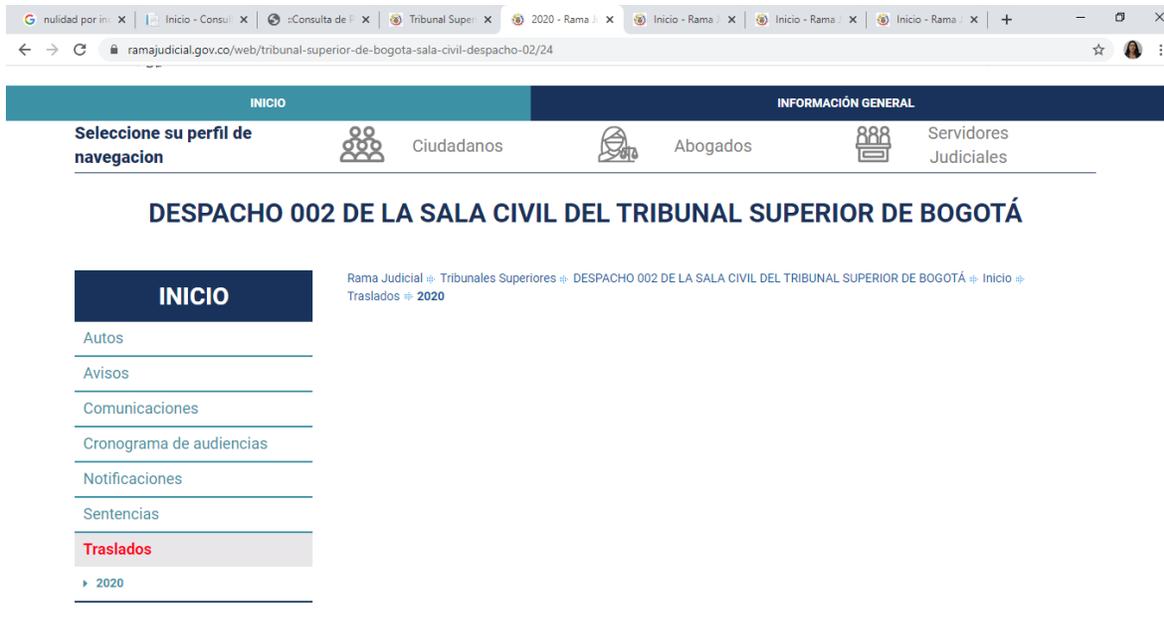
PRIMERO: Mediante auto de fecha 21 de julio de 2020 y notificado por estado en fecha 22 de julio de 2020, el Despacho señaló que se corría traslado al apelante para alegatos de conclusión y que debía verse el link <HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/WEB/TRIBUNAL-SUPERIOR-DE-BOGOTA-SALA-CIVIL/100>, para conocer lo señalado en el auto de sustanciaición. No obstante al presionar el link y revisar el contenido de la página no es posible observar el auto, lo anterior porque la página no contiene información:



Al darle click a la palabra autos 2020, sale esta pantalla:



Lo mismo ocurre con traslados 2020:



De conformidad a lo anterior, es preciso indicar que aunque en el reporte de la página web se contempla:

21 Jul 2020	NOTIFICACIÓN POR ESTADO	ACTUACIÓN REGISTRADA EL 21/07/2020 A LAS 18:45:44.	22 Jul 2020	22 Jul 2020	21 Jul 2020
21 Jul 2020	AUTOS DE SUSTANCIACIÓN	CORRE TRASLADO AL APELANTE POR EL TÉRMINO DE CINCO DÍAS VER LINK HTTPS://WWW.RAMAJUDICIAL.GOV.CO/WEB/TRIBUNAL-SUPERIOR-DE-BOGOTA-SALA-CIVIL/100			21 Jul 2020
10 Feb 2020	AL DESPACHO				10 Feb 2020

Correr traslado por el termino de 5 días, no fue posible conocer el auto de sustanciación; comunicación que entiende esta apoderada es muy importante para darle ejecución a la presentación de los alegatos de conclusión. Lo anterior teniendo en cuenta que la rama judicial en estos momentos de cambios ocasionados para las medidas tomadas por el gobierno nacional con el objetivo de mitigar el posible contagio de COVID, ha establecido trabajo de manera virtual.

Así entonces, no fue posible, por ejemplo, conocer a que correo institucional debía enviarse el documento, así como la forma en que debía enviarse para ser tenido en cuenta en consideración al proceso que se adelanta en el Despacho.

2. FUNDAMENTOS DE DERECHO

En consideración al acuerdo No. Pcsja20-11567 del pasado 1 de julio de 2020, se estableció:

“Capítulo 5. Condiciones de trabajo virtual

Artículo 21. *Uso de tecnologías. Mientras dure la suspensión de términos, así como cuando ésta se levante, se seguirá privilegiando el uso de las tecnologías de la información y las comunicaciones, de preferencia institucionales, **buscando optimizar los canales de acceso, consulta y publicidad de la información.*** (Subrayado y en negrilla fuera de texto)

(...)

Artículo 26. *Atención al usuario por medios electrónicos. Para la atención y consultas de usuarios y apoderados se privilegiará el uso de medios técnicos y/o electrónicos, como atención telefónica, correo electrónico institucional u otros... Las direcciones seccionales de administración judicial, en coordinación con los funcionarios y jefes de dependencia, verificarán el inventario y asegurarán la disponibilidad de los elementos y medios técnicos en cada sede y dependencia para la recepción, atención y/ o consultas de usuarios y apoderados, como líneas telefónicas, carteleras u otros medios técnicos y electrónicos. La DEAJ realizará lo anterior respecto del nivel central. Los Consejos Seccionales de la Judicatura en coordinación con las direcciones seccionales de administración judicial, deben definir, expedir y comunicar los medios y canales técnicos y electrónicos institucionales concretos disponibles para la recepción, atención, comunicación y trámite de actuaciones por parte de los despachos judiciales, secretarías, oficinas de apoyo, centros de servicios y demás dependencias. El CSDJ a través CENDOJ con el apoyo de la Oficina de Comunicaciones realizará lo anterior respecto del nivel central”*

Lo anterior obedece entonces a brindar las garantías procesales necesarias a las partes dentro de los procesos jurídicos que se surten en los despachos, para que los intereses que corresponden con la justicia no se vean vulnerados por los cambios acontecidos en los últimos meses.

2.1 DEBIDO PROCESO

En consideración a la sentencia C-641 de 2002 de la Corte Constitucional, donde se manifestó:

“Entre las garantías mínimas objeto de protección, el artículo 29 de la Constitución Política consagra, entre otras, (i) el derecho de acceso a la administración de justicia con la presencia de un juez natural; (ii) el derecho a ser informado de las actuaciones que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o a la imposición de una obligación o sanción; (iii) el derecho de expresar libre y abiertamente sus opiniones; (iv) el derecho de contradecir o debatir las pretensiones o excepciones propuestas; (v) el derecho a que los procesos se desarrollen en un término razonable y sin dilaciones injustificadas y, por supuesto, (vi) el derecho a presentar pruebas y controvertir las que se alleguen en su contra.

(...)

DEBIDO PROCESO JUDICIAL-Alcance

El derecho al debido proceso en las actuaciones judiciales, exige que todo procedimiento previsto en la ley, se adecue a las reglas básicas derivadas del artículo 29 de la Constitución,

tales como la existencia de un proceso público sin dilaciones injustificadas, con la oportunidad de refutar e impugnar las decisiones, en donde se garantice el derecho de defensa y se puedan presentar y controvertir pruebas, so pena de vulnerar los derechos fundamentales de los sujetos procesales y de alterar las reglas mínimas de convivencia social fundadas en los postulados del Estado social de derecho.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN ACTUACION JUDICIAL-Alcance

A partir de la regulación de la Carta Fundamental, en torno al debido proceso en las actuaciones judiciales **surge la publicidad como uno de sus principios rectores, en virtud del cual, el juez tiene el deber de poner en conocimiento de los sujetos procesales y de la comunidad en general, los actos que conduzcan a la creación, modificación o extinción de un derecho o la imposición de una obligación, sanción o multa, teniendo en cuenta que su operancia no constituye una simple formalidad procesal, sino un presupuesto de eficacia de dicha función y un mecanismo para propender por la efectividad de la democracia participativa.** Con todo, el mismo texto constitucional legitima que se establezcan mediante ley, excepciones al conocimiento de ciertos documentos o actuaciones públicas, para que a través de un juicio de ponderación constitucional, se otorgue prioridad al principio de reserva, como sucede con la etapa de instrucción en un juicio criminal.

DEBIDO PROCESO PUBLICO

Es preciso reconocer que el principio de publicidad tiene dos vertientes en relación con su alcance y exigibilidad, a saber: a) En primer lugar, es deber de los jueces en los procesos y actuaciones judiciales dar a conocer sus decisiones tanto a las partes como a los otros sujetos procesales, mediante las comunicaciones o notificaciones que para el efecto consagran el ordenamiento jurídico. En este evento, se trata de un acto procesal de notificación, el cual más que pretender formalizar la comunicación del inicio, desarrollo o agotamiento de una actuación, procura asegurar la legalidad de las determinaciones judicialmente adoptadas, ya que su conocimiento ampara efectivamente los derechos de defensa, de contradicción y de impugnación. b) Por otra parte, el artículo 64 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia en concordancia con los artículos 74 y 228 de la Constitución, impone el deber a los jueces de comunicar y divulgar a la opinión pública o a la comunidad en general, el contenido y los efectos de sus decisiones, salvo en aquellos casos en los cuales exista reserva legal.

PRINCIPIO DE PUBLICIDAD EN ACTUACION JUDICIAL-Deber de motivación en aspectos de hecho y derecho y de puesta en conocimiento

El principio de publicidad como instrumento indispensable para la realización del debido proceso, impone a los jueces la exigencia de proferir providencias debidamente motivadas en los aspectos de hecho y de derecho, y el deber de ponerlas en conocimiento de los distintos sujetos procesales con interés jurídico en actuar, lo que se opone a aquellas decisiones secretas u ocultas contrarias a los postulados de la democracia participativa.

El principio de publicidad en tratándose de la administración de justicia está obviamente vinculado al derecho de defensa y al debido proceso, pues si las decisiones judiciales no son públicas, los distintos sujetos procesales no pueden ejercer los derechos de contradicción y de impugnación”.

De lo anterior, es indudable, que el efecto de notificar cualquier auto que decrete el juez o Magistrado no solamente ampara la formalidad, sino que además permite que los derechos fundamentales del debido proceso, contradicción y defensa se materialicen en aras de la protección de las garantías constitucionales y reconocidas debidamente en este estado social de derecho.

Ahora bien, es importante entender entonces, que lo que se pretende es que la oportunidad de ejercer defensa, independientemente el medio por el cual se surta, garantice el principio de publicidad de las actuaciones judiciales. En este caso, no es posible que se evidencie en su orden la publicidad, respetando el debido proceso y permitiendo el derecho de defensa. No es posible conocer el auto de sustanciación mediante el cual se ordena el traslado y pese a que en la página web existe una anotación, es preciso advertir que muchas veces no siendo este el medio oficial puede existir errores de transcripción, por lo que debe necesariamente darse el medio de notificación del auto, para establecer que señalo el Despacho al respecto.

2.2 NOTIFICACIÓN:

La notificación judicial constituye un elemento básico del derecho fundamental al debido proceso, pues a través de dicho acto, sus destinatarios tienen la posibilidad de cumplir las decisiones que se les comunican o de impugnarlas en el caso de que no estén de acuerdo y de esta forma ejercer su derecho de defensa.

La Corte Constitucional ha reconocido en varias sentencias la importancia que tiene la notificación en los procesos judiciales. En particular, la **sentencia C-670 de 2004** resaltó lo siguiente:

“La Corte ha mantenido una sólida línea jurisprudencial, en el sentido de que la notificación, en cualquier clase de proceso, se constituye en uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, en cuanto garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de dar aplicación concreta al debido proceso mediante la vinculación de aquellos a quienes concierne la decisión judicial notificada, así como que es un medio idóneo para lograr que el interesado ejercite el derecho de contradicción, planteando de manera oportuna sus defensas y excepciones. De igual manera, es un acto procesal que desarrolla el principio de la seguridad jurídica, pues de él se deriva la certeza del conocimiento de las decisiones judiciales. (Negrilla fuera del texto original).

En el mismo sentido se pronunció la Sala Plena en la **sentencia C-783 de 2004**, en la que indicó que la notificación judicial es el acto procesal por medio del cual se pone en conocimiento de las partes o de terceros las decisiones adoptadas por el juez. En consecuencia, tal actuación

constituye un instrumento primordial de materialización del principio de publicidad de la función jurisdiccional establecido en el artículo 228 de la Norma Superior.

La notificación judicial constituye un elemento básico del derecho fundamental al debido proceso, pues a través de dicho acto, sus destinatarios tienen la posibilidad de cumplir las decisiones que se les comunican o de impugnarlas en el caso de que no estén de acuerdo y de esta forma ejercer su derecho de defensa.

Por otra parte, en esa oportunidad, la Corte Constitucional se pronunció sobre las diferentes modalidades de notificación de conformidad con lo establecido en los artículos 313-330 del Código de Procedimiento Civil (en adelante CPC), es decir personal, por aviso, por estado, por edicto, en estrados y por conducta concluyente^[63].

En relación con la notificación personal, resaltó que tal mecanismo es el que ofrece mayor garantía del derecho de defensa, en la medida en que permite el conocimiento de la decisión de forma clara y cierta, y por esta razón el artículo 314 del CPC establecía que se debían notificar personalmente las siguientes actuaciones procesales: (i) el auto que confiere traslado de la demanda o que libra mandamiento ejecutivo, **y en general la primera providencia que se dicte en todo proceso** y (ii) la primera que deba hacerse a terceros. Ello se fundamenta en que con tales providencias el destinatario queda vinculado formalmente al proceso como parte o como interviniente, y en consecuencia queda sometido a los efectos jurídicos de las decisiones que se adopten en el mismo.

Por su parte, en la **sentencia T-081 de 2009**, este Tribunal señaló que en todo procedimiento se debe proteger el derecho de defensa, cuya primera garantía se encuentra en el derecho que tiene toda persona de conocer la iniciación de un proceso en su contra en virtud del principio de publicidad. De conformidad con lo anterior, reiteró la **sentencia T-489 de 2006**, en la que se determinó que:

“El principio de publicidad de las decisiones judiciales hace parte del núcleo esencial del derecho fundamental al debido proceso, como quiera que todas las personas tienen derecho a ser informadas de la existencia de procesos o actuaciones que modifican, crean o extinguen sus derechos y obligaciones jurídicas. De hecho, sólo si se conocen las decisiones judiciales se puede ejercer el derecho de defensa que incluye garantías esenciales para el ser humano, tales como la posibilidad de controvertir las pruebas que se alleguen en su contra, la de aportar pruebas en su defensa, la de impugnar la sentencia condenatoria y la de no ser juzgado dos veces por el mismo hecho”. (Negrilla fuera del texto original).

Teniendo en cuenta lo anterior, en la sentencia T-081 de 2009 previamente referida, esta Corporación indicó que la notificación judicial es un acto que garantiza el conocimiento de la iniciación de un proceso y en general, todas las providencias que se dictan en el mismo, con el fin de amparar los principios de publicidad y de contradicción.

Adicionalmente, en esa oportunidad, la Corte Constitucional enfatizó en que la indebida notificación es considerada por los diferentes códigos de procedimiento de nuestro

ordenamiento jurídico como un defecto sustancial grave y desproporcionado que lleva a la nulidad de las actuaciones procesales surtidas posteriores al vicio previamente referido.

Con fundamento en lo anterior, la Corte concluyó que la notificación constituye un elemento esencial de las actuaciones procesales, en la medida en que su finalidad es poner en conocimiento a una persona que sus derechos se encuentran en controversia, y en consecuencia tiene derecho a ser oído en dicho proceso.

De acuerdo a la Jurisprudencia de la Corte Constitucional, se ha reiterado las reglas jurisprudenciales en las que se establece que: (i) todo procedimiento en el que se haya pretermitido una etapa procesal consagrada en la ley, se encuentra viciado por vulnerar el derecho fundamental al debido proceso de las partes y constituye un defecto procedimental absoluto; (ii) el error en el proceso debe ser de tal trascendencia que afecte de manera grave el derecho al debido proceso, debe tener una influencia directa en la decisión de fondo adoptada y no puede ser atribuible al actor; (iii) la notificación personal constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor efectividad, toda vez que garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales con el fin de aplicar de forma concreta el derecho al debido proceso; (iv) la indebida notificación judicial constituye un defecto procedimental que lleva a la nulidad del proceso.

De lo anterior se colige que, la indebida notificación judicial o la falta de ella, configura un defecto procedimental absoluto que lleva a la nulidad del proceso. En efecto, tal actuación constituye uno de los actos de comunicación procesal de mayor importancia, toda vez que garantiza el conocimiento real de las decisiones judiciales.

Así las cosas, es fundamental señalar que el auto mediante el cual se estableció correr el traslado no fue objeto de poderse revisar en el link enviado, no se encuentra en la página del tribunal ya la fecha no es posible tener conocimiento de su contenido.

3. PRETENSIONES

De conformidad a lo expuesto, solicito respetuosamente al Despacho de conocimiento se sirva declarar la nulidad de este proceso, a partir del auto del Despacho donde se ordena correr traslado al Apelante y respecto de todas las actuaciones posteriores al mismo.



ANA ELIZABETH CASTRO FLORIAN
C.C. N°. 52.881.987
T.P. N°. 140.631 del C.S. de la J.
ana.cf@kreston.co
Cel: 3015181052

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

Honorable Magistrado:

LUIS ROBERTO SUAREZ GONZALEZ

Tribunal Superior de Bogotá

Sala Civil

REFERENCIA:	DECLARATIVO – ACCION DE RESPONSABILIDAD SOCIAL.
RADICADO	2018-249 -02
DEMANDANTE	KRESTON RM S.A.
DEMANDADOS:	JEANETTE CONSUELO PINZON FORERO Y OTROS.

Respetado Doctor:

JOSE DAVID RONCANCIO MARÍN, identificado Civil y Profesionalmente como aparece al pie de mi respectiva firma, actuando dentro del proceso de la referencia como apoderado judicial de la señora **JEANETTE CONSUELO PINZON FORERO**, a usted Honorable Magistrado y a su Digna Sala, con el respeto acostumbrado, me permito presentar los siguientes **ALEGATOS DE CONCLUSIÓN** a efectos de que sean tenidos en cuenta al momento de adoptar la decisión de Instancia que corresponda, lo cual dejo plasmado en los siguientes términos:

Para lo que interesa del asunto, se encuentran excluidos del debate, los siguientes aspectos fácticos y probatorios: **(I)** Que mi representada laboró al servicio de la sociedad **KRESTON RM S.A** entre el 1 de febrero de 1994 y hasta el 14 febrero de 2014. **(II)** Que se desempeñó en el cargo de gerente de calidad de la misma sociedad.

Descendiendo al caso materia de examen, tenemos que la acción que invoca la sociedad demandante, se encuentra regulada por el **artículo 25 de la ley 222 de 1995**, y tiene por objeto acudir ante los órganos jurisdiccionales correspondientes, a efecto de lograr el resarcimiento de los perjuicios ocasionados con el actuar doloso o culposo de los administradores de las sociedades.

No obstante, la responsabilidad de los administradores no es exclusiva de una u otra persona, pues la norma ha establecido que deberá ser solidaria tal y como lo señala el **artículo 200 del Código de Comercio**, en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 200. RESPONSABILIDAD DE ADMINISTRADORES: *Los administradores responderán solidaria e ilimitadamente de los perjuicios que por dolo o culpa ocasionen a la sociedad, a los socios o a terceros.*

No estarán sujetos de dicha responsabilidad, quienes no hayan tenido conocimiento de la acción u omisión o hayan votado en contra, siempre y cuando no la ejecuten.

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

En los casos de incumplimiento o extralimitación de sus funciones, violación de la ley o de los estatutos, se presumirá la culpa del administrador.

De igual manera se presumirá la culpa cuando los administradores hayan propuesto o ejecutado la decisión sobre distribución de utilidades en contravención a lo prescrito en el artículo 151 del Código de Comercio y demás normas sobre la material. En estos casos el administrador responderá por las sumas dejadas de repartir o distribuidas en exceso y por los perjuicios a que haya lugar” (...) (Negrillas y subrayado fuera del texto original.)

Surtida primera instancia ante la Superintendencia de Sociedades, quedó demostrado que mi representada, no era responsable de las decisiones adoptadas por la sociedad demandante, relacionadas con la fijación de los salarios de los trabajadores, toda vez que del interrogatorio de parte con exhibición de documentos, rendido por el señor **HERNAN MORA MARTINEZ** quedó probado que dentro de las funciones de la junta directiva, contenidas en el **artículo Décimo Quinto** de los **Estatutos de la sociedad**, no se encuentra regulada la de fijar el salario de los trabajadores, ni de los accionistas y que por el contrario, dicha facultad estaba única y exclusivamente en cabeza del señor **MORA MARTINEZ**.

Ello fue ratificado con el interrogatorio de parte absuelto por la señora **NUBIA BARRERA GANTIVA**, quien manifestó que las determinaciones relacionadas con la administración, en su integridad eran producto de las reuniones sostenidas en privado entre la deponente y el señor **MORA MARTINEZ**.

Adicional a lo anterior, resaltó la declarante, que el referido señor **MORA MARTINEZ** se reunía con ella, para adoptar las decisiones de la junta directiva, pues él fungía como presidente y dueño de la empresa, siendo de su resorte tomar las determinaciones económicas del 100% de su compañía.

Resaltó la Señora **BARRERA GANTIVA**, que las políticas salariales de la empresa eran adoptadas con base en un concepto que rendía el Gerente Administrativo y Financiero, el cual se lo remitía a ella, y ésta a su turno, se lo enviaba al Señor **MORA MARTINEZ**, quien era él que impartía aprobación respecto de las escalas salariales de su compañía. (Hora y veintisiete minutos del audio hasta hora y treinta y 33 del medio magnético.)

De lo anterior, es dable concluir que la señora **PINZON FORERO** desconocía por completo las acciones y omisiones en que estaba incurriendo la sociedad **KRESTOM RM S.A** a través de su entonces representante legal y/o gerente, pues nunca expresó su voluntad de

RM ABOGADOS ASOCIADOS S.A.S.

NIT: 901269742-0

Carrera 4 N° 18-50 Torre A Oficina 20-01.

Teléfono: 3115426968

Bogotá D.C.

querer ser socia de la compañía, y mucho menos querer hacer parte de la junta directiva, simplemente confió en la buena fe de las decisiones que tomaba el señor **HERNAN MORA MARTINEZ**, máxime que estaba de por medio la amistad, cercanía profesional y subordinación laboral que ejercía sobre ella.

Por lo anterior solicito a esa Honorable Colegiatura, se sirva confirmar el fallo impugnado, proveyendo lo pertinente en costas, toda vez que la apelación no cuenta con argumentos jurídicos para quebrar la Providencia emitida por la Superintendencia de Sociedades.

Del Honorable Magistrado Ponente y su Digna Sala.

Atentamente:



JOSE DAVID RONCANCIO MARÍN

C.C. N°80.112.290 de Bogotá

T.P N° 210.718 del C. S de la J.

Señores,

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

M. P.: MARTHA ISABEL GARCÍA SERRANO

Ciudad.

REFERENCIA: Proceso **11001319900220190002102**.

DEMANDANTE: Domínguez García y Cía. S. en C. y otros.

DEMANDADO: Duana y Cía. Ltda. y otros.

ASUNTO: Recurso de súplica.

JORGE LUIS BARONE GONZÁLEZ, apoderado de la parte demandada dentro del proceso de la referencia, por el presente escrito formulo recurso de **SÚPLICA** en contra el auto del 30 de julio de 2020, que declaró desierto el recurso de apelación formulado y sustentado dentro del proceso de la referencia. Al efecto me permito manifestar lo siguiente:

I. OPORTUNIDAD

El auto del 30 de julio de 2020 fue notificado por estado del viernes 31 de julio de 2020. Esto quiere decir que el término para recurrir inició el día lunes 3º y culmina el 5 de agosto de 2020. Por tanto, este recurso se formula en tiempo.

II. SOBRE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE SÚPLICA

1. El Auto Impugnado declaró desierto el recurso de apelación y, por tanto, puso fin a la instancia y al proceso. Por tanto, tiene la naturaleza de una providencia apelable en los términos del numeral 7 del artículo 321 del CGP, que establece:

“Art. 321. Procedencia: Son apelables las sentencias de primera instancia, salvo las que se dicten en equidad. También son apelables los siguientes autos en primera instancia:

(...)

7. El que por cualquier causa le ponga fin al proceso”.

2. Por lo anterior, la súplica es procedente de acuerdo con el artículo 331 del GGP.
3. En todo caso, de no ser susceptible de suplica, solicito la aplicación del parágrafo del artículo 318 del CGP y se tramite este recurso como una reposición.

III. LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

1. La providencia impugnada es el auto del 30 de julio de 2020 (en adelante la “**Providencia Impugnada**” o el “**Auto Impugnado**”), mediante la cual se declaró desierto el recurso de apelación formulado y sustentado, tanto verbalmente como por escrito, en el curso de la primera instancia.
2. Sobre el particular, se sostiene en el Auto Impugnado que el recurso de alzada no se sustentó dentro de la oportunidad que ordena el Decreto 806 de 2020, que dispuso correr traslado al apelante para tal efecto por el término de cinco (5) días. Al respecto, el Tribunal recordó que en cumplimiento de la referida normativa se corrió traslado por auto notificado el 8 de junio, corregido posteriormente por auto del 11 de junio de 2020.
3. En ese sentido, señala la Providencia Impugnada que “se garantizó el derecho fundamental al debido proceso que le asiste a las partes, dando publicidad en la forma prevista por el Legislador, pues no solo se registró en el Sistema de Gestión Judicial Siglo XXI, sino que también, podía ser consultada en los adjuntos de los Estados, del 9 y 12 de junio, respectivamente”. Por lo anterior, estimó el Tribunal que lo procedente era declarar desierto el recurso de apelación.

IV. ARGUMENTOS PARA LA REVOCATORIA DE LA PROVIDENCIA IMPUGNADA

El Auto Impugnado debe revocarse y, en su lugar, proferir sentencia de fondo en el asunto de la referencia, pues contrario a lo sostenido por el Tribunal, la decisión adoptada sí desconocería los derechos fundamentales de la parte que represento, en concreto, el debido proceso y el derecho a la igualdad. A continuación, expondré los argumentos que acreditan la anterior afirmación:

- A. EL AUTO IMPUGNADO LESIONA EL DEBIDO PROCESO PORQUE LA ALZADA FUE SUSTENTADA OPORTUNAMENTE, DE MANERA VERBAL Y POR ESCRITO:
1. Lo primero que debo señalar es que la palabra “ratificación” empleada en el memorial del 24 de junio de 2020 era simplemente indicativa y pretendía llamar la atención el Tribunal en el sentido de que la apelación ya había sido sustentada verbalmente y por escrito. Se trataba entonces de advertir que no quedaba actuación pendiente por parte del suscrito apoderado, en la medida en que el Decreto 806 de 2020 eliminó la audiencia en segunda instancia y estableció una sustentación escrita que materialmente ya se encontraba aportada en el expediente desde el 1° de octubre de 2019.
 2. Al respecto, es importante recordar que el artículo 322 del Código General del Proceso establece la posibilidad apelar la sentencia de manera verbal en la audiencia en que se profiere, o dentro de los tres (3) días siguientes. En el caso concreto, la apelación fue formulada y sustentada verbalmente en la audiencia de fallo del 26 de septiembre de 2020, adelantada ante la Superintendencia de Sociedades. Asimismo, mediante un escrito de siete (7) páginas radicado el 1° de octubre de 2019, se ampliaron y sustentaron oportunamente los motivos de la apelación.
 3. Ahora bien, el Tribunal admitió el recurso de apelación mediante auto del 29 de octubre de 2019 y pasó al despacho el 6 de noviembre de 2020, para fijar fecha de la audiencia de alegaciones en segunda instancia que está prevista en el artículo 327 del CGP. Estando el proceso al despacho entramos en el contexto de la emergencia sanitaria en la que se profirió el Decreto 806 de 2020, que establece que la sustentación del recurso de apelación se hará por escrito ante a la segunda instancia.
 4. Es necesario advertir que el mencionado Decreto 806 de 2020 tiene una vigencia de dos (2) años, por lo que evidentemente pretende regular los procesos que se promuevan en las actuales circunstancias que atraviesa el país. Es así que la norma omitió incorporar un régimen de transición que diera claridad acerca sobre las apelaciones en curso, que solo estaban pendientes de la audiencia de alegaciones prevista en el artículo 327 del CGP.

5. Sin embargo, resulta evidente que la causa por la que el artículo 14 del Decreto 2020 estableció que “si no se sustenta el recurso se declarará desierto”, se debe a que dicha disposición está formulada para que la sustentación de la apelación se haga por escrito en la segunda instancia. Es esta particularidad la que torna realmente inoficiosa la sustentación por escrito que echa de menos el Tribunal, porque en el caso concreto la actuación se cumplió mediante memorial de siete (7) folios, incorporado oportunamente al expediente en el termino previsto en el artículo 322 del CGP.
6. Por otra parte, debo referirme a la sentencia SU-418 de 2019, que invoca el tribunal como soporte del Auto Impugnado. Cabe advertir que la sentencia no ha sido publicada hasta el momento y de la misma solo se conoce las síntesis contenida en el comunicado de prensa 35 de 2019. No obstante, se sabe que la Corte Constitucional habría encontrado procedente la declaratoria de desierto del recurso de alzada cuando el recurrente no atiende la audiencia de alegaciones en segunda instancia prevista en el artículo 327 del CGP. Lo que no se conoce es si la decisión estuvo relacionada con el carácter verbal de la actuación y la majestad de la justicia, que se podría ver lesionada cuando, por ejemplo, el Tribunal tiene incluso que fallar a favor de un recurrente que no comparece a la audiencia y ni si quiera presenta excusa. Desde luego que esto cae en el terreno de lo especulativo, por cuanto el fallo aún no se conoce, pero seguramente merece una distinción entre una actuación totalmente escrita y otra oral, que sí impone a los jueces el deber de atenderla personalmente.
7. Así las cosas, resulta patente el desconocimiento del debido proceso pues en el presente caso lo que en últimas exige el Tribunal es que se presente por segunda vez la apelación que ya obra en el expediente desde el 1° de octubre de 2019. Al efecto, basta plantear como hipótesis, con inexorable probabilidad de acierto, que si dentro del término de que trata el artículo 14 del Decreto 806 de 2020 se hubiese radicado nuevamente el memorial que reposa en el expediente desde el 1° de octubre 2019, esta discusión no se estaría dando. Por tanto, el Tribunal no se duele ni de la apelación ni su sustento, sino de que no se radicó dos (2) veces sino una (1).

- B. EL AUTO IMPUGNADO VULNERA EL DERECHO A LA IGUALDAD PORQUE OTROS CASOS CON IDÉNTICAS CONDICIONES FUERON FALLADOS DE FONDO
1. El suscrito también es apoderado de la parte demandada dentro del proceso 11001310302220180024303, que terminó en primera instancia con sentencia favorable a la parte que represento. El apoderado de la demandante formuló apelación en audiencia y sustentó su recurso dentro de los tres (3) días siguientes de conformidad con el artículo 322 del CGP.
 2. El recurso fue admitido por el tribunal mediante auto del 30 de enero de 2020 y, posteriormente, se fijó la audiencia de que trata el artículo 327 del CGP para el día 15 de abril de 2020, que no se realizó por las razones ya conocidas. En su lugar, se corrió traslado mediante auto notificado en estado del viernes 12 de junio, lo que implica que el término de cinco (5) días vencía el martes 23 de junio, considerando los festivos del 15 y 22. El recurrente solo vino a sustentar su recurso el día 26 de junio, es decir, no uno (1) tres sino (3) días después del vencido el término. Con todo, en lugar de declarar desierto el recurso, el Tribunal falló de fondo confirmando la sentencia de primera instancia, es decir, que al apelante le fallaron en contra, pero de fondo.
 3. Llama poderosamente la atención que en el proceso 11001310300620170054601, que no atiende el suscrito, también se falló de fondo en las mismas circunstancias que presente y el trámite 11001310302220180024303. En esa oportunidad uno de los magistrados salvó el voto al considerar que el recurso de apelación se debió declarar desierto por no haberse sustentado en la segunda instancia, para lo que se valió igualmente de lo que se conoce de la sentencia SU-418 de 2019. La sentencia y su salvamento los conozco en la medida en que, recientemente, el Tribunal viene publicando sus estados junto con un archivo en Pdf. que contiene la totalidad de las providencias notificadas. Se concluye entonces que al interior del Tribunal existe un debate entre un sector que entiende acertadamente que la sustentación en primera instancia de las apelaciones en curso antes del Decreto 806 de 2020 es suficiente para fallar de fondo, y los que exigen una segunda radicación del documento dirigido exclusivamente al *Ad quem*.

4. Así las cosas, existe evidencia fácilmente verificable en el sentido de que casos similares han sido decididos de fondo, lo que implica que en el presente caso se estaría desconociendo el derecho fundamental a la igualdad en conexidad con el debido proceso.
- C. LA APLICACIÓN DEL DECRETO 806 DE 2020 RESULTA IRRAZONABLE EN EL CASO CONCRETO
1. El Decreto 806 de 2020 fue expedido con una vigencia de dos (2) años y con el claro objetivo de agilizar y permitir el funcionamiento de la Administración de Justicia en el marco de la actual crisis sanitaria derivada del virus COVID 19. Es así que en la parte final de las consideraciones del Decreto se señala que **“estas disposiciones garantizarán el derecho de acceso a la administración de justicia, defensa y seguridad jurídica de las partes** y además el derecho a la salud de los servidores judiciales y de los usuarios de justicia porque evitará situaciones en las que se torne imposible el ejercicio de los derechos y el acceso a la justicia, teniendo en cuenta las medidas de aislamiento”. **Adicionalmente, como quedó expuesto, las medidas que se adoptan pretenden la flexibilización de la atención al usuario de los servicios de justicia y la pronta reactivación de las actividades económicas que dependen de este**”. (Se resalta).
 2. Desde luego que el suscrito apoderado no pretende sostener que la flexibilización consista en que un término de cinco (5) días se entienda de seis (6) y menos que sea simplemente potestativo de la parte que deba cumplir la actuación que corresponda. En cambio, la flexibilización debe propender por la prevalencia del derecho sustancial en un marco de respeto por las formas procesales, de suerte que resulta completamente acertado el estudio de fondo de un recurso sustentado en la primera instancia de conformidad con la norma vigente para el momento. Desdice mucho de la Administración de Justicia que en medio de esta crisis global, que debería generar un mínimo de empatía, se propenda por un excesivo rigorismo en frontal oposición al efecto útil de un Decreto que más bien busca garantizar la continuidad de los procedimientos judiciales.
 3. No está de más recordar que han sido precisamente los jueces quienes han hecho eco de las particulares circunstancias que aquejan a la Administración de Justicia, para justificar

el incumplimiento de los términos que la ley también les ha asignado. Solo a manera de ejemplo, el presente proceso estaba al despacho desde el 6 de noviembre de 2019, solamente para fijar la fecha de la audiencia de que trata el artículo 327 del CGP. Esto quiere decir que para el mes de marzo, cuando inició la crisis sanitaria, el proceso llevaba cinco (5) meses a la espera de un fecha. Es por ello que resulta difícil de comprender la severidad en el trato dado la parte recurrente en un contexto que debería naturalmente conllevar un examen más ponderado de lo ocurrido en el proceso.

4. Por todo lo anterior, resulta irrazonable la manera como se ha aplicado el Decreto 806 de 2020, pues lesiona el debido proceso y el acceso a la Administración de Justicia en unas circunstancias en las esto es justo lo que de ninguna manera debería ocurrir.

V. PETICIÓN

Por las razones expuestas, respetuosamente solicito que se revoque la Providencia Impugnada y, en su lugar, se falle de fondo el presente proceso.

* * *

En los anteriores términos dejo sustentado el recurso.

Con todo respeto,



JORGE LUIS BARONE GONZÁLEZ

C. C. 80.873.782 de Bogotá

T. P. 171.301 del C. S. de la Jud.

Señores Magistrados

H. TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ

Ponente Dr. Julián Sosa Romero

CIUDAD.

Referencia: Proceso declarativo de mayor cuantía de RICARDO CAICEDO PULGARÍN y otro contra ACCIONA INFRAESTRUCTURAS y otro.

Radicación 2016 – 00637

PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA, abogado en ejercicio, mayor de edad, vecino y residente en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con Cédula de Ciudadanía No. 6.762.418, portador de la T. P. 41.801 del C. S. de la J., correo electrónico pmunar@scolalegal.com obrando en mi calidad de apoderado judicial de la parte demandante, comedidamente manifiesto a Ud., que por medio del presente escrito SUSTENTO el recurso de APELACIÓN oportunamente interpuesto contra la sentencia de primera instancia, proferida en el asunto de la referencia por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá el día 31 de mayo de 2019.

I. **FUNDAMENTOS DEL FALLO APELADO.**

De la mano de la reseña que se hizo al interponer el recurso, memoro que el juzgador a quo infirió que existió una relación entre Ricardo Caicedo y/o IDG S.A.S., con el Grupo Suma, Mintral o incluso para con María José Elices, a la vez que Acciona Infraestructura S.A., tuvo un contrato para con Mintral – Grupo Suma, en su momento representado por la señora Elices, según también se prueba con la documental adosada al expediente.

Aunque Ricardo Caicedo y en su momento IDG S.A.S., tuvo injerencia en los contratos con Ecopetrol, Pacific Rubiales, no por ello puede estimarse que los demandantes estaban actuando por cuenta ajena o por encargo de las demandadas, pues basta señalar que fueron contratadas por Mintral – Suma, en España por intermedio de la señora María José Elices Marcos, “*y como tal emprendió una labor empresarial por cuenta y riesgo de estas últimas, con autorización para determinar en Colombia la infraestructura, sus propios*

empleados, quienes reportaban y percibían salarios y comisiones de las demandantes y no de las demandadas”.

De allí que no se revele, acotó, lo de la manifestación de voluntad de parte de las demandantes para con las demandadas, que de manera inequívoca comprobase la existencia de facto, de hecho, de la agencia comercial. Ni siquiera de la intermediación que fueron demandadas a través de esta acción, requisito indispensable para la determinación de contratos de tal naturaleza.

Agregó que por mandato del artículo 1321 del Código de Comercio, *“el agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio”*, instrucciones que en el presente caso no fueron probadas, como tampoco los informes referidos en la norma. Ello porque como se vio, la obligación de las demandantes, era para con su contratante, Suma – Mintral – María José Elices, si acaso.

“Es admisible considerar que en dicha labor, las demandantes pudieron adquirir la tarea de abrir el mercado, promocionarlo y en general adquirir clientes para obtener mayor cobertura en su actividad empresarial, lo cual por consiguiente no era por cuenta de las demandadas sino precisamente como resultado de su propia labor de contratista”.

Agregó seguidamente, de manera confusa, que las demandantes *“ejercían las mencionadas actividades”*, mediante el contrato con las empresas españolas aludidas, *“por ello la utilidad percibida a través de Mintral – María José Elices Marcos, percibidas de éstas, si aumentaba sus gestiones y conseguía los contratos y licitaciones, igualmente las demandadas podrían aumentar igualmente sus utilidades, sin implicar dependencia con éstas últimas o que la actividad ejercida por las demandantes se hacía por cuenta de las demandadas, sin que ello signifique agenciar negocios ajenos, particularmente si se tiene en cuenta como lo afirmó el propio demandante, y los testigos, quienes facturaban no eran precisamente las demandadas”.*

No es procedente, añadió, alterar el contrato celebrado por las demandantes socavando la “verdadera voluntad” de las demandadas, pues surge claro del material probatorio recopilado que la actividad comercial ejecutada por los actores, solo tuvo como fuente exclusiva el contrato para con Mintral – Suma – María José Elices, sin que de manera paralela y concomitante haya existido de hecho el contrato de agencia comercial o el de intermediación siquiera, cuya declaración se reclama en la demanda.

De los acuerdos ajustados entre Ricardo Caicedo y/o IDG S.A.S., con Mintral – Suma – María José Elices Marcos, no puede abrirse campo a la discrecionalidad de los intervinientes o a la interpretación extensiva para involucrar aquí a las demandadas. Lo que se pretende en este caso es “dar un giro” a las diferentes cláusulas contenidas en el contrato suscrito entre Suma – Mintral y Acciona Infraestructura S.A. y al pacto entre estas últimas para con Ricardo Caicedo e IDG S.A.S., los cuales, “a pesar de ser típicos”, han sido instruidos y desarrollados también por la jurisprudencia nacional, como fuente autónoma de obligaciones, dentro de los contratos contemporáneos de intermediación que existen y se ejecutan en Colombia.

Y tras reseñar algún fallo de la Corte, sin conectarlo de algún modo con el discurso que venía desarrollando, concluyó que *“valoradas en su conjunto las pruebas recaudadas, atendiendo a la sana crítica y siendo los pactos celebrados por los aquí intervinientes el que se (sic) suscribieron y ejecutaron, a dichos pactos quedaron inmersos, sin que haya lugar a desnaturalizarlos y atemperarlos en el contrato de agencia comercial o de intermediación como lo pretende la parte demandante, por lo cual las pretensiones de la demanda resultan improcedentes y deben ser negadas, sin que sea necesario abordar el estudio de los medios de defensa argüidos por la parte demandada, ante el fracaso de las aspiraciones de las demandantes”*.

En esos términos fulminó la instancia.

II. **SUSTENTACIÓN DEL RECURSO:**

1. Conducta y contrato de hecho.

Aunque, al desgaire, la sentencia cuestionada, alude a la expresión agencia comercial de hecho para identificar la pretensión de los demandantes, lo cierto es que en ella no se examinó, ni se razonó sobre la misma, su naturaleza, sus particularidades, sus afinidades y desencuentros con el contrato previamente consensuado de agencia mercantil y, sobre todo, la huella que esa sustancia fáctica le imprime al contrato.

La cabal decisión del litigio le imponía al juzgador que examinara delantadamente esas circunstancias y, a partir de ese escrutinio, que estableciera las reglas que gobiernan la institución y que verificara cómo se ajustaron en el asunto de esta especie. La verdad es que el sentenciador abordó con mucha ligereza el tema y sin preocuparse por ahondar en él.

Debió reparar, pero no lo hizo, en que las relaciones jurídicas no siempre están precedidas de la existencia de un entrecruzamiento de declaraciones que ponga de presente el consentimiento de las partes, pues en algunas oportunidades, cada vez más numerosas, dichas relaciones jurídicas tienen como fuente un hecho social que da lugar a la formación de un contrato. A esto se le conoce como “relaciones contractuales de hecho”.

En consecuencia, por relaciones contractuales de hecho se entienden aquellos negocios jurídicos moldeados según el contenido de un determinado contrato típico, que no provienen de actos declarativos de autonomía privada, sino de hechos socialmente relevantes. **En este tipo de relaciones lo que genera la relación no es el intercambio de consentimientos, sino el hecho objetivo de la utilización de la prestación remunerada.** Si la prestación se ejecutó y aceptó por el destinatario, aunque no hubiese habido declaraciones verbales o escritas de por medio, debe entenderse como cabalmente acordada, con mayor razón si se satisfizo pecuniariamente parte de su realización.

De esta manera, lo que en general importa para la formación del contrato no es la voluntad interna de la parte, sino el **significado externo del comportamiento de los sujetos**. Pues bien, **si ese significado da fe de la aceptación de una prestación o de un servicio disponible a cambio de una contraprestación, entrará en el esquema de un contrato**. En este punto es importante señalar que, incluso, **la declaración verbal contraria de quien obra**, no vale de por sí para negar el significado social de un comportamiento, pues si con sus actos acepta la prestación de un servicio, la relación entre las partes se enmarcará en el terreno contractual.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 30 de junio de 2010, M.P. William Namén Vargas, afirmó lo siguiente:

“En rigor, para la Corte, la doctrina de las ‘relaciones contractuales de hecho’, concierne a la manera como el negocio jurídico se expresa, surge, dimana o exterioriza en el campo jurídico, esto es, a la forma del acto dispositivo.

“En atención a la particular naturaleza dinámica y exigencias pragmáticas del tráfico jurídico, la forma del contrato, en línea de principio, de suyo y ante sí, es libre.

*“Más exactamente, según una orientación firme, salvo precepto en contrario, **el negocio jurídico y, por consiguiente, el contrato, admite la posibilidad de presentarse en su exterioridad, por toda forma idónea, sea expresa y directa, ora tácita e indirecta, verbi gratia, mediante el empleo del lenguaje, escrito, oral o articulado, signos y gestos (verbis o rebus ipsis et factis), comportamiento, conducta concluyente (facta concludentia), omisiva, mecanizada y socialmente tipificada en cuanto dispositiva de intereses.***

*“La relevancia de esta regula iuris es, por lo tanto, notable, en tanto de ordinario **la forma de los negocios jurídicos es libre, desprovista de formalidades, ritualidades o solemnidades, a punto que el acto dispositivo de intereses, podrá consistir en una declaración, manifestación o, incluso, en un comportamiento o conducta, y derivar material u objetivamente de los hechos (rebus ipsis et factis) o de la ejecución práctica de los elementos esenciales (essentialia negotia) del tipo negocial específico,** siempre que desde luego exprese la disposición y el ordenamiento no establezca la forma ab substantiam actus.*

*“Conformemente, para la Corte, salvo norma en contrario **el acto dispositivo podrá expresarse por los hechos, el simple contacto, el comportamiento, la conducta o la ejecución práctica de sus elementos esenciales, y toda otra forma idónea admitida por el ordenamiento, usos y prácticas del tráfico jurídico, en cuanto evidencie y contenga la disposición de intereses**”.*

Entendido lo anterior, resulta obvio asentar, que es insensata la búsqueda en el proceso de declaraciones verbales o escritas que pongan de presente el acuerdo de voluntades ajustado fácticamente por las partes, pues lo cierto es que al juzgador le incumbe examinar los hechos, conforme los desvelan las pruebas que obran en el proceso, con miras a descubrir en el comportamiento de las partes, de un lado, la prestación de un servicio o la ejecución de un determinado acto o conjunto de actos; y, de otra parte, la aceptación de la otra de esos actos que se realizan en su provecho.

2. La agencia comercial de hecho.

Dicho lo anterior, es menester recalcar que, por expreso mandato legal, la agencia comercial es de aquellos contratos que no exigen formalidad o solemnidad alguna para formalizarlo, de manera que **basta con que las partes configuren los requisitos contemplados para este tipo de contrato, para que el mismo nazca en la vida jurídica**. Esto es así, en la medida en que, el mismo artículo 1331 del Código de Comercio, dispone que, a la agencia de hecho, se aplicarán las mismas normas contempladas para la agencia comercial del capítulo correspondiente.

“A primera vista, señala la doctrina, cualquier observador dirá que se pretendió con esta norma proteger aquellas relaciones contractuales en las cuales los sujetos contratantes no tuvieron la precaución de hacerlas constar por escrito. No creo que esta tan simple sea la finalidad del texto transcrito, es más, si fuera esa, sobraría la disposición, pues la agencia es un contrato consensual, para su existencia no requiere de la formalidad alguna, y el problema de acreditar su celebración sería meramente probatorio, sin necesidad de acudir a esta norma.

“... Con el artículo 1331 se está dando el alcance y la trascendencia como fuente de obligaciones a situaciones de hecho, a las cuales llegan los sujetos sin haberse propuesto tal empeño, de común acuerdo y en virtud de las cuales se ha presentado por parte de un empresario mercantil la conquista de un mercado para un producto, lo cual beneficia a otro empresario que es a su vez el productor o distribuidor de ese producto. Cualquier restricción a este entendimiento no sería otra cosa que invalorar el importante avance de nuestro legislador al concebir la agencia mercantil”. (Contratos Mercantiles. Jaime Alberto Arrubla).

En igual sentido, Jorge Suescún (Derecho Privado – Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo), sostiene:

“¿cuándo es posible hablar de una agencia de hecho? Al respecto, podemos afirmar que esta institución se presenta, en primera medida, cuando de un acuerdo de voluntades, no dirigido a la celebración de un contrato de agencia mercantil, se deriva una situación fáctica que, no obstante, se configura como tal y a partir de la cual se obtienen los resultados propios de esta. No sobra agregar que además de este requisito es necesario que se presenten los elementos esenciales propios del contrato de agencia mercantil. Cumplidos estos dos presupuestos es posible, entonces, de hablar de una agencia de hecho”.

En consecuencia, suele suceder que, aun cuando no se hubiese ajustado algún acuerdo concreto entre las partes, el contrato de agencia puede perfilarse por la situación fáctica que entre ellos se configura. Igualmente, cuando un contrato de distinta naturaleza desemboca, por fuerza de los hechos, en un agenciamiento mercantil a favor del empresario.

La tarea del juzgador debió encaminarse, entonces, conforme al aludido artículo 1331 del C. Co., a tratar de determinar si en el asunto sub iudice, sin que mediase convención escrita o expresa de ninguna clase entre ACCIONA y RICARDO CAICEDO PULGARÍN y/o IDG e, inclusive, a pesar de haberse ajustado un pacto de distinta estirpe, el demandante se propuso se obtener como resultado la conquista de un mercado a favor del demandado y si promovió negocios y consiguió clientela para éste, actos todos estos aceptados por la demandada.

Sobre este particular, la Corte Suprema de Justicia en sentencia del **18 de abril de 2018**, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona, afirmó lo siguiente:

“La agencia puede ser voluntaria por acuerdo expreso de voluntades o simplemente de hecho. El artículo 1331 del Código de Comercio establece que ‘a la agencia de hecho se le aplicarán las normas del presente capítulo’, esto es, la que regulan bajo una concepción voluntarista, el contrato de agencia comercial.

(...)

“El precepto, a fin de cuentas, tiende a proteger, bajo los mismos preceptos que regulan el pacto expreso de agencia comercial, las circunstancias que en el campo fáctico se corresponden, empero, no ante la ausencia, solo que esa voluntad está implícita en los mismos hechos espontáneos que al respecto exteriorizan quienes concurren en la relación”.

En ese orden de ideas, no puede concebirse que la agencia comercial de hecho atienda milimétricamente los requisitos previstos en el artículo 1317 del Código de Comercio, habida cuenta que la sustancia fáctica en la que se origina le imprime algunas peculiaridades que le son propias. En ese sentido, luce desacertado el raciocinio de la juzgadora a quo en cuanto estuvo enderezado a indagar por el cumplimiento de los requisitos del contrato expresamente convenido por las partes, sin reparar en lo que acaba de advertirse.

Como viene de decirse, se presenta una agencia de hecho cuando un comerciante, sin haber ajustado un compromiso expreso con el empresario enderezado a la conquista de clientes para sus productos o negocios, aborda de manera autónoma la tarea de promocionarlos, acreditarlos, conseguirle nuevas oportunidades de negocios, incidiendo positivamente en el patrimonio de dicho empresario quien tolera, acepta e, incluso, remunera esa situación.

Desde esa perspectiva, debe tener por sentado el juzgador que es muy probable que no exista un encargo inicial conferido directamente por el empresario, pues en esa hipótesis en nada diferiría de la agencia comercial expresa, pero sí que a partir de una relación jurídica dada hubiese existido la búsqueda de clientes, la promoción de los servicios que aquél presta, la presentación de oportunidades de negocio y la concreción de los mismos en beneficio mutuo entre agente y agenciado y un criterio de independencia e insubordinación.

En síntesis, lo que debe averiguar el fallador es SI EXISTIÓ UNA SITUACIÓN REAL, independientemente de la fachada que el empresario se hubiese propuesto construir de manera aparente, en la que el agente promovió y consolidó oportunidades de negocios a favor del empresario, de forma autónoma e independiente, habiendo

incrementado el patrimonio de éste. Por supuesto que en las relaciones comerciales y civiles puede configurarse una realidad contractual (contrato realidad) forjada por los hechos en la que relumbre la verdadera esencia del negocio jurídico.

3. Incidencia del contrato ajustado por RICARDO CAICEDO y/ IDG con Mintral en la agencia comercial de hecho que aquí se reclama.

Pareciera que la juzgadora de primera instancia hubiese apuntalado su fallo, fundamentalmente, en que por haber existido el aludido pacto del 15 de diciembre de 2010 ajustado en Barcelona entre Mintral y el demandante no es posible que hubiese surgido la agencia comercial de hecho que aquí se reclama.

Como es patente, la parte demandante, desde un comienzo, afirmó y demostró, como supuesto fáctico de su pretensión la existencia de dicho pacto. No sobra acotar, y esto es relevante, que dentro de la exhibición de documentos que hizo la demandada, ésta allegó copia del mismo, circunstancia que pone de presente que ACCIONA conocía del pacto, su objeto, alcances, remuneración y, en general de su clausulado. Así mismo que aceptaba y prohijaba la labor de agenciamiento realizada por el demandante. De no ser así no existe razón para que ese documento estuviese en su poder y fuera parte de sus papeles mercantiles.

Como se ha venido insistiendo, entre ACCIONA y MINTRAL se ajustó un contrato artificioso (el 29 de abril de 2011. Fol. 795) enderezado a ocultar frente a terceros contratantes (subcontratados por esta última) la presencia de la primera con miras a impedir eventuales reclamaciones de los subcontratistas por las actividades y prestaciones que estos ejecutaran a favor de la primera. De ahí que los contratos de agenciamiento comercial a favor de ACCIONA no aparezcan suscritos por ésta, sino por aquella (MINTRAL) quien estipulaba una obligación a favor de aquella.

3.1 Examen del contrato del 15 de diciembre de 2010 ajustado entre RICARDO CAICEDO PULGARÍN y MINTRAL PANAMÁ.

El aludido pacto, signado en Barcelona (España) pone de presente las siguientes estipulaciones:

Que como consecuencia de su “**actividad profesional**”, “RCP”, “tiene la oportunidad de identificar y promover oportunidades de negocio en el mercado colombiano”. Es decir, que se le reconoce allí su actividad profesional como agente mercantil en cuanto tiene la oportunidad y el conocimiento para identificar y promover oportunidades de negocio.

Que, de su parte, MINTRAL tiene entre sus clientes a algunas empresas españolas interesadas en internacionalizar su actividad mercantil.

Que el objeto del contrato es “la realización por parte de RCP, de manera **continuada y estable**, de **una actividad de promoción y mediación comercial, para la identificación de oportunidades de negocio relativas a los productos y servicios que producen o comercializan los clientes de MINTRAL**, realizando para ello cuantas gestiones y contactos con clientes finales, socios locales, etc., considere necesario para dicho fin”. Más adelante, en el inciso siguiente se agrega que las partes afinarán el procedimiento para canalizar esas oportunidades que deben ser aceptadas previamente por los **clientes** de Mintral. (Subrayo y destaque).

Es decir que, conforme a ese pacto:

- a) RICARDO CAICEDO se compromete a realizar, de **manera continuada y estable**, como es propio de la agencia mercantil, una labor de intermediación.
- b) Que esa labor se concreta en **una actividad de promoción y mediación comercial para buscar negocios para los**

productos y servicios que producen o comercializan los **CLIENTES** de Mintral.

- c) Que esos clientes debían mostrar previamente conformidad con las oportunidades de negocio que les proponía RCP, esto es, que eran aceptadas por ellos. En este caso por ACCIONA.
- d) Que esa labor de intermediación a cargo de RCP, no es a favor de MINTRAL, sino que se realiza para favorecer a los clientes de ésta (ACCIONA, por ejemplo). En consecuencia, se acordó allí una estipulación enderezada beneficiar a un tercero (estipulación para otro) que no suscribió el contrato pero que, en todo caso, debía aceptar las oportunidades que le ofrecían y que era el beneficiario de la actividad de promoción, búsqueda de oportunidades y de nueva clientela que RICARDO CAICEDO PULGARÍN efectuaba.
- e) Que la remuneración que MINTRAL debía sufragar a RICARDO CAICEDO (cláusulas 5.1 a 5.6) correspondía a un porcentaje del pago que el cliente (ACCIONA) le hiciera a aquella, es decir que no era una remuneración que proviniera del patrimonio y el presupuesto de MINTRAL; que si RCP incurría en gastos a favor del cliente aprobados por éste o Mintral, le serían reembolsados; que si este contrato (el de diciembre 15 de 2010) terminaba, RCP seguiría disfrutando de la comisión pactada, estipulación que pone de presente que se le remuneraba por la adquisición de clientela y conquista del mercado, amén que, como los pagos que hacía Mintral correspondían a los que el cliente (ACCIONA) le hacía, era ésta la que se comprometía a pagar esa remuneración, no aquella que no comprometía su patrimonio.

En ese contexto, adentrándonos en el examen de ese documento, análisis que pretirió la juzgadora de primer grado, puede decirse que incorpora una **estipulación a favor de un tercero**, modalidad comercial prevista en el artículo 1506 del Código Civil en los siguientes términos:

“Cualquiera puede estipular a favor de una tercera persona, aunque no tenga derecho para representarla; pero sólo esta tercera persona podrá demandar lo estipulado; y mientras no intervenga su aceptación expresa o tácita, es revocable el contrato por la sola voluntad de las partes que concurrieron a él.

Constituyen aceptación tácita los actos que solo hubieran podido ejecutarse en virtud del contrato”

Por consiguiente, en esos convenios hay tres categorías distintas de sujetos involucrados: 1) el estipulante, que es quien contrata a favor de un tercero. En este caso MINTRAL que pactaba la promoción de negocios a favor de sus clientes, en este caso ACCIONA; 2) el promitente, “quien se compromete a favor del tercero en la calidad de deudor de éste”¹, en este caso RICARDO CAICEDO; y, 3) el beneficiario (ACCIONA), quien es el acreedor de la deuda a cargo del promitente. Importa acotar que el beneficiario es un sujeto extraño al contrato, que no es parte en su celebración y que, en principio, su voluntad no interviene en su configuración.

Si bien ese contrato no fue suscrito por ACCIONA, motivo por el cual es, en principio, un tercero ajeno al mismo, lo cierto es que por sus actos aceptó tácitamente la labor de agenciamiento que hizo en su favor el demandante. De ahí que la parte actora hubiese tenido que demandar la existencia de la agencia comercial de hecho, porque en su estructuración incidió el comportamiento desplegado ulteriormente por la demandada sin que hubiese suscrito ese documento.

3.2 Examen del Acuerdo del 15 de mayo de 2011

Mediante ese acuerdo, celebrado en Barcelona, las partes adicionaron el pacto del 15 de diciembre de 2010, mediante el cual las partes, esto es Mintral y Ricardo Caicedo Pulgarín acordaron lo siguiente:

¹ ABELIUK MANASEVICH, René. “Las Obligaciones”. Ediar Editores. Segunda edición. Pág. 119.

El demandante RICARDO CAICEDO PULGARÍN es calificado como **“AGENTE”**. Y En la primera manifestación agregaron que:

*“Que en fecha 15 de diciembre de 2010 suscribieron un contrato de colaboración para la realización por parte del **AGENTE** de actividades de promoción e intermediación en relación a los clientes de **MINTRAL**”* (Subrayas propias. Negrilla textual).

Y al punto de complementar el referido contrato para dar cumplimiento a la cláusula 2.3 del mismo, introdujeron las siguiente y única estipulación:

*“Una vez evaluadas por parte de **MINTRAL** las oportunidades propuestas por **EL AGENTE** y resultando estas interesantes para sus clientes, manifestará su conformidad a los términos y condiciones planteados por la segunda, para cada oportunidad de negocio, mediante la emisión de una comunicación cuyo contenido es el siguiente...”* (Subrayas propias. Negrilla textual).

Si la juzgadora hubiese reparado en ese documento habría tenido que deducir lo siguiente:

- a) Que no queda duda alguna que los allí contratantes tenían claro que la labor de intermediación que realizaba RICARDO CAICEDO PULGARÍN era la correspondiente a una agencia mercantil, al punto que allí se le designa como **“AGENTE”**;
- b) Que esa actividad de promoción se hacía en beneficio de terceras personas, concretamente, los clientes de Mintral, no a favor de ésta, es decir que no era AGENTE de MINTRAL, sino de los clientes que esa empresa le iba a presentar.
- c) Que esos clientes debían mostrar previamente conformidad con las oportunidades de negocio que les proponía RCP.
- d) Que, en consecuencia, RCP realizaba una labor de agenciamiento de los productos y servicios a favor de los clientes de Mintral, quienes eran conocedores de esa situación al punto que eran previamente consultados.

3.3 En su declaración de parte, Ricardo Caicedo aseveró que:

“... En ese momento yo tenía a José Damián ya muy candidatizado para más proyectos, planta de vapor que costaba como 230 mil millones de pesos, unos oleoductos más complejos que el de San Fernando Monterrey lo que se llamaban oleoductos complejos, una vía que tenía que hacer Ecopetrol que se llamaba la vía Yuma, en fin, un sin número de proyectos que yo le iba mostrando a José Damián en las diferentes áreas de Ecopetrol, **Doña María José a todas estas se convirtió en un artículo de decoración porque María José lo único que le interesaba, era asegurarse la parte de la comisión que yo cobraba, que le tocaba a ella, por ella haberme presentado Acciona, Doña María José no diferenciaba un oleoducto, de una refinería, no era capaz de sostener una conversación de estos temas tan técnicos por más de 5 minutos, a ella lo único que le interesaba era que de los proyectos que yo le ayudaba Acciona a conquistar en Colombia a ella se le entregara él 1.5% por presentarme Acciona.**

“Por esos días, le conté a María José que Yo le estaba repartiendo juego a Acciona en Ecopetrol por todos los lados, María José muy preocupada me llamó y me dijo, “Ricardo no puedes ser tan ingenuo, no le muestres a Acciona todas las oportunidades que existen en Ecopetrol, porque después se van a presentar y te van a saltar y yo le dije **María José yo no veo eso de esta manera, de la única manera que yo puedo ser agente comercial de esta compañía es si yo puedo hablar con ellos transparentemente de todas las oportunidades, porque estos eran proyectos esparcidos en el tiempo, entonces María José muy en defensa de su 1.5% se inventó para mi beneficio un documento que firmó con Jesús Alcázar, donde le dijo a Jesús, mira Jesús como Ricardo te está mostrando Ecopetrol por todos los lados, vamos a hacer el siguiente acuerdo de los proyectos que Ricardo gestione directamente, de los que le trae la idea para que ustedes se presenten ahí nos pagan el 7% de comisión, qué era lo que yo cobraba y de ahí se sacaba 1.5 para darle a María José por haberme presentado a Acciona, pero de los proyectos que ellos se presenten en Ecopetrol en virtud de mi supuesta ingenuidad de contarles a ellos que había, si Ricardo no participa directamente nos pagan el 2% de comisión y ese documento se firmó y eso realmente a María José le dio mucha tranquilidad, de que yo podía seguir hablando tranquilamente con ellos sin temor a que ellos nos saltaran y para mí también fue muy bueno haber producido ese documento”** .

Más adelante agregó:

“Al ser el agente comercial convencí a Pacific Rubiales que Acciona era el candidato ideal para construir esa planta, una planta de más de 130 millones de dólares, todos los proyectos que yo le ayudaba Acciona en Colombia eran proyectos de unas cifras colosales, el río Magdalena doctora haciendo un paréntesis era un negocio de 2.4 billones de dólares, donde yo tengo un contrato firmado por ellos donde yo era su agente comercial para el río Magdalena y tengo un anexo que está aportado en este proceso donde yo me ganaba el 4% de comisión más de 100.000 millones de pesos de comisión si ellos se adjudicaban el río Magdalena, o sea un lobista común y corriente, pasapapeles, contratista de una empresa supuestamente Mintral, la cual, es una compañía offshore en Panamá que

no existe prácticamente, Mintral y el Grupo Suma, son una entelequia, era el vehículo jurídico que utilizaba María José para poder cobrar su 1.5%. La razón por la cual ellos le pagaban a María José y María José me pagaba a mí fue porque María José se llenó de miedo de ver que yo prácticamente dormía en Acciona, porque pasaba los días enteros en Acciona y María José decía si este señor recibe primero el dinero y luego me tiene que pagar el 1.5% a mí, ese señor de pronto en algún momento me salta decía Doña María José, entonces me propuso y me dijo Ricardo vamos a hacer lo siguiente, **Acciona me paga a mí y yo automáticamente te pago a ti y yo le dije a María José porque quieres eso? y me dijo no te preocupes Ricardo para ti va a ser transparente vamos a abrir una cuenta en Panamá, en un banco dónde vamos a tener la cuenta tú y yo y le vamos a dar instrucciones al gerente del Banco para que el día que llegue la plata a mi cuenta ese mismo día te traslade tus 5,5 puntos o el 78,58% de lo que ellos pagaban a mi cuenta, yo le dije a María José, mira María José si eso te hace sentir tranquila, si para eso tú duermes tranquila de que yo te voy a respetar tu 1.5% no hay ningún problema y efectivamente don Manuel García Bremen, que era un funcionario de Doña María José vino a Panamá** me llevaron a mí a Panamá y a abrimos la cuenta en dónde unos amigos de ellos, en el banco Balboa en Panamá y quedamos en que se abrían esas cuentas para que Accióna pagará y María José me ponía la plata en mi cuenta”.

3.4. Declaración de LUZ PIEDAD HERRERA.

En lo pertinente, la testigo LUZ PIEDAD HERRERA puso de presente, como ya se dijera anteriormente, que quienes aprobaban los proyectos que proponía el demandante era “...**José Damián y por el grupo de Acciona, todos los ejecutivos de Acciona**”, aseveración que evidencia, de un lado, que el trato directo sobre esas oportunidades de negocio se hacía con ACCIONA sin depender de alguna autorización de MINTRAL; y, de otro, la irrelevancia que en esas materias tenía esta última de manera que su labor se circunscribía a cobrar el porcentaje que le correspondía por haber puesto en contacto a las partes y de servir de **fachada e interruptor** que le permitiera a ACCIONA cerrar antojadizamente, como a la postre lo hizo, la intermediación realizada en su favor por RICARDO CAICEDO y/o IDG.

Más adelante, al ser interrogada sobre la función de MINTRAL, respondió.

“Yo nunca conocí a María José pero sé que existía, sé que tenía una compañía off shore en Panamá que es una compañía que está básicamente en un paraíso fiscal y lo que conozco es que Ricardo Caicedo

tenía un acuerdo con la señora María José que era un contac fee que era el hecho que ella le presentara a alguien para un negocio a una empresa y ese contac fee hacía honor a su palabra pagándole más o menos el 20 o 22%, creo que le pagaba a través de la empresa de Mintral en Panamá, le pagaba esta comisión a la señora María José por presentarle clientes, pero no la conocí físicamente, sé que era una señora que estaba ayer aquí pero no la había conocido, visto”.

Y al ser interrogada por el juzgado por la razón de su dicho, agregó que por:

“el acuerdo que tenía el señor Ricardo Caicedo, porque era transparente para todos los contratistas que mandábamos con el que parte del éxito de la comisión que él ganaba el 20 o 22%, según el caso iba para la señora María José como parte de un contac fee por parte del pago a la presentación que ella hacía de algunos posibles clientes para el señor Ricardo Caicedo”.

Y al ser interrogada sobre si el señor Ricardo Caicedo realizó alguna gestión de negocios para promover clientela para MINTRAL, respondió que NO. Dijo, que “eran para Acciona directamente, no era para nada un trabajo que él hacía para Mintral”, Acotó más adelante, que ella sabía que Ricardo Caicedo “le pagaba a MINTRAL la comisión por haberle presentado Acciona, eso es lo que yo tengo de conocimiento, yo no tengo ningún conocimiento de ninguna intermediación, conozco básicamente eso”.

Seguidamente señala que todo eso lo percibió por haber estado presente cuando se produjo *“una conversación telefónica de María José con Ricardo, tengo un recuerdo de que él había llegado a un acuerdo con ella que le consignaban la plata a MINTRAL en Panamá, ella sacaba su 20 o 22%, y de inmediato le transferían a la cuenta de él la comisión en algunos de los negocios, eso es lo que tengo de conocimiento sin tener conocimiento profundo de finanzas ni de como hacía esos pagos, pero digamos creo que así era la comisión que tenía de acuerdo con MINTRAL y María José”*

3.5 Testificación de MARÍA JOSÉ ELICES,

Puso en evidencia la testigo, quien se declaró representante legal de MINTRAL, el carácter insubstancial, como de testafarro, que asumió esta sociedad. A pesar de la mendacidad que en muchos

aspectos caracteriza, como más adelante se demostrará, su deposición, NO pudo negar que la función de RICARDO CAICEDO era la de conseguir contratos para distintas empresas españolas, entre ellas, ACCIONA,

Y al tratar de precisar el objeto de la contratación del demandante, Cuando fue interrogada por la señora Jueza para que explicara para qué fue contratado el señor CAICEDO, contestó que se encargaba de identificar los proyectos que se podían presentar a sus clientes, entre ellos ACCIONA.

En consecuencia, razonando sobre esas testificaciones alusivas al papel de Mintral en la relación contractual aquí demandada, se tiene:

- a) Como quedó probado, esa empresa se circunscribió a CONTACTAR al demandante para que sirviera de agente de los **clientes** de esa empresa, que conformaban un grupo de empresas autodenominado SUMA.
- b) Después lo puso en contacto con algunas de esas empresas, particularmente con ACCIONA.
- c) MINTRAL, para asegurarse el cobro de la comisión que acordó con el actor por haberlo relacionado con ACCIONA, recibía el pago y se descontaba su porcentaje.
- d) Quien se dedicó a buscar los clientes para ACCIONA, a buscar las oportunidades de negocios, a elaborar y consolidar las propuestas, a ganar los contratos para la demandada fue RICARDO CAICEDO.
- e) Del testimonio de MARÍA JOSÉ y sus contradicciones se deduce que MINTRAL no era más que una ficción que le permitía, de un lado, celebrar fingidos contratos de asesoría y consultoría con las empresas españolas, entre ellas ACCIONA, pero que en realidad se ofrecía a **contactar agentes comerciales** para esas empresas

que promovieran negocios en favor de ellas. Y de otro, como un interruptor para pretender la terminación antojadiza del contrato.

- f) De hecho, la gran mayoría de testigos señalaron que únicamente tuvieron contacto con RICARDO CAICEDO y era a él a quien le rendían los informes fueran verbales o escritos de las investigaciones que realizaban para la promoción de negocios en Colombia en favor de ACCIONA.

En consecuencia, si el juzgador hubiese apreciado cabalmente los documentos reseñados y los hubiese estimado en conjunto con las demás pruebas del proceso, particularmente las declaraciones reseñadas, no habría colegido que la existencia de los contratos acordados entre el accionante y Mintral ensombrecían la existencia de la agencia comercial de hecho impetrada, sino que, por el contrario, fortalecían y apuntalaban esa pretensión.

4. Contrato de agencia comercial. Definición:

En los términos del artículo 1317 del Código de Comercio, la agencia comercial es un contrato a cuyo tenor *“un comerciante, asume en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocio en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”*.

Como quiera que, según se ha quedado dicho, los contratos se pueden configurar por conducta concluyente, sin que sea necesaria la manifestación expresa verbal o escrita del acuerdo de voluntades, está claro que en este asunto quedó demostrado que entre el señor RICARDO CAICEDO y/o IDG, por una parte, y ACCIONA INFRAESTRUCTURA y OTACC, se formó un contrato de agencia comercial de hecho por haberse configurado todos los requisitos esenciales y propios de este tipo de contrato.

Empero, previamente a desarrollar el enunciado que acaba de hacerse, parece oportuna la siguiente puntualización sobre la **legitimación por activa de los demandantes**. Se encuentran legitimados RICARDO CAICEDO y/o IDG para entablar esta demanda y reclamar las pretensiones, por haber sido quienes se encargaron de la promoción de los negocios de las demandas. Pero al respecto es necesario precisar, para que no se preste a duda, que fueron MINTRAL y ACCIONA los que exigieron a RICARDO CAICEDO que constituyera una sociedad para efectos de recibir los pagos que le correspondían, habida cuenta que, como lo expuso la testigo MARÍA JOSÉ ELICES, como persona natural, el señor CAICEDO no podía facturar ante empresas españolas, por las sumas de dinero que le correspondían. En consecuencia, si bien la relación contractual inició con RICARDO CAICEDO, fue por exigencia ajena y para los efectos señalados, que debió constituir una empresa en Panamá encargada de recibir los pagos.

5. Requisitos de la agencia comercial.

La Corte Suprema de Justicia en **sentencia del 10 de septiembre de 2013**, rad. 2005-00333-01 y del 24 de julio de 2012, rad. 1998-02154-01, reiterada, entre otras, en **sentencia del 9 de mayo de 2017**, dejó claramente sentados los elementos que deben estar presentes en la relación comercial para que se configure el contrato de agencia mercantil, esto es:

“1. Que como su objeto es promover o explotar negocios del agenciado, implica un trabajo de intermediación, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Asimismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiente, en principio, de los negocios celebrados.

“2. Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente.

“3. Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.

“4. Que el compromiso *debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional*”.

Como pasa a demostrarse, en este asunto quedaron demostrados los supuestos fácticos vertebrales de la agencia comercial que existió entre las partes.

5.1. La labor de intermediación realizada por la actora para promover las actividades comerciales de las demandadas, buscarles clientes y oportunidades de negocio. Prueba en el proceso.

De manera ambigua, tal vez confusa, y sin ningún ahondamiento en la materia, concluyó el juzgado que en el proceso no quedó demostrado que la demandante efectuara alguna labor de intermediación a favor de las demandadas, especialmente, frente a ACCIONA. Empero, al asentar esa elucidación, además de evidenciar cierta precipitación en el examen de la cuestión sometida a su decisión, incurrió en un notable desacierto, habida cuenta que ese quehacer del actor quedó suficientemente demostrado. En efecto:

5.1.1. La declarante **LUZ PIEDAD HERRERA RAMÍREZ**, quien además fue testigo presencial de las reuniones que se desarrollaron entre RICARDO CAICEDO y JOSE DAMIAN SAEZ (Representante legal de ACCIONA en Colombia), en las cuales se definieron las labores que el actor debía realizar en favor de esta empresa para la consecución de negocios y sobre el porcentaje de comisión en favor del demandante, circunstancia que inexplicablemente soslayó el juzgador censurado, aludió a la labor de intermediación que desplegó el demandante en favor de ACCIONA para la consecución de negocios en Colombia, pues así lo señaló en su testimonio al aseverar lo siguiente:

“... Con José Damián hicimos varias reuniones, por un lado, para presentarle los proyectos que se habían explorado y que se tenían conocimiento, de dónde los pondríamos presentar en diferentes oportunidades de negocio. Lo segundo, para presentarle toda la investigación que, por decir un caso, el del río Magdalena”.

Más adelante agregó:

“También presentábamos un informe detallado con esa información para que pudiera tener un resumen ACCIONA de ese material. Y hacíamos la presentación y la labor de estructurar las relaciones y las citas con los entes nacionales o departamentales, según el caso, para que pudieran tener la reunión y poder presentar las propuestas”.

Y al ser preguntada si le constaba alguna labor de intermediación del actor frente a ACCIONA, respondió tajantemente, en respuesta igualmente cercenada por el juzgador a quo:

*“Sí me consta porque en varios de los proyectos y reuniones que sostuvo el señor Ricardo Caicedo con Acciona estuve presente porque era claro en muchas de esas ocasiones que la labor era esa, justo una labor de intermediación, una labor de búsqueda de proyectos, una labor de estructuración de proyectos, esa eran las conversaciones que se daban entre la empresa Acciona y el señor Ricardo en las que yo estuve presente por eso puedo dar conocimiento de que así fue, **de hecho tengo también conocimiento de que se hablaban en esas reuniones de las comisiones y demás, incluso en los pagos de esas comisiones, incluyen ese orden de ideas puedo dar fe de viva voz y a título personal que conozco que existía esa relación, conozco que en las conversaciones se hablaba sobre el tema del tipo de relación y del producto, o digamos resultado esperado y sobre las comisiones sobre el tema”.***

“Esa labor consistía en: primero, buscar oportunidades de negocio y presentársela a Acciona, segundo, buscar quiénes eran las personas a las cuales debía presentársele esa oportunidad de negocio, hacer la búsqueda de investigaciones que nos permitía desarrollar un proyecto y hacer la estructuración de esos proyectos con sus consultores y con un empleado de él que era Humberto López básicamente, que he conocido que Humberto trabajaba con el señor Ricardo Caicedo era su empleado, el resto éramos consultores”.

También aseveró:

“Ricardo le buscaba (A ACCIONA) oportunidades en el sector público y en el sector privado, le buscaba oportunidades de infraestructura en diferentes temas, eran los especialistas en obras hidráulicas por ejemplo, entonces había una búsqueda exhaustiva que toda obra que existiera en la ribera del río o dentro del río, porque toda obra que se construye en un río, así sea un puente y no lo toque, así sea hidráulica porque cuando el río se aviva en ese momento es que hay que tener la estructura para ese tema, obras que pudieran ser de infraestructura, de desarrollo de oleoductos, de desarrollo de trabajos de navegabilidad, todo tipo de obras con infraestructura con especial énfasis en estructuras que pudieran tener obras hidráulicas, obras que pudieran tener impacto bien sea con rutas carreteras, puentes, ese tipo de obras básicamente, pues un abanico muy amplio en realidad porque de ellos son expertos en energías, obras civiles y obras hidráulicas”

En cuanto a la cantidad de proyectos que fueron gestionados por RICARDO CAICEDO en favor de ACCIONA, y la naturaleza de los mismos, la testigo refirió lo siguiente:

“Cerca de 50 y aprobados fueron casi 30. (...) Aprobados por José Damián y por el grupo de Acciona, todos los ejecutivos de Acciona”.

“Fueron proyectos de puentes, vías, obras de infraestructura, la obra de navegabilidad, tramos de oleoductos, tramos de refinería, proyectos de carbón, era demasiado amplio en realidad”.

Inclusive, narró detenida y pormenorizadamente la presentación **del proyecto de navegabilidad del Río Magdalena que fue concebido, estructurado y desarrollado por Ricardo Caicedo y del que repentina y sorpresivamente se retiró a último momento ACCIONA, para irse a construir el metro de Quito, según lo depuso el testigo ALEJANDRO IANINI.**

Como se ve, la testigo, que es responsiva y clara, amén que su testimonio es exacto, completo, unívoco y contiene la exposición de la razón de su dicho por haber percibido directamente lo que narra, no sólo alude a la función intermediadora de la demandante, sino a la aprobación que de ellos hizo ACCIONA.

No podía decir ligeramente el Juzgado, como lo hizo, que no había prueba de los informes que hacía el demandante a su agenciada, porque, para la muestra, la testigo narró algunas reuniones en las que se discutieron esos proyectos y se rindieron los informes respectivos. En consecuencia, además que no se trata de un requisito de la esencia del contrato, y mucho menos de la agencia mercantil de hecho, pues apenas impone un deber informativo al agente, lo cierto es que, conforme lo narra explícitamente la testigo, el actor ilustró repetidamente a la demandada de los actos que desplegaba para promocionarla.

También aludió a otros proyectos de manera coherente, responsiva y completa, entre ellos el de las **cárceles**. Su testimonio pone de presente una labor de agenciamiento, estable, duradera, autónoma y en la que RCP y/o IDG, presentaron más de 50 oportunidades de negocios a la demandada, de las cuales ésta participó por lo menos en 30.

Resulta, finalmente, supremamente relevante en su testificación, que al ser preguntada por la señora Jueza sobre quién aprobaba los proyectos de negocios presentados por el accionante, contestó sin ambages, que eran “**aprobados por José Damián y por el grupo de Acciona, todos los ejecutivos de Acciona**”, atestación que pone de presente, de un lado, que el trato directo sobre esas oportunidades de negocio se hacía con ACCIONA y, de otro, la irrelevancia que en esas materias tenía MINTRAL, corroborando que sólo se dedicaba a cobrar su porcentaje.

Y aunque la testigo alude de manera frontal a los hechos que percibió y que su declaración es creíble, verosímil, da la razón del dicho y unívoca, se abstuvo de considerarla el fallador para deducir la existencia del contrato de agencia. Incluso, en franca violación del artículo 176 del CGP, el juzgador se abstuvo de valorarla en conjunto con las demás pruebas y de especificar el mérito probatorio que le merecía.

5.1.2. En este punto es oportuno recalcar que las aludidas labores de búsqueda de oportunidades de negocio, de promoción de los servicios que presta la demandada, de conquista de mercado y de concreción de negocios fue conocida, tolerada, aceptada y remunerada por ésta. Así lo puso de presente la testigo y lo corroboró la perita **Claudia Patricia Flórez Nieto**, quien en la sustentación de su experticia aseveró que conforme lo evidencia el certificado del revisor fiscal de ACCIONA (cuaderno 5 folios 1479 a la 1482):

“Se Hicieron unos pagos, hay un certificado de revisor fiscal de la empresa Acciona Infraestructura Colombia, donde el revisor fiscal certifica los valores pagados por concepto de comisiones a la empresa MINTRAL, el contador público Elkin Infante Lombo de la empresa Acciona Construcciones S.A. certificó el 19 de Julio de 2018 las operaciones y pagos relacionados, lo que se encontraba en la contabilidad de ellos referente a Ricardo Caicedo Pulgarín, Acciona Infraestructura, MINTRAL Panamá con Acciona Infraestructura, con esos valores el entrego un certificado de pagos, eso también lo tuve en cuenta”.

Y más adelante agregó:

“Los valores pagados que registra este certificado antes de impuestos son de Tres mil Doscientos Cinco Millones Setecientos Cuarenta y Tres mil Ochocientos Sesenta (\$3.205.743.860), se pagó unos valores directamente a MINTRAL y otros valores con autorización interna entre Ricardo y MINTRAL, se le giraron directamente al Señor Ricardo Caicedo Pulgarín”.

Acotó después que esos pagos se contabilizaban en:

“... un auxiliar contable que están en el expediente, que se llama auxiliar general histórico, más Acciona al 50% con el NIT 830.043.648-8 en la cuenta 233525 llamada honorarios con el Nit de Mintral se evidencia el registro y pago de honorarios por el proyecto Monterey”.

Es decir, que Acciona contabilizaba en la subcuenta correspondiente a los consorcios Acciona - Otac y Acciona - Masa los pagos que se le hicieron a Mintral y a Ricardo Caicedo. Añadió que en el libro *“...auxiliar general histórico 31 de julio de 2015 en la contabilidad Acciona Construcción NIT 830.043.648-8 está relacionado en la cuenta 133005 a proveedores 133010 a contratistas a nombre de Ricardo Caicedo Pulgarín”.*

5.1.3. Por su parte, el testigo **VICENTE ALEJANDRO IANINI**, relató de manera espontánea, convincente y vívida, que:

“... Acciona estaba buscando llegar a Colombia de la mano de una persona que conociera el mercado colombiano, para eso el doctor Caicedo me dijo: Acciona, me ofreció ser su agente comercial para buscarle oportunidades de negocio en Colombia”.

Más adelante, al ser preguntado si tenía alguna relación con ACCIONA, agregó:

“No, con Acciona yo no, únicamente con don Ricardo Caicedo quien me encargaba algunas labores específicas básicamente de investigación de mercado, búsqueda de oportunidades, de revisión de documentos financieros para ver si tenía posibilidades de acceder a contratos o licitaciones con el gobierno, y en la medida de que se dieran esos contratos o tuvieran éxito, yo tenía unos elementos basados en la adjudicación de contratos”.

Igualmente, el a quo sesgó notablemente la declaración del testigo, toda vez que cuando se le preguntó por la labor que desplegaba el señor RICARDO CAICEDO en favor de ACCIONA, realmente afirmó lo siguiente:

“Él se encargaba de identificar oportunidades, de hacer los primeros contactos con esas oportunidades, de hacer una especie de resumen de oportunidades en el país, para lo cual en algunos casos me consultaba a mí, yo hacía también mi inteligencia de situación de las oportunidades, le presentaba algunas posibilidades y él se las llevaba a Acciona. Una vez Acciona las veía, no lo presencie yo, pero a través de don Ricardo Caicedo, me decía: Acciona quiere presentarse en esto, o en aquella otra cosa y a veces se presentaba, otras veces no, y esa era labor que hacía el doctor Ricardo Caicedo y siempre que yo pedía algún tipo de información adicional como por ejemplo, mándeme los estados financieros de Acciona, mándeme todas las capacitaciones que tiene Acciona, me refiero al ISO 9000, a las OSHAS, a todas estas cualificaciones que tiene la compañía, el doctor Caicedo me las traía inmediatamente por eso yo estaba convencido de que Acciona estaba detrás de él”.

Quedó demostrado, inclusive, **que el demandante gestionó para ACCIONA proyectos como por ejemplo el del río Magdalena, pues el testigo afirmó lo siguiente:**

“Recuerdo en este momento un contrato sumamente grande, que era el contrato de navegación por el río Magdalena, yo en ese contrato acompañé al doctor Caicedo a una reunión en el Ministerio de Obras Públicas con algunos funcionarios que nos expusieron cuáles eran los alcances de esa licitación, que era una licitación monumental y también hice una labor de identificación de cosas parecidas, de rectificaciones de ríos en algunos lugares del mundo, y a raíz de esa, en la preparación de esa oferta, recuerdo su señoría que la solicitud del gobierno, era quien fuera beneficiario de ese contrato, tenía que responsabilizarse de cualquier derrumbe sobre el río Magdalena que era, a mi manera de ver, una labor demasiado riesgosa para el contratista, sin embargo, Acciona presentó la licitación, la licitación fue marchando, hasta que en determinado momento Acciona dijo: me retiro de la licitación y ya se retiró. Ahí quedó en ese momento la oportunidad de que Acciona fuera beneficiario o adjudicatario del río Magdalena, lo ganaron las personas que posteriormente dieron en la prensa con unos problemas complejos”.

Más adelante agregó que esa salida precipitada obedecía, según lo que se comentaba en el medio, a que ACCIONA se fue a trabajar el metro de Quito para salir del mercado.

5.1.4. Y aunque el juzgador de primer grado aludió a la deposición del testigo **RICARDO NIETO ALFONSO**, quien laboraba en la empresa Pacific Rubiales, particularmente en cuanto aseveró que:

“(…) Yo en ese proceso siempre reconocí a Ricardo Caicedo como el comercial, el comercial de Acciona, y desconozco si era un empleado, agente y distribuidor representante o sea cualquier esquema, simplemente él era el que siempre me llamaba a pedirme la citas para Acciona, el que estaba pendiente, incluso, después ellos pierden esa licitación, pero nosotros planeamos arrancar otro proceso para agrandar la planta, entonces él era siempre la persona de Acciona que estaba en contacto conmigo.

“Desde mi interpretación, la labor de Ricardo Caicedo era comercial, yo siempre lo veía: primero, introduciendo la compañía en Pacific Rubiales, (...) asegurándose de que nosotros, de que yo, lo dejara entrar en ese proceso, y segundo, hacer la labor para que mis jefes admitieran que ellos entregaran una oferta, realmente él era encargado comercial y luego seguía llamándome siempre en función comercial”.

Aseveró así mismo el testigo, evidenciando la labor de promoción y de búsqueda de clientela a favor de ACCIONA que:

“... en el interior de la compañía, ya estábamos avanzando en el proceso, cuando el gerente de compras me llamó y dijo acabo de conseguir otra compañía, pero realmente le voy a decir, por las cifras, yo creo que aparecieron 40 compañías de las cuales empezamos a descartar, porque a veces aparece muchos vendedores de ilusiones y ya habíamos bajado este número, si se los digo solamente por orden de magnitud porque no lo recuerdo pero digamos ya teníamos 10 compañías e íbamos a salir al proceso, ya estamos con bastante progreso y el gerente compras de Pacific Rubiales, me llamó y me dijo acabo de conseguir otra compañía, entonces yo le dije, bueno primero estamos algo tarde pero igual, él me dijo, no, escúchelos, entonces realmente como te digo nosotros pasamos viene tanta gente ofrecernos cosas detrás de la plata, la gente dice un contrato de 80 millones, aparece mucha gente, entonces realmente mi trabajo a veces parece ser hasta un poco...

Jueza: escéptico

Ricardo Nieto Alfonso: “sí, entonces lo le dije muéstreme la compañía, son unos españoles se llamaba Acciona yo nunca en mi vida había escuchado de Acciona, yo le dije bueno, es un señor que se llama Ricardo Caicedo, yo le dije, si él quiere hablar conmigo, primero que me envíe una presentación de qué es su compañía y yo leo la presentación y yo le digo

si lo recibo o no lo recibo, entonces me pasaron la presentación, por correo electrónico, yo la vi...”

“... Me la paso, ahí sí ya no recuerdo si me la pasa Ricardo Caicedo o Ricardo Caicedo se la pasa al gerente de compras de Pacific Rubiales y él me la pasa a mí. No lo puedo recordar, no tengo tanto tan buena memoria...”

“... entonces, la justificación para escucharlo, él me manda una presentación, como le digo no recuerdo si a través de Héctor o a través, directamente a mí, yo leo la presentación evidenció que Acciona es una compañía gigante y ha hecho proyectos del tamaño del nuestro, o incluso entonces ahí yo acepto hablar con Ricardo Caicedo, pero yo le advierto a él que tiene que traer ingenieros, porque la reunión nuestra iba a hacer con ingenieros ... más que ingenieros, nosotros les decimos técnicos, porque le íbamos a hacer preguntas técnicas, entonces Ricardo evidentemente me dice que él no es un técnico, que él es un comercial y que él va a traer gente técnica a esa reunión. Entonces el filtro inicial lo pasan con la presentación, pero igual una presentación la hace cualquiera, una buena presentación, entonces nosotros lo que hacemos... Si, Ricardo Caicedo aparece después en nuestras oficinas en nuestras oficinas de acá de Bogotá... Desde España venía un español de Acciona de España, y lo traje definitivamente el tipo si tenía el nivel, el tipo que traje si tenía mucho nivel, entonces nosotros, el equipo técnico de Pacific Rubiales dijimos, Acciona técnicamente está capacitado para concursar, por el contrato que estamos buscando, pero había un problema, mientras ellos aparecieron, o sea, Acciona cuando aparece ya estaba avanzado el proceso, entonces yo le dije a Ricardo, queda un problema, ya yo no lo alcanzó a invitar ya no tengo autonomía para invitarlo porque el proceso avanzó, tiene que conseguir la aprobación de mis jefes, en ese momento mi jefe, yo le reportaba al vicepresidente, él tenía que ir al vicepresidente, encima del vicepresidente estaba el CEO, el vicepresidente se llama Eduardo Lima y el CEO, se llama Ronald Pantin, entonces él tenía que conseguir una aprobación superior a la mía, para que yo lo dejara concursar. Entonces Ricardo hace ese proceso, desconozco los detalles, pero él me dijo, ya hice las reuniones con sus jefes y efectivamente mis jefes después me dicen inviten Acciona, ellos van a traer una propuesta”.

Se presenta entrecortada la deposición por las constantes interrupciones que la jueza le hizo al deponente produciendo la narración de ese modo.

Y, a pesar de que el fallador aludió a la la testificación, se decía, se negó a ver en ella la labor de promoción que directamente hacía el actor a favor de la demandada. Y mucho menos se preocupó por examinar en conjunto la prueba para deducir, junto con las demás, que esa labor de promoción y de adquisición de clientela para ACCIONA era autónoma, independiente, consistente y permanente.

5.1.5. Ahora bien, el testigo **SANTIAGO LOMBANA INDABURU**, aseguró que fue el demandante RICARDO CAICEDO quien hizo el registro de proveedores en ECOPETROL en favor de ACCIONA:

“Luego de que autorizó que él pudiera hacer el registro de Acciona, él se puso enfrente de todo el tema de registrar Acciona. Este tema de este registro y vale la pena aclararlo es un tema para las empresas grandes, es un tema complicado, porque se validan todas las experiencias, se certifican todas las experiencias y durante un mes o mes y medio que pudo haber durado el proceso de registro y de validación de la información, por parte de nosotros como Ecopetrol con Acciona, Ricardo tuvo un contacto directo todo el tiempo con nosotros como representante de Acciona, adicional a todo el tema del registro que estuvo en frente y al final terminó cerrando el tema a satisfactoriamente del registro”.

5.1.6. Inclusive, como acaba de evidenciarse, tal era la labor de agenciamiento que RICARDO CAICEDO efectuaba en favor de ACCIONA, **que lograba que esa compañía participara en procesos contractuales aun cuando el tiempo para inscribirse ya había finalizado**, pues así lo manifestó el testigo **RICARDO NIETO ALFONSO**:

“El equipo técnico de Pacific Rubiales dijimos, Acciona técnicamente está capacitado para concursar, por el contrato que estamos buscando, pero había un problema, mientras ellos aparecieron, o sea, Acciona cuando aparece ya estaba avanzado el proceso, entonces yo le dije a Ricardo, queda un problema, ya yo no lo alcanzó a invitar ya no tengo autonomía para invitarlo porque el proceso avanzó, tiene que conseguir la aprobación de mis jefes, en ese momento mi jefe, yo le reportaba al vicepresidente, él tenía que ir al vicepresidente, encima del vicepresidente estaba el CEO, el vicepresidente se llama Eduardo Lima y el CEO, se llama Ronald Pantin, entonces él tenía que conseguir una aprobación superior a la mía, para que yo lo dejara concursar. Entonces Ricardo hace ese proceso, desconozco los detalles, pero él me dijo, ya hice las reuniones con sus jefes y efectivamente mis jefes después me dicen inviten Acciona, ellos van a traer una propuesta.”

5.1.7. En la declaración de **RICARDO CAICEDO**, que conforme a lo previsto en el último inciso del artículo 191 del C.G.P., en concordancia con el artículo 165 ibídem, debe ser examinada conforme a las reglas de la sana crítica, el señor CAICEDO explicó de manera minuciosa la forma como entabló relación con MARÍA JOSÉ ELICES, quien le manifestó que **existían varias empresas españolas integrantes del grupo SUMA que querían iniciar o reiniciar proyectos en Colombia**, y que necesitaban de una

persona que se encargara de promocionarlas, particularmente la demanda ACCIONA. Que su labor consistió en promover a dicha empresa, conseguirle oportunidades de negocios, abrirle el mercado en Colombia, entre otras que reseña.

Igualmente narra la estrategia que diseñó para tal efecto, y los distintos proyectos que concibió para promocionar y generar nuevos contratos de infraestructura para ACCIONA. En ese orden de ideas, aludió a los proyectos con ECOPETROL que él promovió, particularmente el OLEODUCTO SAN FERNANDO MONTERREY, los FACILITIES GNO y GEC y su participación en la construcción del EDIFICIO SEDE ADMIN CP7 BUCARAMANGA.

Aludió igualmente a los demás proyectos que auspició en favor de ACCIONA, como el relacionado con la navegabilidad del río Magdalena, del que esta inexplicable e intempestivamente se retiró en la fase final para, según lo dijo el testigo IANINI, dedicarse a construir el metro de Quito.

Se refirió, así mismo, a los proyectos de Puerto Bahía con Pacific Rubiales, al proyecto de una APP privada sobre las cárceles en Colombia, a la fiscalía general en torno a la ciudadela judicial, también una iniciativa privada para construir colegios y escuelas, y señaló que la intervención de la señora MARÍA JOSÉ ELICES y su empresa MINTRAL se restringió, a la postre, a cobrarse su porcentaje por haber puesto en contacto a RICARDO CAICEDO y/o IDG con ACCIONA. Ese descuento lo hacía luego de recibir la consignación pertinente de ACCIONA.

Cribada su declaración a través de las reglas de la sana crítica, se advierte que es concordante con la mayoría de pruebas que obran en el proceso. Que fue circunstanciada, inequívoca y creíble, motivo por el cual el juzgador debió valorarla y concederle el mérito que le corresponde. No es del caso, por supuesto, transcribir toda su

deposición para demostrar lo que acaba de decirse, pero el Tribunal, al escucharla habrá entendido que está muy entrado en razón lo que acabo de exponer.

5.1.8. Del mismo modo, en el interrogatorio de parte, el señor **JOSÉ DAMIÁN SAEZ**, representante legal de ACCIONA, reconoció que hubo más de 22 proyectos de los que fueron relacionados en la demanda en los que ACCIONA participó, aunque adujo que le fueron presentados a nombre de MINTRAL porque ACCIONA desconocía la relación que existiera entre MINTRAL y RICARDO CAICEDO.

No obstante, al ser preguntado si la persona que interactuó con él (con JOSÉ DAMIAN) para estructurar la propuesta del oleoducto fue RICARDO CAICEDO PULGARÍN, contestó:

“es cierto la persona la que con la que principalmente interactuamos fue Ricardo Caicedo, en cuanto es contratista de Mintral Panamá en Colombia y dentro del contrato que teníamos firmado entre Acciona infraestructuras y Mintral Panamá”.

Del mismo modo, cuando se le interrogó respecto de que fue el señor Ricardo Caicedo quien, personalmente, en una reunión en la que además del declarante estuvieron presentes el señor Pedro Martínez y Jesús alcázar les comunicó que Ecopetrol estaba interesada en estructurar un proyecto de negocios de facilities y los invito a que hicieran parte de ese negocio, el demandado respondió:

“Es cierto que Ricardo Caicedo presentó ese proyecto a Acciona, en tanto que el contratista de Mintral Panamá y representante de Mintral Panamá en Colombia y tanto es así que esa oportunidad fue aceptada por Acciona y se recogió como un anexo al contrato marco entre Acciona y Mintral Panamá”.

En síntesis, el representante legal de la demandada ACCIONA admitió que esa empresa participó en más de 22 proyectos auspiciados por Ricardo Caicedo, aunque, según lo aseveró, bajo el entendido que era un contratista de Mintral. Empero, ya se puso de presente el artificioso rol que en toda esa labor de agenciamiento

tuvo esa empresa. También confesó lo concerniente con la remuneración que esa empresa se comprometió a pagar por esa labor de intermediación, aunque dijo desconocer cual era la contraprestación de RICARDO CAICEDO.

No obstante, en ese punto es oportuno resaltar que el declarante le mintió a la justicia al hacer tal aseveración, toda vez que dentro de los documentos que ACCIONA exhibió al juzgado y que hacen parte de sus papeles de comercio, se encuentran los distintos contratos ajustados entre MINTRAL y RICARDO CAICEDO y/o IDG, incluso, la impresión de diversos correos como los visibles a folios 1126, 1127, 1151 y 1169, entre otros, en los que se detalla la forma como se distribuían los distintos pagos a RICARDO CAICEDO y su grupo de colaboradores y el porcentaje que le correspondía a MINTRAL.

Incluso, a folios 1127 vuelto y siguientes, obran varias facturas que IDG le presentó a MINTRAL y que obran, se reitera, en los documentos de comercio de ACCIONA. Luego está claro que ésta sabía de la labor de agenciamiento que en su favor hacía RICARDO CAICEDO y los pagos que para tal efecto hacía a través de MINTRAL.

5.1.9. También obra dentro de la documentación exhibida por la demandada a folios 781 a 792 el Contrato de Colaboración del 15 de diciembre de 2010 suscrito por RICARDO CAICEDO y MINTRAL, en donde MINTRAL contrata los servicios del señor CAICEDO **como agente para la promoción y mediación comercial de los clientes de MINTRAL, documento que fue aportado al expediente por ACCIONA,** de manera que no es cierto que la demandada desconociera el rol que desempeñaba el señor RICARDO CAICEDO como agente de esa empresa, pues ellos mismos cuentan con el contrato donde se reconoce con tal calidad al señor CAICEDO.

5.1.10. De igual manera, obra en el expediente el Acuerdo de fecha 15 de mayo de 2011 aportado por la misma demandada ACCIONA que obra a folios 801 a 812, **que da cuenta de que MINTRAL contrató como AGENTE al señor RICARDO CAICEDO, pues así lo denominó en el contrato, para las labores de intermediación comercial en favor de las empresas españolas clientes de MINTRAL, documento que era de pleno conocimiento por ACCIONA pues este documento que refiero también hace parte de aquellos que fueron aportados al expediente por ACCIONA.**

De no existir la anuencia de ACCIONA con la labor desarrollada por el demandante como su AGENTE, no tendrían por qué estar en su poder esos documentos y ser la destinataria de esos mensajes en la que se le califica como tal.

5.1.11. Es muy significativo el acuerdo ajustado directamente entre ACCIONA INFRAESTRUCTURAS y RICARDO CAICEDO PULGARÍN, el 1º de agosto de 2011 (folio 838) en el que los contratantes manifiestan que la primera tiene “intención de consolidar su presencia en Colombia a través de nuevas actividades de negocio” y que RICARDO está en “condiciones de ofrecer acompañamiento a la compañía en la búsqueda de nuevas oportunidades de negocio”, motivo por el cual convinieron las estipulaciones que allí se relacionan y que, en obsequio a la brevedad no se transcriben.

Lo cierto es que ese documento reproduce los mismos objetos contractuales de los pactos celebrados entre ACCIONA y MINTRAL, y entre ésta y RICARDO CAICEDO. Es decir que obedecen a la misma operación económica, a la misma lógica y al mismo espíritu, sólo que este pacto (el del 1º de agosto) lo firmaron para referirse a algunos aspectos concretos del proyecto de navegabilidad del río Magdalena.

Y no deja de ser revelador que en esa misma fecha Mintral, que no suscribió ese convenio, acepte que el anticipo allí acordado a favor de RICARDO CAICEDO, *“sea descontado del primer fee de éxito recogido en el contrato que se suscriba con Acciona Infraestructuras S.A., relacionado con los trabajos de asesoría en el proyecto de Navegabilidad del Rio Magdalena”*.

¿Porqué se acordó descontar a Mintral un anticipo que, por un contrato, aparentemente distinto y posterior, recibía Ricardo Caicedo? La explicación es sencilla, porque siempre se trató de una sola operación económica en la que RICARDO CAICEDO agenciaba a ACCIONA para gestionarle oportunidades de negocios y adquisición de clientela, mientras que MINTRAL, recibía un porcentaje por el *“contac fee”* por esa labor de intermediación. Además, que, a pesar de que en ese pacto sobre el proyecto de navegación del río Magdalena aparecía señalado RICARDO CAICEDO como el agente del mismo, se pretendía, muy seguramente, esconderlo detrás de algún contrato con Mintral.

Sobre estos documentos, que fueron preteridos por el juzgado de primera instancia, como todos los demás, es preciso resaltar que son muy significativos pues ponen de presente que la función de Mintral se circunscribió a contactar al señor Ricardo Caicedo, como se dijo en la demanda, para que fuera el agente comercial de las empresas que le iba a referir esa empresa, particularmente ACCIONA. Está claro y en verdad deslumbra, que esa sociedad (que como más adelante se demostrará obró simplemente como una fachada de la demandada), no desarrolla ninguna actividad de producción de bienes o servicios, como también que los proyectos, oportunidades de negocio y clientes conquistados por la demandante, no eran para ellos sino para ACCIONA.

La actuación de promoción y conquista de clientela a la que se dedicó perseverante, ardua, autónoma y permanentemente el accionante, no era a favor de MINTRAL, ni era ésta la que celebraba

los contratos conseguidos por la actora, ni era de su patrimonio que se desembolsaba el dinero de la comisión que recibía, sino directamente de ACCIONA y a medida que recibía los desembolsos de ECOPETROL, como lo pone de presenta la contabilidad de esa empresa y la aseveración que en ese sentido hizo la perita **Claudia Patricia Flórez Nieto**.

Incluso la testigo LUZ PIEDAD HERRERA RAMÍREZ señaló con exactitud la labor que esa empresa desempeñó al decir que se circunscribía a ser un “contac fee”, es decir, a alguien que se le pagaba una tarifa por haber efectuado un contacto a favor del demandante.

5.1.12. El testigo **ORLANDO MENDIGAÑA** narró cómo en su calidad de gerente de operaciones del OLEODUCTO BICENTENARIO de Colombia atendió varias reuniones en las que RICARDO CAICEDO le propuso iniciar un contrato BOMT para construir la segunda fase del OLEODUCTO y que luego se hizo acompañar en varias reuniones por el representante legal de ACCIONA, señor JOSÉ DAMIÁN SÁEZ, ratificando esa decisión.

Recordó que:

“... hacia el mes de noviembre, diciembre del año 2011, me desempeñaba como Gerente de operaciones del Oleoducto Bicentenario de Colombia, proyecto patrocinado por Ecopetrol y otras compañías petroleras, y tuve la oportunidad de la visita de los señores Ricardo Caicedo y José Damián Sáez, quienes se presentaron como representantes de la compañía Acciona, con el interés de presentar un esquema de financiación de las fases siguientes de ese proyecto. En ese momento, estábamos adelantando la primera fase, la cual ya contaba con un esquema de financiación, y Ricardo Caicedo y el señor José Damián Sáez, presentaban una alternativa de financiación para las fases siguientes de ese proyecto”

Y al ser preguntado por la señora Jueza sobre cuál era la posición de Ricardo Caicedo en esos tratos, respondió:

“Él estaba representando a la compañía Acciona con el señor José Damián Sáez, y lo que estaban buscando era cuál era el alcance del proyecto, cuáles podrían ser entonces, adicional a Acciona, otras compañías que pudieran estar interesadas en ese esquema de

financiación; porque no solamente eran los constructores del oleoducto sino también los suministradores de equipos, y en su momento también nos presentaron una persona de Samsung, otro de los posibles personas, firmas o compañías que podrían participar en esa financiación del proyecto. Tuvimos varias sesiones donde nosotros ilustrábamos como era el proyecto, cuál era el costo, el alcance y cuál era el cronograma que teníamos previsto para eso. Fueron varias reuniones que tuvimos, no solamente en mi posición como gerente de operaciones y mantenimiento, sino también con el gerente financiero en su oportunidad y también con el gerente general o presidente de la compañía Oleoducto Bicentenario. Siempre en esta relación, veía era al ingeniero, al señor Ricardo Caicedo, como representante de Acciona, actuando en la conformación de esta propuesta”.

En una respuesta posterior aseveró:

“La primera reunión fue una aproximación directamente de Ricardo Caicedo, que nos dijo: Represento esta compañía y estamos en posibilidad de esto, nos gustaría conocer como es el alcance de este proyecto, en qué estado se encuentra, y cómo se ve el cronograma de construcción y los costos de ese proyecto. Posteriormente, Ricardo Caicedo en conjunto con José Damián Sáez (quien era el representante legal de Acciona en Colombia, acoto), les presenté todo el alcance del proyecto, recogieron la información, vieron el tamaño del proyecto y en una reunión siguiente nos presentaron a Samsung donde dijeron: este serían otros participantes en ese esquema de financiación, que también podría estar suministrando equipos, o motores, o bombas, para poder desplazar el producto; Y después otra reunión, con el gerente financiero donde se mostró todo el proyecto y la intención que tenía Acciona, de poder hacer ese esquema. Y la última reunión fue con el presidente de nuestra compañía o gerente general de la compañía donde se mostraba la intención de éste y cómo podría ser esa financiación. Resumo la actuación en esas 5 reuniones de esa manera”.

Es decir, que la labor de intermediación de RICARDO CAICEDO se hizo a ciencia y paciencia de la demandada, cuyo representante legal respaldó y prohijó su actividad.

Agregó que allí le propusieron que el proyecto debía consumarse con otros contratantes como SAMSUNG y el grupo SUMA, que era un conjunto de empresas españolas que igualmente quería participar en el proyecto.

5.1.13. La misma testigo **MARÍA JOSÉ ELICES MARCOS** quien deliberadamente fue mendaz en muchos aspectos de su testimonio como adelante se verá, NO pudo negar que la función de RICARDO CAICEDO era la de conseguir contratos para

distintas empresas españolas, entre ellas, ACCIONA, empresas que, según lo dijo, habitualmente llamaban el GRUPO SUMA INTERNACIONAL.

Agregó más adelante la testigo, que no era la primera vez que contrataban a una persona para que ayudara a promover a ACCIONA, porque ya habían tenido otra persona en Colombia, con el mismo fin de buscarles proyectos para internacionalizar a esas empresas españolas.

Cuando fue interrogada por la señora Jueza para que explicara para qué fue contratado el señor CAICEDO, contestó lo siguiente: **“tenía varias cosas que cumplir, en primer lugar, trabajaba identificando proyectos a los cuales nuestros clientes se podían presentar en este país”**. Y más adelante agregó que: **su función era poder encontrar oportunidades de negocio para esos clientes, entre ellos ACCIONA.**

Más adelante sostuvo, al tratar de explicar cómo funcionaba el contrato con el señor CAICEDO lo siguiente:

“El contrato que primero hicimos era para ayudarnos a buscar, a identificar y a hacer proyectos dentro de Colombia para los clientes que SUMA aportaba y funcionaba de la siguiente manera: él vino a España, nosotros le presentamos los clientes que nosotros teníamos, los que querían venir a trabajar a Colombia y empezamos a trabajar. Él dijo que donde más podía trabajar era las petroleras porque colaboraba con dos personas que habían trabajado en las petroleras y conocían bien el mundo adentro y que podían tener más éxito ahí y lo trabajamos más que nada en el tema de las petroleras, pero también podíamos trabajar en cualquier otra cosa (...) él se limitaba a buscar los proyectos para los clientes”.

Inclusive, la misma testigo, cuando aportó algunos documentos al momento de su declaración, dentro de los que se encontraban varias facturas presentadas por RICARDO CAICEDO a MINTRAL, facturas aceptadas como prueba por la actora y en las que se puede apreciar en la casilla de observaciones que allí se menciona que el valor a facturar obedece a CONTRATOS DE AGENCIA.

Es decir que las partes tenían claridad en los siguientes aspectos:

- a) Que la labor que realizaba RICARDO CAICEDO era la de un agente;
- b) Que el agenciamiento que desplegaba era a favor de ACCIONA
- c) Que la búsqueda de oportunidades, la promoción de servicios y la concreción de negocios no era a favor de MINTRAL, que era simplemente una fachada, sino a favor de ACCIONA.

5.1.14. Del mismo modo, **Alfredo Pérez Santos**, quien, como todos los demás, fue sometido a un exhaustivo interrogatorio no solo por las partes, sino, particularmente, por la señora jueza, señaló responsiva, unívoca, espontánea y consistentemente, al ser preguntado sobre su conocimiento sobre alguna relación del demandante con ACCIONA, que:

“Como a finales del 2010, principios del 2011, más o menos, creo yo, y me dijo que lo asesorara, me dijo como usted conoce el mercado, sabe de este modelo de gestión, que es por donde la mayoría de los grandes proyectos en este país van a tomar camino para su desarrollo, necesito que usted me asesoré en varias cosas, dentro de esas asesorías, me pregunto qué posibilidad de negocio ahí, entonces a través de estas personas que yo conocía de Pacific Rubiales, me comentaron que iban a salir unos proyectos interesantes y que si yo podía de alguna manera, también recomendar a alguien, para poderlos desarrollar, porque eran proyectos, bastante importantes...”

Y al ser increpado para que reseñara los proyectos promovidos o emprendidos por Pacific Rubiales, en los que participó Acciona con la intermediación de Ricardo Caicedo, afirmó:

“Había un portafolio de proyectos, pero de acuerdo con las características de los mismos, hubo dos que yo creí, creí no, que de acuerdo con el análisis, tenía la mayor posibilidad de participación, uno inicial, los dos empezaron como simultáneamente, uno que iban a desarrollar en Puerto Gaitán, que era la laguna de depuración de limpieza, de una piscina de residuos y que había que hacer un tratamiento de eso, era un proyecto es un tamaño relativamente pequeño pero la especificidad proyecto era porque había una tecnología muy particular, que ellos compartían, que Acciona tenía y compartía para poder hacer ese trabajo, creo que ese proyecto costaba en dólares unos 50 millones de dólares algo de ese estilo debió ser y otro mucho más grande mucho más grande, que fue el desarrollo del puerto que ellos tenían, en una zona en Cartagena, es un proyecto que...”

Jueza: ¿quiénes tenían?

“Pacific Rubiales, iba a desarrollar su puerto en Cartagena, puerto con toda la infraestructura posible, almacenamiento, transporte, facilities etc, era un gran proyecto, es un proyecto muy grande como de 700 o 600 millones de dólares y obviamente dada la experiencia que tenía, ya lo había dicho, la carpeta que tenía, ellos Acciona era la como la mayor, para eso se recomendó que se podía trabajar en esos dos proyectos básicamente, yo no me acuerdo de otro, no sé si había...”

Jueza: ¿quién recomendó señor Pérez?

Alfredo Pérez Santos: “yo le recomendé a Ricardo, que explorara allá, que averiguara qué iban a salir esos dos proyectos.

Jueza: ¿qué averiguara dónde?

“... en Pacific Rubiales”. “...a Ricardo le interesó y posteriormente él, hasta dónde me acuerdo habló con una persona, ahí le comentó exactamente sobre los dos proyectos y después yo intermedié para una cita, la cita con las directivas de Pacific Rubiales ... se consiguió la cita, creo que la que la reunión se hizo y ahí, sí creo que vinieron los directivos de Acciona, en esa cita, si se reunieron, creo que estaban el presidente de Pacific Rubiales, Sr. Pantin, Sr. Serafino no me acuerdo del otro, y después Ricardo me contó que él había estado con la con la directiva de Acciona, que había estado el señor de Latinoamérica, el representante de Latinoamérica, y no sé, no me acuerdo si vino la presidencia, pero creo que fue una reunión de muy alto nivel, yo no participe en esa reunión...”

5.1.15. El deponente **SANTIAGO LOMBANA IDABURO**, empleado de Ecopetrol por la época de los hechos, narró el proceso de inscripción de ACCIONA en el sistema de proveedores de esa entidad y al respecto dijo:

“... el objetivo de este sistema, era un tema de transparencia, que cualquiera que quería contratar con Ecopetrol, lo que tenía que hacer era inscribirse al sistema y el objetivo final del sistema, que se esperaba tener al año o a los dos años, dependiendo de cómo fuéramos, era que ya cuando fuéramos a hacer alguna contratación pudiéramos hacer un concurso donde sólo pedíamos una oferta económica, donde ya no tenemos que decirnos venga mándenlos todo estos papeles para yo verificar porque ya todo eso lo habíamos validado. Lo importante porque no era información general y era información muy específica, y la solicitud que teníamos nosotros a todos los proveedores y potenciales proveedores, era que el representante legal de la empresa, era al que le damos acceso al sistema y era el que era el responsable de realizar todo el ingreso a la información y de enviarle toda esa documentación a nuestro contratista, para que la pudiera validar, o sea, eso era un requisito y estaba

totalmente formalizado en el proceso. Ahí fue cuando entré a conocer al Señor Ricardo Caicedo, porque yo tenía unos muchachos que trabajan conmigo que manejaban un buzón genérico para todas las dudas e inquietudes que se generaban en la implementación del proceso, y con respecto a todo el registro del sistema y ellos digamos que respondían todas las inquietudes bajo unos correos genéricos y digamos que un tema de preguntas frecuentes que íbamos manejando, hubo un día en el que llegaron a presentarme que había un señor que se llamaba Ricardo Caicedo, que ya varias veces le habían dicho que no podía hacer el registro de esas empresas y no le podían asignar ninguna clave...porque él no era el representante legal de la empresa.

“Después supe, cuando me reuní con él. En ese momento yo no sabía, entonces en ese momento les dije déjenme ver la historia, déjenme ver los correos electrónicos, entonces no es que él no es el representante legal, era la primera vez, desde que habíamos hecho todo ese procedimiento y llevábamos cuatro mil empresas registradas fácil, en que se nos presentaba el caso que no era el representante legal el que estaba solicitando, yo fui a donde mi jefe para decirle pues como procedía, como era tan particular el caso, me dijo tranquilo atiende al Señor revise el caso mire de qué es lo que estamos hablando y tomamos una determinación. Ya en ese momento, yo les quité a mis muchachos el caso con respecto a Ricardo Caicedo y me comuniqué con él y lo cité a una reunión en las oficinas de Ecopetrol. Él fue a las oficinas de Ecopetrol, nos conocimos, nos reunimos explíqueme cuál es su caso, porque nosotros tenemos este procedimiento, el representante legal es la persona que debe responsabilizarse y asignársele la clave para diligenciar las empresas”.

Agregó más adelante:

“Retomando un poco lo que les venía contando, porque ahí no terminé todo el tema que trabajó el señor Caicedo, luego de que autorizó que él pudiera hacer el registro de Acciona, él se puso enfrente de todo el tema de registrar Acciona. Este tema de este registro y vale la pena aclararlo es un tema para las empresas grandes, es un tema complicado, porque se validan todas las experiencias, se certifican todas las experiencias y durante un mes o mes y medio que pudo haber durado el proceso de registro y de validación de la información, por parte de nosotros como Ecopetrol con Acciona, Ricardo tuvo un contacto directo todo el tiempo con nosotros como representante de Acciona, adicional a todo el tema del registro que estuvo en frente y al final terminó cerrando el tema a satisfactoriamente del registro, yo también manejaba un proceso nuevo que se estaba haciendo que era un cambio muy duro y muy difícil para toda la organización el grupo empresarial Ecopetrol y era que se cambiaba el relacionamiento que tenía Ecopetrol con los proveedores en el sentido de las reuniones que tenían los proveedores y los potenciales proveedores con los funcionarios de Ecopetrol, antes del proyecto de servicios compartidos, todos los funcionarios de Ecopetrol podían recibir una llamada y atender a cualquier proveedor potencial proveedor, después de que se implementó este proyecto, en aras de la transparencia, ya sólo había un canal para que los potenciales proveedores pudieran reunirse con las áreas técnicas de Ecopetrol y ese canal era a través de nosotros, luego que se terminó ese registro el señor Caicedo, también a través del Canal y pues como ya habíamos tenido reuniones y nos conocía, me solicitó que le gestionara reuniones con las áreas técnicas de Ecopetrol,

para que pudiera presentar el portafolio de servicios que él representaba de Acciona y poder tener una discusión técnica con la parte discusión técnica con el área técnica y nos valga la redundancia, para poder avalar y autorizar ese tipo de reuniones pues lo hacíamos solamente con empresas digamos que importantes y de gran envergadura y con la que con el conocimiento interno que nosotros teníamos de proyectos que estaban en el portafolio de la organización fueran empresas que podían aportar y podían ayudarnos en el crecimiento y los proyectos de la compañía, y yo le gestione al Señor Ricardo Caicedo, reuniones con el área de producción, reuniones con el área de la vicepresidencia de transporte y reuniones con el área de, cómo se llamaba con el área inmobiliaria de Ecopetrol, para que pudieran sentarse y hablar de proyectos y ya pues arrancará ya hasta ahí llegaba yo digamos y ya con los proyectos de la empresa y el portafolio de servicios y lo que Acciona a través de Ricardo Caicedo, pudiera ofrecer ya siguieran adelante en lo que pudieran hacer y fuera necesario, hasta ahí llegaba yo.”

5.2. En cuanto a la **autonomía e independencia** con la que actuaban RICARDO CAICEDO y/o IDG, los testigos ya citados mencionaron que la labor del demandante era autónoma, independiente y con su propio grupo de trabajadores. Por su extensión y reiteración me abstengo de volver a transcribirlos. Incluso:

5.2.1. El señor **VICENTE ALEJANDRO IANINI**, manifestó que RICARDO CAICEDO

“era autónomo, no ganaba un salario, lo relaté en una respuesta anterior, el ganaba a partir de que los negocios dieran resultado, basado en una tabla de comisiones que era del 4 o 5 % o 7% dependiendo de la complejidad del negocio”.

5.2.2. LUZ PIEDAD HERRERA, reiteró que:

“El señor Ricardo Caicedo actuaba de manera independiente, él actuaba por comisión básicamente, todos los riesgos del tema de investigaciones, estudios, proyectos o personas que estuviéramos a su alrededor estábamos o trabajando al éxito o él asumía los costos de esos servicios”

5.2.3. En el mismo sentido, el contrato del 15 de diciembre de 2010 suscrito entre RICARDO CAICEDO y MINTRAL visible a folio 789 a 792, señala expresamente en el numeral 2.4. lo siguiente: “RCP podrá contratar y subcontratar, por su cuenta y riesgo, a cuantos colaboradores considere oportuno, para la ejecución del presente acuerdo”.

Inclusive, no sobra aclarar de una vez que en la **cláusula 7.1. las partes acordaron lo siguiente**: “no existe exclusividad de ningún tipo entre las partes, excepto para aquellos proyectos que hayan sido identificados por RCP y aceptados por MINTRAL”.

5.3. Ahora, en cuanto a la **estabilidad de la gestión** de intermediación mercantil desplegada por RICARDO CAICEDO en favor de ACCIONA, los testigos refirieron lo siguiente:

5.3.1. La testigo **LUZ PIEDAD HERRERA**, sostuvo lo siguiente:

“De que yo personalmente tenga conocimiento y te puedo dar fe, es desde el 2010 y esas relaciones en cada proyecto duraba mínimo tres meses y tres años en algunos de los proyectos, es decir que era una relación por largo el tiempo, permanente y duradera, se presentaron en total como más o menos proyectos aceptados, cerca de 30 proyectos, que realmente de muchos que se le llevo a presentar a Acciona, porque muchos de ellos decían no, porque muchos de esos proyectos los aceptaban y aceptaban toda la ruta es decir, la investigación, el poder contactar las personas adecuadas, el poder estructurar el proyecto, acercarlo a la mesa, es decir, todo el abanico de lo que significaba acercar un proyecto a la mesa era mucho más allá de solo presentar el proyecto y decir esta es una oportunidad, era toda la estructuración en la que participaba un equipo de trabajo. Desde el 2010 tengo conocimiento y hasta el 2015 más o menos”.

5.3.2. Por su parte, el testigo **ALFREDO PÉREZ SANTOS**, cuando fue interrogado de manera concreta si pudo percibir que hubiese una labor permanente y estable de RICARDO CAICEDO y/o IDG para promover negocios en favor de ACCIONA en Colombia, él contestó: *“Claro que sí, estoy seguro que él estuvo promoviendo esa empresa a nivel comercial, sí”.*

5.3.3. Igualmente, el señor **RICARDO CAICEDO**, en su declaración de parte, *señaló que su labor de intermediación se prolongó por 5 años, desde el 2011 hasta el 2015, durante las 24 horas del día, como así lo manifestó, pues los proyectos que gestionó no son proyectos que se estructuran en una semana. Inclusive, el demandante refiere que el proyecto del río Magdalena duró 38 meses, el de la Fiscalía General de la Nación duró 18 meses.*

5.3.4. Así mismo, en el objeto contractual del convenio del 15 de diciembre de 2010 suscrito entre RICARDO CAICEDO y MINTRAL visible a folio 789 a 792, se manifiesta que la labor de agenciamiento que adelantaría el señor RICARDO CAICEDO sería “la realización por parte de RCP, de **manera continuada o estable de una actividad de promoción y mediación comercial, para la identificación de oportunidades de negocio relativa a los productos y servicios que producen o comercializan los clientes de MINTRAL**, realizando para ello cuantas gestiones y contactos con clientes finales, socios locales, etc., considere necesario para dicho fin”. Al efecto se pactó un término de **CINCO AÑOS** de duración.

No sobra destacar que, conforme se pactó en ese documento, la actividad de promoción y mediación comercial para identificar oportunidades de negocios que debía desarrollar Ricardo Caicedo no era a favor de Mintral, sino de los clientes de ésta, entre ellos ACCIONA, esto en virtud de la delegación que ésta le concedió a Mintral.

5.4. De otro lado, quedó demostrado que RICARDO CAICEDO **contrataba su propio personal**, para llevar a cabo la labor de promoción. En ese sentido, varios testigos afirmaron haber sido parte del equipo de trabajo que RICARDO CAICEDO, por su cuenta y riesgo, conformó para ejecutar la labor de agenciamiento en favor de ACCIONA:

5.4.1. El señor **VICENTE ALEJANDRO IANINI**, señaló:

“La pregunta mía era en qué condiciones quería que yo, o pensaba él (RICARDO CAICEDO), que yo podía participar en esa búsqueda de oportunidades para Acciona, él me dijo yo tengo un acuerdo con Acciona en donde me reconoce unas comisiones de éxito en caso de que los negocios salieran positivos. Me ofreció que yo trabajara basado en la misma forma de pago, le pedí, le solicité si era posible, dado que yo invertiría tiempo y dinero en esas investigaciones de mercado me hiciera unos adelantos económicos y me dijo que le era completamente imposible porque su acuerdo con Acciona era única y exclusivamente por resultados.”

Así empecé a trabajar yo con don Ricardo Caicedo y posteriormente cuando constituyó la firma Infraestructure Development”.

“El señor Caicedo, el doctor Ricardo Caicedo que basado en una inteligencia de mercado que él había visto en Ecopetrol, había identificado que Ecopetrol quería construir el oleoducto San Fernando Monterrey obviamente la pregunta mía era en que puedo ayudar yo o mi firma, y me instruyó en hacer una especie de levantamiento sobre los problemas de las comunidades, en las construcciones de los oleoductos o en construcciones de obras públicas, habida cuenta la serie de garantías que se le daban a las poblaciones por donde atravesarían dichas vías, ese fue mi primer oficio para don Ricardo Caicedo, para ser utilizado por el en su propósito de ganarse para Acciona el oleoducto San Fernando Monterrey que estaba licitando Ecopetrol”.

Y más adelante continuó señalando las labores que ejecutó para el señor RICARDO CAICEDO:

“Yo hice una investigación sobre los diversos problemas de las obras públicas y específicamente de los oleoductos en el paso de comunidades, no solamente comunidades campesinas, comunidades ciudadinas, sino comunidades indígenas, con las que hubo posteriormente se convertían en los problemas para desarrollar esos oleoductos. Yo le entregaba esa información al doctor Ricardo Caicedo”.

Y narra de manera exhaustiva y completa en que consistió la labor que adelantó para RCP, que para no fatigar no se transcriben.

Y concluyó el testigo:

“Yo trabajaba exclusivamente para don Ricardo Caicedo, en la advertencia que él me hacía a mí, esos trabajos iban a ser dirigidos a Acciona para poder ganar las licitaciones y concursos en donde estaba presentándose”.

En cuanto al papel que el testigo desempeñó en la consecución de los FACILITIES, señaló:

“La labor de los facilities era, primero información sobre las inteligencias de mercado”.

“Él me preguntaba a mí la parte financiera señorita, él para integrar todo ese negocio requería también las capacidades de ingeniería y las capacidades administrativas, organizativas, de salud ocupacional, de certificados ISO 9000, etcétera, una serie de cosas. La parte en donde yo colaboraba era básicamente la parte financiera señorita”.

En cuanto a su fuente de pago, el testigo relató:

“Mi fuente de pago era don Ricardo Caicedo, quien a su vez le giraba doña María José Elices, a quien a su vez le giraba Acciona”.

“Como todos los trabajos por resultado, la persona corre sus propios riesgos y en el caso de que no resulte bien los negocios, asume sus propios costos, así era que trabajaba don Ricardo Caicedo y así trabajaba yo también como espejo de lo que él tenía como fuente de pago”.

5.4.2. La testigo **LUZ PIEDAD HERRERA** aseveró:

“Para cada proyecto hacíamos un trabajo, más de 10 consultores que trabajaban con el doctor Caicedo directamente y que él era el que daba la línea de ese trabajo, por un lado para investigar qué oportunidades existían de diferentes temas de infraestructura, bien sea, de carreteras, de oleoductos, la navegabilidad del río Magdalena, en ese orden de ideas, se buscaban unos proyectos que pudieran identificarse, que fueran de interés nacional, regional o local, y que pudieran ser positivos para el país, para que Acciona los desarrollara y de esa manera se hacía una labor de búsqueda de proyectos en las diferentes organismos tanto estatales como no estatales. Veíamos que necesidades podían existir de infraestructura, de desarrollos que pudieran ser atendidas de manera positiva para el país a través de Acciona”.

Agregó además la testigo que el señor RICARDO CAICEDO tenía un contratado a un trabajador bajo el modelo de subordinación, que era el señor HUMBERTO LÓPEZ, quien le colaboraba en todos los proyectos en los que trabajaba para que fueran adjudicados a ACCIONA.

5.4.3. Por su parte, el testigo **JULIO CÉSAR ARANGO GARCÉS** manifestó:

*“Ricardo me llamó estamos hablando del mes de noviembre de 2012, me dijo que está una reunión, en una reunión con la gente de Otac y con la gente de Acciona y se había enterado, allí en esa reunión de que se había asociado o que se iban a asociar, para desarrollar los facilities que tuviera que sacar a concurso Ecopetrol, teniendo en cuenta el argumento de que se vería afectado su participación en caso de equivocarse Acciona en la escogencia de su socio, **él me pidió exactamente que investigará que si yo conocía exactamente qué conocía de Otac, que había desarrollado, qué proyectos tenía y cómo le había ido, esa información de la que le comenté a la doctora que a través de los concesionarios, se lo averigüe con concesionarios, hice la averiguación con ingenieros contratistas y tuve la opción de sacar como el concepto para entregárselo a Ricardo”.***

En cuanto al pago de sus honorarios, el testigo manifestó:

“Él me reconoció unos honorarios de manera personal, no hubo facturación de ningún tipo”.

5.4.4. El testigo **JULIO CÉSAR ARANGO CORTÉS**, a su vez, manifestó:

“Cuando nos reencontramos Ricardo y yo, me comentó que está trabajando con Acciona, en el proceso de impulsar contratos de infraestructura en Colombia, que ya que no tenían esa experticia acá en nuestra región, y fue cuando comenzó a indagar qué proyecto de procesos de licitación estaban por salir y básicamente hablamos de los dos que le comenté a la doctora, que es lo del Plato-Palermo y lo de Villeta-Honda. Eso fue básicamente durante el tiempo que estudien en el INCO con la subgerencia de gestión contractual, básicamente esas consultas, se remitían a eso.

“Había unas licitaciones importantes que había sacado en ese momento la ANI y solicitó que averiguara exactamente, que proyectos podían servirle a Acciona, a él como representante. A finales del año del año 2012, entiendo que Acciona, se asoció con Otacc para desarrollar proyectos de facilities y en ese momento, Ricardo me llamo, yo acabo de salir de una reunión donde se habla de esta asociación, para para participar en licitaciones y te ruego por favor que me averigües exactamente, cuál es el back ground que tiene Otacc, en el tema de los temas de infraestructura importantes, para no entrar a estar por fuera del mercado, los sacaban de las licitaciones por no cumplir con los requisitos. Posterior a eso, yo le dije con mucho gusto estamos, en el proceso de estructurar proyectos y de apoyar a Ricardo en toda su gestión y más o menos en febrero, enero, febrero se le entregó.

“Los trabajos se presentaban muchas veces de forma verbal, otra vez con informes escritos, según el requerimiento que me hiciera Ricardo.

“Básicamente lo que me solicitaba Ricardo, era el concepto, para él poder entrar a apoyar Acciona o hacerle modificar la idea, de algún tipo de decisión para asociarse con Otacc era una decisión básicamente interna de Ricardo con la gente de Acciona.

5.4.5. Inclusive, la misma **MARÍA JOSÉ ELICES MARCOS** manifestó que el señor CAICEDO tenía su propio grupo de trabajadores y que él se encargaba de su remuneración.

5.4.6. En el mismo sentido, el demandante **RICARDO CAICEDO** agregó en su interrogatorio de parte lo siguiente:

*“El negocio para ellos era lindo tenían un agente comercial al cual no le pagaban **porque yo trabajaba por mi cuenta y riesgo, todas las inversiones las hacía yo por mi cuenta y riesgo todas estas reuniones, viajes, funcionarios, mi equipo profesional porque para manejar 27 proyectos doctora, esto no es yo solo con esta cabecita, necesitaba un montón de profesionales, todos de mi cuenta y riesgo**”.*

5.4.7. En el ya referido contrato de 15 de diciembre de 2010 se afirma que en la labor de intermediación que debe realizar RICARDO CAICEDO debe éste contratar su propio personal.

5.5. También quedó demostrada la **remuneración** pagada al señor RICARDO CAICEDO que provenía de la labor de intermediación por él ejecutada, realizada en cumplimiento del contrato de agencia que se configuró con las empresas demandadas.

5.5.1. En efecto, en los contratos aportados a este expediente tanto por la parte actora como por ACCIONA, señalan la forma en que se pactó la remuneración en favor de RICARDO CAICEDO por las labores de agenciamiento en favor de las empresas clientes de MINTRAL, concretamente en siguientes contratos: A) Contrato suscrito entre MINTRAL y CAICEDO del 23 de octubre de 2012; B) Acuerdo entre ACCION y MINTRAL suscrito el 11 de mayo de 2011, y C) el acuerdo suscrito entre ACCIONA y MINTRAL del 29 de abril de 2011.

5.5.2. Ahora bien, algunos de los DECLARANTES relataron la forma en que RICARDO CAICEDO y/o IDG serían remunerados por la labor de intermediación, así:

5.5.2.1. JOSÉ DAMIÁN SAÉNZ acepta que la remuneración a cargo de ACCIONA era del 7% pero dijo desconocer cuál era la participación de RICARDO CAICEDO porque de ese hecho vino a enterarse en el proceso. No obstante, se reitera, **el declarante es mendaz en ese aspecto**, toda vez que en la exhibición de documentos que hizo ACCIONA obran los

distintos contratos con los correspondientes porcentajes de remuneración suscritos entre MINTRAL y RICARDO CAICEDO, con la anuencia de la demandada ACCIONA, que no solo estaba enterada de los mismos, sino que había propiciado la agencia comercial de que aquí se trata.

Incluso, como ya se dijera, esa demandada aportó **la impresión de diversos correos como los visibles a folios 1126, 1127, 1151, 1169 en los que se detalla la forma como se distribuían los distintos pagos a RICARDO CAICEDO y su grupo de colaboradores y el porcentaje que le correspondía a MINTRAL.** Luego, no solamente estaba cabalmente enterada de todos esos aspectos, sino, particularmente, que ellos fueron fruto de la forma como se concibió y ejecutó la agencia comercial demandada.

5.5.2.2. LUZ PIEDAD HERRERA, manifestó lo siguiente en cuanto al pago que percibía el señor RICARDO CAICEDO por parte de ACCIONA por la labor de agenciamiento:

“Tenían una relación en la que trabajaban por comisión al éxito. (...) Lo sé porque escuché conversaciones de José Damián con el señor Ricardo Caicedo, porque también tuve conocimiento de hecho tengo en mi archivo un documento en el cual había una comisión, la cual estaba pactada, por ejemplo, en el caso del río Magdalena era de 4%, y en el caso de Ecopetrol era del 7%, porque además el señor Ricardo Caicedo trabajaba con sus asesores consultores también al éxito, en ese orden de ideas, era algo que me afectaba también a mí, porque mi trabajo no era por una subordinación, por un salario y demás, sino si se tenía éxito en esos trabajos pues también.”

“El señor Ricardo Caicedo, actuaba de una manera independiente, el actuaba por comisión básicamente, todos los riesgos de el tema de investigaciones, estudios, proyecto o personas que tuviera a su alrededor estábamos o trabajando al éxito o el asumía los costos de esos servicios”.

*“El señor Ricardo Caicedo trabajaba al éxito con Acciona, trabajaba por una comisión que por dar un ejemplo con el río Magdalena era el 4%, con **Ecopetrol era del 7%, habían unas que eran del 5%,** en algunos casos incluso le escuche hablar con José Damián, de cuando se iban a desarrollar o hacer los proyectos pagos de Ecopetrol, en caso particular me consta haber escuchado esa conversación y le contesta como que no iban las cosas bien con*

Ecopetrol, pero que esperara, que diera tiempo, que por favor se mantuviera, es decir, ese es un tema que era abierto y hablado entre José Damián y Ricardo, en algunas de las reuniones por eso sé, me consta y lo conozco por el contrato que entregue la copia del anexo que era una comisión y era una comisión al éxito y el hacia un trabajo independiente pero de largo aliento.

Y más adelante, la testigo aseguró lo siguiente:

“La comisión la recibía a través del éxito de la concesión del negocio, tengo entendido por alguna conversación que oí. (...) Una conversación telefónica de María José con Ricardo, tengo un recuerdo de que él había llegado a un acuerdo con ella que le consignaban la plata a MINTRAL en Panamá, ella sacaba su 20 o 22%, y de inmediato le transferían a la cuenta de él la comisión en algunos de los negocios, eso es lo que tengo de conocimiento sin tener conocimiento profundo de finanzas ni de como hacia esos pagos, pero digamos creo que así era la comisión que tenía de acuerdo con Mintral y María José”.

Como fácilmente se advierte en esa testificación, que, por lo demás, es completa, responsiva, verosímil, imparcial y coherente con todas las demás pruebas que obran en el proceso, el **representante legal de ACCIONA discutía directamente con RICARDO CAICEDO no sólo lo concerniente con la promoción y conquista de mercado en su calidad de agente comercial de aquella, sino, lo concerniente con su remuneración.** No era, por consiguiente, MINTRAL la que proveía con recursos propios la comisión de RICARDO CAICEDO y/o IDG., sino ACCIONA, que para tal efecto se valía de aquella otra sociedad de papel.

5.5.2.3. De su lado, VICENTE ALEJANDRO IANINI, manifestó:

“Yo fui beneficiario de unos pagos como había redactado en mi respuesta anterior, basados en el éxito que tuvieron esos negocios, entonces me consta que fueron no solamente ganados, **sino que Acciona comenzó a pagar las comisiones o los emolumentos acordados con don Ricardo, porque él me giraba a mi lo correspondiente a mi labor**”.

“Yo sé que, en los contratos con Ecopetrol, la remuneración total, porque eso había que calcularlo dentro de los costos para que no fuera la operación antieconómica, Acciona pagaba el 7% y en los otros, entre el 4 y el 5%, de ahí se repartían todos los gastos que se habían pre pagado para la preparación de esos negocios”.

Además, el testigo manifestó que esa remuneración era “de acuerdo con los ingresos que iba teniendo ACCIONA de parte del contratante”.

Y agregó que sabía que le dejaron de pagar porque: *“apenas le pagaban a Don RICARDO, él me pagaba a mí, y cuando dejaron de cubrir las facturas, me enteré que ACCIONA había dejado de pagar”*.

5.5.2.4. RICARDO CAICEDO, por su parte, también aludió a que del porcentaje que se le pagaba por su labor de agenciamiento, **MARÍA JOSÉ ELICES** se quedaba con un 1.5% por concepto de haber puesto en contacto al señor CAICEDO y/o IDG con las empresas españolas como ACCIONA y, RICARDO, por su parte, se quedaba con el 5.5%, o el equivalente al 78.58% del 7% que se había pactado con ACCIONA.

5.5.2.5. Y en ese mismo sentido, obra la declaración de la señora **MARÍA JOSÉ ELICES**, quien manifestó que RICARDO CAICEDO recibía un 78.58% y ella menos del 22%.

Y valga la pena resaltar aquí que, conforme lo acepta la testigo, representante legal de Mintral, el grueso del pago que realizaba ACCIONA lo recibía RICARDO PULGARÍN, justamente porque era él quien adelantaba toda la labor de intermediación, al paso que a Mintral simplemente se le pagaba una comisión por haber puesto en contacto al agente con el agenciado. Por eso el reducido valor que recibía.

5.5.2.6. Inclusive, obra en el expediente prueba de los pagos que hizo de manera directa ACCIONA al señor RICARDO CAICEDO, a folios 921, 921, 922 vuelto, 923 vuelto y 924. También a folio 5 del cuaderno 1 de documentos aportados por ACCIONA en los años 2011 y 2012.

5.5.2.7. A su vez, la perito **CLAUDIA FLOREZ**, en su dictamen soportó lo siguiente con respecto a las sumas de dinero adeudadas a RICARDO CAICEDO y/o IDG por concepto de comisiones de los siguientes proyectos, así:

Con respecto a los FACILITIES señaló: “De la suma de \$221.987.657.426, facturados por concepto de Facilities, Acciona Infraestructura S.A., debe a Ricardo Caicedo y/o IDG, por concepto de comisiones, la suma de \$7.326.391.851; y, a su vez, Ottac S.A., le adeuda la suma de \$4.884.261.234”.

Y más adelante, en lo que tiene que ver con los intereses de mora por comisiones pendientes de pago en favor de la parte demandante, agregó:

*“El valor total de los intereses de mora por el pago de la comisión a Ricardo Caicedo y/o IDG por los contratos de Facilities es la suma de **\$10.686.779.326**, causados hasta el 22 de agosto de 2018. Como este valor debe ser proporcional entre los integrantes del Consorcio Acciona/Ottac (60/40), es claro que Acciona Infraestructura S.A., adeuda el 60%, que corresponde a **\$6.412.067.595**, mientras que Ottac S.A., debe el 40% restante, equivalente a **\$4.274.711.730**”.*

Con respecto al EDIFICIO CP7 BUCARAMANGA señaló:

En consecuencia, Acciona Infraestructura S.A., adeuda a Ricardo Caicedo y/o IDG, la suma de \$424.509.913, por concepto de la comisión por este contrato.

Y por concepto de intereses de ese mismo proyecto señaló:

En consecuencia, Acciona debe a Ricardo Caicedo por concepto de intereses de mora la suma de \$526,256.571, por el contrato del Edificio.

Con respecto al OLEODUCTO SAN FERNANDO MONTERREY señaló:

Conforme a la contabilidad de Acciona, ésta pagó a Mintral por concepto de comisiones del Contrato de Oleoducto la suma de \$3.205.743.860. Debe asumirse que Ricardo Caicedo recibió la cantidad de \$2.519.073.525. Por consiguiente, respecto del contrato del Oleoducto hay un saldo por pagar a Mintral/Ricardo Caicedo de **\$2.605.337.998, suma de la cual le corresponden a Ricardo Caicedo \$2.047.274.599.** Como ya se dijo, no se descontó ninguna suma relativa a los documentos firmados en España por la Sra. Elices.

Y por concepto de intereses de ese mismo proyecto agregó:

Se le debe a Ricardo Caicedo y/o IDG por concepto de intereses la suma de \$2.221.946.103, por el contrato del Oleoducto San Fernando Monterrey.

6. Inconsistencias, contradicciones y mendacidades del testimonio de MARÍA JOSÉ ELICES.

Son muchos y evidentes los desmentidos, discordancias y mentiras en las que deliberadamente incurrió la testigo en su desmedido afán por favorecer a la demandada:

6.1. De un lado, cuando fue interrogada sobre el objeto social de Suma, respondió: “¿Del grupo Suma?, tenemos muy diferentes temas en diferentes empresas que se dedican a muy diferentes temas, **pero no sé**”. Y cuando el juzgado le pidió que identificara esas empresas y actividades, contestó: “El grupo Suma como tal, es una consultoría internacional para el desarrollo de negocios y para la internacionalización de empresas. Después dentro del grupo, hay unas empresas en Brasil o en España que no se dedican a internacionalizar, sino a trabajar porque son empresas del grupo que son industriales, por ejemplo...”. Se trató de una respuesta cantinflesca en la que ni siquiera pudo identificar esas empresas o actividades de manera concreta.

6.2. Cuando fue interrogada sobre el acuerdo del 15 de mayo firmado entre Mintral y Ricardo Caicedo, conforme al cual éste se comprometía a realizar en su carácter de AGENTE, actividades de producción, intermediación comercial en relación con los clientes de MINTRAL, y si esto significaba que a la postre lo que estaba haciendo Ricardo

Caicedo era una labor de agente para los clientes que ella le presentaba, RESPONDIÓ: *“Pues no sé cómo interpreta eso, leyendo el contrato, no entiendo. **Una labor de agente para los clientes**. El señor Caicedo jamás trabajó individualmente”*.

Esa es la respuesta de una testigo azorada que quiere mentir, que estaba decidida a negar el contrato de agencia, pero se siente atrapada por la realidad, de modo que acepta que el demandante era un agente comercial de lo que ella llama sus clientes (que son las empresas por las que cobraba su contac fee. V. gr., ACCIONA), pero trata de atemperar su aseveración aludiendo desmañadamente que Ricardo Caicedo no trabajó individualmente. De ahí que más adelante, siempre vacilante y confusa, hubiese tratado de musitar esta respuesta:

“Pero todo esto es muy raro porque con el señor Caicedo se había firmado y me parece muy extraño”.

Muy pronto le preguntó el Juzgado: ¿Cuándo se le hace este tipo de contratos a quien se le llama agente, si es que tienen este tipo de contratación de alguna manera?

Y la embrollada testigo respondió:

“No, nosotros no lo hacemos, y es bastante extraño que Manuel hiciera un contrato cuando todos los demás no lo reconocieran”. En todo caso tuvo que admitir que: *“Pagábamos al señor Caicedo el 78 y algo % de los pagos que recibíamos de ese proyecto de Acciona y de Masa, los pagos eran para que él a su vez con este dinero pagara a los trabajadores que estaban desarrollando las actividades dentro del contrato”*. **Y que la mayoría de esos pagos se hacía a medida que ECOPETROL le desembolsaba a ACCIONA**, pero hubo casos *“... en los cuales el señor Caicedo apremiaba mucho que necesitaba cobrar, porque necesitaba pagar a sus trabajadores y en alguna ocasión yo recuerdo de haber enviado una nota a nuestros clientes (se refiere a ACCIONA) para que le pagaran en Bogotá-Colombia, que nosotros siempre le dijimos que porque no tenía una empresa en Colombia que era lo más normal, en antes alguna vez como anticipo, mi propio cliente en dos ocasiones le pago a Ricardo directamente y luego me lo descontó, de lo que nos tenía que pagar e hicimos la cuenta, yo quiero que se entienda que el trato que nosotros teníamos con el señor Caicedo era con un trabajador nuestro, por lo tanto teníamos la confianza que se tiene con alguien que está trabajando en una empresa”*.

Posteriormente aclara a quién considera como trabajador para aseverar que es la persona con la cual tiene un contrato que va por su cuenta, independientemente.

Quiero recalcar acá, que si no es porque realmente existía un contrato de agencia comercial entre ACCIONA y el demandante no podría entenderse que MINTRAL pudiera impartirle a aquella empresa una orden para pagarle a un supuesto desconocido adelantos de futuros desembolsos de ECOPETROL.

6.3. Cuando fue interrogada sobre cuándo se constituyó la sociedad MINTRAL y cuáles eran sus socios, respondió que no sabía, situación inconcebible si se tratara de una empresa seria y apersonada de sus actividades. La respuesta de la testigo evidencia sin vacilaciones que se trataba, como se ha advertido repetidamente, de una empresa de papel, una mera apariencia, una ficción enderezada a disfrazar y esconder la intervención directa de la demandada en el agenciamiento que en su favor hizo el demandante.

6.4. Pero, quizás, lo más relevante en cuanto evidencia el carácter insubstancial de MINTRAL en la relación de agenciamiento realizado por el demandante para ACCIONA, y su condición de empresa de paja en este asunto, tiene que ver con la forma como la deponente dio el finiquito del contrato con ACCIONA, pues a pesar de su considerable valor, no consultó a la junta directiva, incluso ni siquiera sabía cuánto significaba el deterioro patrimonial para MINTRAL por otorgar recibo de paz y salvo que estaba aceptando.

6.5. Tampoco supo explicar la razón por la que aceptó el finiquito, muy a pesar de que contractualmente no existía ninguna razón para hacerlo. Al respecto, dijo la deponente:

“Los antecedentes son bastante sencillos, nosotros con el cliente Acciona teníamos dos contratos que tuvimos éxito, uno era el oleoducto que acabo fatal con los clientes en el furgón y el segundo eran dos contratos de facilities que consiguió el cliente y los problemas surgieron desde el minuto 1, nosotros aquí en Colombia no les estábamos haciendo nada por sus contratos, Suma, si es una empresa que da servicios, en el momento que

nosotros vimos que a este cliente no se le podía dar ningún servicio, ya sabíamos que el cliente iba a restringir el contrato, por ejemplo de los dos contratos de facilities uno de los dos contratos se lo cancelaron al cliente, nosotros no pudimos explicárselo antes, no sabíamos nada el señor Caicedo, no nos había dejado información, no sabía nadie nada, nos encontramos con que le habían cancelado el contrato al cliente por parte de Ecopetrol y en el otro contrato todo lo que le decíamos al cliente acababa siendo mentira, porque era un contrato que no era para hacer proyectos, sino era un contrato para que le dieran pequeños contratos, dentro de este marco que tenían, y por parte del señor Caicedo decía que la siguiente semana era para contratación, que teníamos que contratar a 40 personas y no se le daba nada, no hacía nada aquí solamente hacían que perder dinero, porque no había como solucionarlo. Yo mande varias personas de España, pero no había como solucionarlo, el señor Caicedo después de cobrar alrededor de 1.200.000 Euros que cobro de Suma de varios proyectos que estaba trabajando para varios clientes, considero que ya no necesitaba trabajar mucho y estaba prácticamente siempre fuera de Colombia y no podíamos atender a los clientes, a mí el día que me dijeron que me llevaban la finalización del contrato, consideraba que era de recibo, si no estás haciendo nada no puedes cobrar”.

El juzgado la interpeló para que expusiera ¿Cuáles fueron en concreto las explicaciones y las razones que le dio Acciona para rescindir el contrato? Y ella respondió:

“Que había una huelga de trabajadores y que nosotros teníamos que estar ahí haciendo una mediación, y que el señor Caicedo no estaba, y que las personas que trabajaban para él, que hipotéticamente conocían muy bien los temas, tampoco aparecían, no había nadie, era un problema tras de otro, no funcionaba nada bien, no salía nada bien, ellos me decían no sabemos si nos vamos a tener que ir de allí y al final no quería saber ya nada, un cliente que tu no le estas dando servicio y que lo único que quiere es cobrar sin trabajar, me parece que no es razonable”.

Al ser interrogada sobre la razón por la cual, si los honorarios devengados por Ricardo Caicedo y por MINTRAL se devengaban por la adjudicación del contrato, ¿porqué aceptó que la razón para dar por terminado era que había unos incumplimientos por parte del Señor Caicedo, por causa de unas huelgas y otras situaciones con las comunidades, totalmente ajenas al demandante? CONTESTO:

“Yo he dicho desde el minuto cero que nosotros le dábamos un servicio a nuestros clientes que era presentarles un proyecto, conseguir que consiguieran el proyecto, acompañarles durante toda la ejecución del proyecto, ayudarles durante toda la ejecución el proyecto y estar con ellos hasta el final, y si quieren pongan otra vez el audio como ustedes han dicho, pero he dicho estamos hasta el final, hasta que nuestro cliente recibe los avales que ha puesto para ese proyecto, nosotros trabajamos para hacer este proyecto, es totalmente absurdo que alguien pueda pensar que una empresa va a pagarle ni a mí, ni a Ricardo ni a nadie, un millón

de euros, medio millón euros porque le den un proyecto al cual no se pueden presentar sin que estés tú, que son proyectos públicos, que no son proyectos escondidos, a nosotros nos pagan porque trabajamos para ellos”.

Al ser requerida para que contestara lo que se le había preguntado, RESPONDIÓ:

“Yo les he entendido perfectamente y yo todo el rato he dicho que nosotros cobrábamos cuando nuestros clientes tenían éxito y de esos contratos cobrábamos un porcentaje, pero trabajamos para ellos, desde antes, desde antes de presentarse hasta que recibían los avales finales de la obra, entonces nosotros no cobrábamos simplemente por decirles, oye quieres ir al río Magdalena, pues entonces nosotros te decimos como tienes que hacer la documentación entonces ganas y nos pagas, no, nosotros no trabajábamos para eso, trabajábamos para garantizar que el proyecto de este cliente, funcione, yo le he dicho al principio varias veces he dicho, son empresas españolas, que vienen a Colombia y que hay muchas cosas que no saben, entonces por qué necesitan a MINTRAL y MINTRAL contrata personas del país, porque estas personas del país conocen cosas que desconocemos desde España, entonces nosotros cobramos del cliente cuando un contrato hay éxito ¡sí!, pero no cobramos solo porque haya éxito, cobramos del contrato que hay éxito, pero cuando trabajamos para desarrollar ese proyecto”

Jueza: La pregunta señora Elices, ¿porque omitieron esas razones por parte del Grupo Suma, las razones de la huelga y del problema de la comunidad, o causales para rescindir el contrato?

“Porque no estábamos trabajando, primero, nosotros presentamos a tres clientes para el mismo contrato, no se lo dan a dos, se lo dan a uno que fue Acciona, y se lo dan a Acciona, porque en último momento no hace caso a las indicaciones que le estamos dando desde Suma, a través de Ricardo Caicedo, entonces se adjudican ese contrato y después de que se adjudican el contrato, no les hacemos nada, no les ayudamos, empieza a haber problemas, un problema, otro problema, estamos desaparecidos. Nosotros no cobramos en ninguna parte del mundo a nadie sino trabajamos”.

En seguida fue preguntada por qué razón dio como justificaciones de ese finiquito las enormes diferencias entre las hipótesis iniciales de la oferta, en lo referente al precio y ritmo de producción, importe mínimo de las ordenes de trabajo y la realidad del desarrollo del contrato, los incumplimientos en los acuerdos verbalmente pactados en cuanto a órdenes de trabajo y el tercero el incumplimiento de las obligaciones del consultor establecidas en el acuerdo en la cláusula 2 del punto 7., pues son aspectos totalmente ajenos al demandante, cuestionamiento que ABSOLVIÓ así:

“Yo nunca he dicho que fuera por el señor Caicedo, yo he dicho que era por Suma, que no estaba cumpliendo y le habíamos creado unas expectativas que eran falsas y nosotros consideramos que era óptimo, la recesión que nos habían hecho y que no hicimos nada, de todas maneras, está clarísimo que, si el señor Caicedo que tenía un contrato contractual con el Grupo Suma, cree que se han vulnerados algunos de sus derechos tiene opción de demandar al Grupo Suma, que se defenderán en su momento”.

Más adelante, requerida para que contestara porqué aceptó esas causales de finiquito, señaló:

*“Porque eso fue una cosa que consignó Acciona y yo lo que aquí estoy contestando, es porque yo acepto que nos cancelen el contrato, **yo acepto que nos cancelen el contrato porque no estábamos cumpliendo con nuestro trabajo y Acciona pone en su restricción una serie de cosas en las cuales yo ni entro ni salgo, ellos ponen eso.**” (...) **“A mí me presentaron un documento en el cual yo firme que lo recibía.”***

Para no hacer extenso el relato, posteriormente, al advertir lo caricaturesca que resultaba esa terminación dijo que sus abogados sí consultaron a los socios, aunque admitió que no sabía quiénes eran. Pero admitió que firmó el finiquito sin cuestionarse la pérdida patrimonial para su empresa.

La justificación del finiquito que la declarante expone es, realmente, burlesca y contradictoria, pues inicialmente dijo que había recibido el documento proponiendo la terminación por parte de ACCIONA y que días o meses después aceptó y dio por bueno el reclamo de la demandada. No obstante, lo cierto es que el mismo día que recibe la propuesta de finiquito acepta todas las reclamaciones de ACCIONA y la terminación del contrato junto declarándolos a paz y salvo.

La puerilidad y chabacanería como se manejó ese supuesto finiquito pone de relieve que MINTRAL actuó simplemente como un testaferrero, pues a quién se le ocurre manejar la terminación de un contrato con esos alcances económicos de la manera folclórica y banal como lo hizo la testigo. Como ya se dijo, la función de esa empresa era simplemente la de ocultar tras de su nombre la actividad de ACCIONA como agenciada.

Incluso, cuando fue interrogada sobre las razones por las que aceptaba la terminación del contrato y cuáles eran los incumplimientos contractuales que ella aceptaba, no supo precisarlos y solo aludió a que el negocio no era rentable para ACCIONA, y que se habían presentado algunas huelgas que perjudicaba a ACCIONA. Empero, esas no eran condiciones que dieran lugar a algún incumplimiento contractual.

Después se contradice y dice: “yo firmé un recibo con lo cual no quiere decir que admitiera nada (...) a mí me presentaron un documento en el que yo firmé que lo recibía”.

Y para seguir ahondando en esta cuestión del finiquito es importante tener en cuenta que:

- De buenas a primeras ACCIONA envía el 7 de octubre de 2014 un documento a MINTRAL aduciendo algunos supuestos incumplimientos contractuales y dando por terminado el pacto contenido en el anexo 4, documento que aparece recibido por MARÍA JOSÉ ELICES.
- Al día siguiente, el 8 de octubre, le envía el mismo documento agregando que no sólo se termina el anexo 4, sino, también el anexo 4 modificado. Instrumento que así mismo aparece recibido por MARÍA JOSÉ ELICES.
- Ese mismo día, el 8 de octubre, sin haber terminado de respirar, la susodicha señora firma un documento en el que “copia y pega” la reclamación de ACCIONA, y acepta sin vacilaciones la terminación del aludido pacto.

6.6. Incluso, mintió al desconocer el correo en el que, a pesar de haberle dado el documento de paz y salvo a ACCIONA, meses después seguía sosteniéndole a RICARDO CAICEDO que persistía en la cobranza con ACCIONA.

6.7.No sobra remarcar, a modo de coletilla que, en su mayoría, la deposición de MARÍA JOSÉ ELICES, carece de credibilidad, sobre todo en cuanto llegó con la inocultable intención de desmentir de cualquier modo el agenciamiento comercial aquí reclamado, al punto que, por estar determinada por ese propósito, son muchas y muy graves sus contradicciones y mendacidades:

- Mintió al desconocer el correo en el que, a pesar de haberle dado el documento de paz y salvo a ACCIONA, meses después seguía sosteniéndole a RICARDO CAICEDO que persistía en la cobranza con ACCIONA.
- Así mismo, es una narración caricaturesca y contradictoria la que hace sobre ese finiquito, pues inicialmente dijo que había recibido el documento proponiendo la terminación por parte de ACCIONA y que días o meses después aceptó y dio por bueno el reclamo de la demandada. No obstante, lo cierto es que el mismo día que recibe la propuesta de finiquito acepta todas las reclamaciones de ACCIONA y la terminación del contrato junto declarándolos a paz y salvo.
- Cuando fue interrogada sobre las razones por las que aceptaba la terminación del contrato y cuáles eran los incumplimientos contractuales que ella aceptaba, no supo precisarlos y solo aludió a que el negocio no era rentable para ACCIONA, y que se habían presentado algunas huelgas que perjudicaban a ACCIONA. Empero, de un lado, evidencia la afinidad de intereses con la demandada, como si fuesen los mismos y, de otro, que esas no eran condiciones que dieran lugar a algún incumplimiento contractual.
- Después se contradice y dice: “yo firmé un recibo con lo cual no quiere decir que admitiera nada (...) a mí me presentaron un documento en el que yo firmé que lo recibía”. Desde luego que

si esa entidad tuviera realmente un interés propio en el agenciamiento que realizó RICARDO CAICEDO, no se hubiese aventurado a otorgar ese finiquito que le reportaba una pérdida de miles de millones de pesos, y menos sin cerciorarse si, conforme al contrato, realmente había incumplido alguna de las obligaciones a su cargo. Ella sabía que ese dinero no le correspondía motivo por el cual, sin reconcomio alguno se afanó a largar el finiquito que sin ton ni son se le ofreció ese mismo día.

- También mintió al decir que venía periódicamente a Colombia, por lo menos cada dos meses, pero al ser interrogado al respecto el representante legal de ACCIONA, manifestó que no sostuvo **nunca ninguna reunión** en Bogotá con ella.
- También mintió cuando dijo que ALEJANDRO IANINI era un contratista de ellos, cuando lo cierto es que se circunscribió a cobrar una suma que le estaba adeudando la empresa SANDO a una empresa denominado CATALEJO, cuyo representante legal era el señor IANINI. Y es que así lo sostuvo el mismo ALEJANDRO IANINI cuando al ser interrogado por esa supuesta relación laboral o comercial, manifestó nunca haber tenido ninguna relación de ese carácter con MINTRAL.
- También mintió la testigo cuando señaló que los proyectos como los que por ejemplo tenía previsto desarrollar Ecopetrol eran publicados en el periódico y/o en internet. Sin embargo, el testigo SANTIAGO LOMBANA, quien fue trabajador de ECOPETROL, manifestó que si los proyectos estaban en fase de maduración NO era posible que fuesen publicados en internet o en los periódicos. Manifestó que después de esa fase de maduración se socializaban con las comunidades que iban a ser afectadas por el proyecto, pero en todo caso, nunca eran publicados por dichos medios de comunicación masiva. De igual manera, la testigo LUZ PIEDAD HERRERA también señaló que esos proyectos nunca eran publicados en los periódicos.

- Ahora, en cuanto a los documentos aportados por MARÍA JOSÉ ELICES, concretamente las tarjetas de presentación y el folleto del GRUPO SUMA manifesté en audiencia del 26 de septiembre de 2018, que los mismos no están suscritos ni manuscritos y provienen de terceros razón por las cuales los desconocía, **de manera que carecen de valor probatorio**, porque no se probó su autenticidad.

7. Crítica de la prueba.

No solo no se preocupó la jueza a quo por examinar las características, requisitos y condiciones de la agencia comercial de hecho, teniendo cuidado en distinguir aquellos que por su naturaleza fáctica no se corresponden con los de la agencia comercial típica, sino que, además, su providencia carece de cualquier esfuerzo encaminado a efectuar algún razonamiento crítico de la prueba, por mínimo que fuera. Esto es, que además de preterir gran cantidad de pruebas, su examen probatorio se circunscribió a transcribir deshilvanadamente algunos apartes de las declaraciones recibidas en el proceso, incluso sin conectar esa reseña con los argumentos que adujo para negar las pretensiones de la demanda.

Tan incoherente e irreflexiva fue esa reseña que ni siquiera reparó en que las transcripciones que hizo contrariaban abiertamente sus propias conclusiones, sin detenerse a explicar esa contradicción.

Como es sabido, y no requiere mayores ahondamientos, incumbe al juzgador valorar las pruebas conforme a las reglas de la sana crítica (artículo 176 CGP), esto es, razonar sobre el mérito probatorio de cada una de ellas, pero, también, examinándolas en conjunto. Esas reglas de

la sana crítica concierne con las reglas de la lógica² y el sentido común, las máximas de la experiencia³ y las reglas de la ciencia⁴.

Refiriéndose a la tarea de valoración de la prueba que corresponde al juzgador, en fallo del 28 de junio de 2017 la Corte Suprema de Justicia precisó:

“La valoración del significado individual de la prueba es un proceso hermenéutico, pues consiste en interpretar la información suministrada por el medio de prueba a la luz del contexto dado por las reglas de la experiencia, las teorías e hipótesis científicas y los postulados de la técnica. Para realizar tal labor, el juez debe contrastar la consistencia del contenido de la prueba, es decir su adecuación o correspondencia con la realidad, mediante el análisis de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en que ocurrieron los hechos, a partir de las cuales infiere la coherencia del relato, es decir su ausencia de contradicciones y su mérito objetivo.

“La apreciación racional de la prueba en su singularidad se establece a partir de su consistencia y coherencia: una prueba es valiosa si la información que suministra explica la realidad a la que se refiere y no contiene contradicciones.

“La suficiencia o plenitud de la prueba es siempre relativa al thema probandum, por un lado, y al contexto de referencia, por el otro, pues no existe una prueba completa en sí misma (a menos que la ley lo disponga expresamente), sino unos medios que proveen el conocimiento con la aptitud o eficacia para explicar las circunstancias en que se basa la controversia, a la luz de un análisis contextual de la realidad social, profesional o técnica en que se dan los hechos que se investigan.

² *“La demostración lógica requiere axiomas y reglas de inferencia. Los axiomas son proposiciones básicas tan obvias que pueden afirmarse sin demostración. Las reglas de inferencia son los principios lógicos que justifican la obtención de verdades a partir de otras verdades. Entre las reglas de inferencia más comunes está el principio de identidad, que asegura que una cosa sólo puede ser lo que es y no otra. De éste deriva el principio de no contradicción, según el cual una cosa no puede ser verdadera y falsa al mismo tiempo y en el mismo sentido, como cuando un testigo declara haber visto a una persona en un lugar y tiempo determinados, entonces del mismo testimonio no se puede inferir que esta persona se encontraba en otro lugar al mismo tiempo. El principio de tercero excluido afirma que entre dos enunciados contradictorios uno de ellos tiene que ser verdadero, necesariamente; como cuando un experto afirma que un procedimiento médico siguió la lex artis y otro sostiene que la trasgredió, entre cuyas opciones una tiene que ser valorada como verdadera y la otra falsa. La otra gran regla de inferencia involucra la relación lógica de implicación (si...entonces), y está sustentada en el principio de razón suficiente, que indica que toda afirmación referida a la ocurrencia de un hecho tiene que estar sustentada en una hipótesis que la explique de manera consistente.*

Estas son algunas de las reglas de la lógica que se estiman necesarias para elaborar argumentos probatorios de tipo deductivo, inductivo, o abductivo (hipótesis)”. Corte Suprema de Justicia. Sentencia del 28 de junio de 2017.

³ *“Las ‘máximas de la experiencia’ son postulados obtenidos de la regularidad de los acontecimientos cotidianos, es decir que se inducen a partir de lo que generalmente ocurre en un contexto social específico”. Ibídem*

⁴ *“El conocimiento científico afianzado, por su parte, son las teorías, hipótesis o explicaciones formuladas por la comunidad científica o ilustrada, respaldadas por la evidencia de sus investigaciones o experimentos. Generalmente se encuentran publicadas en textos académicos, revistas indexadas, artículos especializados, memorias de conferencias o simposios, etc.” Ídem.*

“Una vez asignado el mérito individual a cada prueba, se procede a su análisis conjunto mediante el contraste de la información suministrada por cada una de ellas, de suerte que sirvan de base para la construcción de hipótesis con gran probabilidad, es decir sin contradicciones, con alto poder explicativo y concordantes con el contexto experiencial. Finalmente, todas las hipótesis probatorias comparecen ante el tribunal de la experiencia, tanto de las circunstancias por ellas referidas como del marco de significado que las hace objetivamente consistentes y valiosas, de manera que encajen fácilmente como si se tratase de piezas de un rompecabezas, quedando por fuera todas aquellas hipótesis explicativas que no concuerdan con los enunciados probados por ser inconsistentes, incompletas o incoherentes (método de falsación).

“La valoración racional de las pruebas de acuerdo con las reglas de la sana crítica, en suma, trasciende las reglas estrictamente procesales porque la obligación legal de motivar razonadamente las decisiones no se satisface con el simple cumplimiento de las formalidades, sino que los instrumentos legales son un medio para alcanzar la verdad de los hechos que interesan al proceso, y esta función sólo se materializa mediante procesos lógicos, epistemológicos, semánticos y hermenéuticos que no están ni pueden estar completamente reglados por ser extrajurídicos y pertenecer a «un plano bien distinto al del tecnicismo dogmático tan querido por los exégetas de las reglas procesales ordinarias».

“Estos criterios objetivos garantizan el cumplimiento de la obligación que tiene el juez de motivar las sentencias como garantía del derecho constitucional a la prueba que asiste a las partes.

“Los patrones formales para establecer el valor material de las hipótesis probatorias generalmente son implementados de manera natural por los jueces, quienes no necesitan tener profundos conocimientos teóricos de tales asuntos para elaborar razonadamente sus inferencias sobre los hechos, pues su ingenio, preparación jurídica y experiencia les bastan para darse cuenta de si una conclusión de esa naturaleza es concluyente o, por el contrario, poco probable o contraevidente. Por ello se ha dicho de esa construcción racional (abducción) que ‘el jurista versado la completa, sin excepción, tan rápido y tan alejado de toda reflexión que no le resulta consciente’”.

Como fácilmente se advierte el cabal ejercicio de valoración de la prueba no solamente concierne con la recta motivación del fallo, permitiéndole a las partes controvertir los juicios lógicos, de sentido común o las reglas técnicas, científicas o de la experiencia que aduce el juzgador para otorgarle el mérito correspondiente a la prueba, sino que es una medida que le impide al sentenciador juzgar irreflexivamente promulgando decisiones que no estén precedidas por los razonamientos probatorios sobre los que necesariamente debe construirse toda decisión judicial.

En el asunto de esta especie se evidencia sin mayor esfuerzo que la juzgadora de primer grado se circunscribió a transcribir inconexamente algunos apartes de los medios probatorios sin esforzarse por asentar

algún razonamiento enderezado a valorarlos y, mucho menos, sin intentar conectarlos con las inferencias que asentó. Tampoco se aplicó a valorar en conjunto los medios de convicción, esforzándose por encontrar sus puntos de conexión o sus incompatibilidades.

Habiendo dicho lo que dijeron los testigos, habiendo declarado lo que manifestaron las partes, siendo el que se ha reseñado el texto de los documentos allegados, estando allí el tenor de la experticia, le incumbía a la sentenciadora a quo reparar en su contenido, razonar sobre los mismos, asignarles el mérito correspondiente, estimarlos en conjunto y afinar en esos juicios de valor su decisión. Pero lo cierto es que como nada de eso hizo en su providencia, ésta carece del debido respaldo probatorio, es decir, está desconectada de las pruebas.

8. Corolario.

Como se ha advertido, en virtud de la agencia comercial de hecho un comerciante asume, en forma independiente y de manera estable, la promoción de negocios de otro comerciante (empresario nacional o extranjero), quien se lucra de esa actividad concretando negocios en su beneficio. Y, en el asunto de esta especie están probados todos los requisitos de la agencia mercantil reclamada en la demanda.

8.1. En efecto, existió una labor de promoción e intermediación del demandante, quien, como lo narraron los testigos y lo pone de presente la prueba documental, agotó una función intermediadora ante terceros mediante la cual consolidó oportunidades y ofertas de negocios de negocios, las cuales comunicaba a la demandada para que ésta decidiera si los celebraba o no, o, de ser el caso, si participaba en la invitación que a instancias de RICARDO CAICEDO se le formulaba.

Esa tarea de promoción comprendió, como esas mismas pruebas lo pusieron de presente, una labor que no sólo desembocó en la celebración de varios contratos, sino, también, una ingente actividad dirigida a la conquista de mercados y de potencial clientela, por

supuesto que, como igualmente quedó demostrado, RICARDO CAICEDO PULGARÍN estructuró más de 50 proyectos, de los cuales ACCIONA aceptó 30. Incluso uno de esos negocios, la navegación del Río Magdalena, no se finiquitó por el retiro abrupto y no justificado del agenciado.

Por esa actividad recibía una comisión que retribuía sus servicios por los contratos celebrados, remuneración que percibía a través de una operación triangular mediante la cual el agenciado giraba de las ganancias provenientes de los contratos celebrados gracias a su intermediación a la sociedad MINTRAL, que era una ficción creada para esconder la presencia de la demandada y, de ser el caso, intentar eludir su responsabilidad frente al demandante. De esas sumas, Mintral retenía un 22% por concepto de “contact fee” o tarifa de contacto que le correspondía por haber relacionado a CAICEDO PULGARÍN con el agenciado, y el excedente lo desembolsaba al accionante.

8.2. Se trató, así mismo, de una actividad desarrollada por cuenta de otro, la demandada, toda vez que el agente no gestionó los negocios para sí mismo, sino para el empresario cuyos negocios promocionaba. De ahí, que la clientela obtenida acrecentaba a la agenciada, no a CAICEDO PULGARÍN, quien no realizaba ningún negocio con ellos, amén que los efectos económicos de la aludida actividad repercutieron directamente en el patrimonio de las demandadas, quienes hicieron suyas las consecuencias benéficas (o adversas, si es que lo fueron) de tales operaciones. De su lado, el agente asumió riesgos de su propia gestión, como apear con los gastos de análisis y estructuración de las oportunidades de negocio, retribuir a sus subordinados o contratistas, entre otros, pues su remuneración dependía de los negocios celebrados.

Lo cierto es que fue CAICEDO PULGARIN y/o IDG quienes le reabrieron los mercados a ACCIONA en Colombia, luego de un fugaz

y amargo intento, de modo que aún hoy se beneficia de la enorme labor de promoción que el demandante desplegó en su favor.

8.3. También está probado que el agente obró con independencia y autonomía y asumió sus actividades sin estar subordinado al agenciado; dirigiendo por sí mismo su actividad comercial sin que hubiese estado ligado con el empresario mediante relación laboral. En ese sentido, diseñó sus métodos de trabajo, designó a su guisa sus empleados y colaboradores y adoptó las decisiones que le competían para ejecutar su tarea.

8.4. Del mismo modo, está probado, en la forma que ya se reseñó, que se trató de una actividad estable, permanente, continuada y sucesiva. Está claro que no se circunscribió a la celebración de determinado contrato del empresario, sino que se dedicó a la promoción del negocio del empresario, habiendo estructurado más de 50 grandes negocios, de los cuales éste aceptó 30.

Como lo explica la Corte:

“En ese orden de ideas, es evidente que la labor del agente comercial es particularmente amplia, puesto que está enderezada a la promoción de los negocios del empresario, de modo que demanda múltiples conductas como anunciar sus productos o servicios, visitar clientes potenciales y reales, prestar asesorías, acreditar marcas, hacer demostraciones, en fin lo que apunta a conquistar y mantener una clientela; de ahí que no se concibe que una labor de esa naturaleza pueda desarrollarse esporádicamente, sin la constancia propia que implica asumir un conjunto de obligaciones de ese talante...” (Cas. Civil 28 de febrero de 2005, Exp.No.7504).

No debe olvidarse, en todo caso que, como la misma Corporación lo pone de presente, la estabilidad no se opone a una vigencia temporal del contrato, conforme se infiere de las prescripciones del artículo 1320 del C. Co.

8.5. Finalmente, que la agencia terminó por decisión abrupta y unilateral de la agenciada, quien actuando amañadamente con MINTRAL, y con miras a despojar de sus honorarios al demandante, finiquitó la labor

de promoción que venía ejercitando el demandante. Por esa razón, le debe la indemnización que aquí se reclama.

8.6. También adeuda la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues así lo impone el artículo 1331 ibídem. Como se sabe, esa contraprestación obedece los beneficios que sigue obteniendo el empresario por la labor de promoción de sus servicios efectuada por el agente, el good will que éste le genera y la conquista del mercado que le propicia y de la que obtiene ventajas incluso cuando el contrato se ha extinguido.

Pero además encarna una retribución que protege el esfuerzo del agente ante el avasallamiento al que suele ser sometido por el empresario, con mayor razón si son compañías foráneas, movidas solamente por el afán de lucro cómodo.

9. LAS SEGUNDAS Y TERCERAS PRETENSIONES SUBSIDIARIAS:

Las pretensiones segundas y terceras subsidiarias formuladas en la demanda, se enderezan a que se declare la existencia de un contrato de intermediación ajustado entre RICARDO CAICEDO y ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A.S., o, entre INFRASTRUCTURE DEVELOPMENT GROUP S.A.S. y ACCIONA INFRAESTRUCTURAS S.A.S., en virtud del cual, los demandantes recibieron el encargo de gestionar distintos negocios mercantiles a favor de la empresa demandada, así como promoverla y asesorarla en el proceso de formación de dichos contratos.

Del mismo modo, el Juzgado a quo decidió negarlas sin motivación alguna. En verdad no obra en el fallo razonamiento concreto alguno respecto de la improcedencia de esos pedimentos, motivo por el cual es difícil, casi imposible, confutar la decisión.

En todo caso, al respecto valgan estas consideraciones:

9.1. La industrialización generó en el empresario la necesidad de adoptar distintas estrategias para conquistar masivamente el mercado. De allí que en un comienzo se hubiese afanado por organizar su propia red de comercialización a través de empleados o subordinados, a quienes vinculaba bajo distintas formas de prestación y remuneración de servicios; posteriormente, teniendo en consideración diversos sistemas de especialización, optó por acudir a otros empresarios autónomos, cuya función era, precisamente la de ofrecerse como intermediarios para conquistar y mantener una franja del mercado, bajo diferentes modalidades contractuales de colaboración.

La institución jurídica de la intermediación como tal, no se encuentra definida en el Código de Comercio, razón por la cual el desarrollo sobre la materia se ha originado en el marco doctrinal y jurisprudencial. Así, se ha concluido que, el negocio de intermediación supone, en esencia, un pacto entre el empresario y el encargado, que también puede ser ajustado por conducta concluyente pues no está sometido a ninguna formalidad constitutiva, en virtud del cual, este último debe promover en favor de aquél negocios jurídicos en los cuales tenga interés.

Al respecto, la doctrina ha dejado por sentado lo siguiente con respecto a los contratos de intermediación:

“En la categoría de los denominados contratos de gestión o de intermediación se distinguen varios tipos contractuales, cuya nota característica común reside en que tales contratos tienen como objeto genérico la promoción o la estipulación de negocios jurídicos en interés de otros, bien bajo una composición de intereses de carácter jurídico-privado – es el caso, v.g., del mandato, de la comisión mercantil, de la agencia, y de la mediación o corretaje, señaladamente-, bien bajo una composición de carácter jurídico laboral – es el caso de los llamados representantes de comercio o viajantes, del factor de comercio y de otros auxiliares del empresario-. Pero si la gestión es desempeñada por sujetos que tienen la condición profesional de empresarios, el ámbito propio de estos contratos de intermediación se reduce a los contratos de comisión, de agencia y de mediación o corretaje. En cuanto al objeto, el mandato se singulariza respecto a los demás contratos de intermediación a que se ha hecho referencia, por cuanto el mandatario no se obliga a realizar actos materiales, sino jurídicos (v.g., comprar o vender por cuenta del mandato)”.
(Subrayo)

“Los tres contratos enunciados al final del párrafo precedente -comisión, agencia y mediación- presentan en común un contenido obligacional genérico: en virtud de los mismos una de las partes -que asume la posición del gestor-, se obliga a promover negocios jurídicos en los cuales tiene interés la contraparte -comitente, encargante, principal o, simplemente, cliente-, la cual, a su vez, retribuirá a aquella, de ordinario, en virtud de los resultados de la gestión objeto del contrato. Se trata, pues, de contratos de resultado; no obstante, esta nota tiene carácter absoluto en el contrato de comisión, en tanto que la obligación de pago de la retribución para el que hace el encargo surge únicamente cuando el negocio encargado es efectivamente ejecutado”⁵.

Así pues, en el curso del proceso se logró acreditar que entre los demandantes y la sociedad demandada ACCIONA se ajustó un contrato de intermediación, en virtud del cual, se promovieron y gestionaron negocios en favor de esta última, así:

9.2. No parece necesario trasuntar nuevamente las pruebas que ponen de presente la labor de intermediación que ejecutó RICARDO CAICEDO PULGARÍN a favor de la demandada, pero sí memorar que fue gracias a esa actividad como la demandada logró celebrar con ECOPETROL los contratos MA-0005771 oleoducto San Fernando – Monterrey; MA-0018026 facilities GEC; MA -0018091 facilities GNO; y ma-0016935 edificio sede administrativa CP7 de Bucaramanga.

Respecto del primero de ellos (MA-0005771 oleoducto San Fernando – Monterrey), fue celebrado el 17 de enero de 2012, por valor de \$202.897.988.367, per después de cuatro adiciones, el mencionado consorcio ha facturado un monto total de \$238.607.407.463, conforme lo certificó Ecopetrol en documento que se anexó a la demanda.

Como remuneración por las gestiones realizadas por **RICARDO CAICEDO**, se pactó que éste recibiría como comisión por la celebración de este contrato, la suma de \$16.702.518.543,55, suma de la cual se descontaría la comisión en favor de **MINTRAL INVERSORES S.L.**, quedando un total de \$13.124.839.054,90 en favor de **RICARDO CAICEDO**, la cual, debía pagarse una vez

⁵ Rodríguez-Cano, Rodrigo Bercovitz. Tratado de contratos. Tomo III. Editorial Tirant lo Blanch. Valencia, 2011. Página 3009.

ACCIONA y **MASA** presentaran a Ecopetrol la factura correspondiente.

Luego de haber cobrado de Ecopetrol las facturas correspondientes, a la fecha de hoy **ACCIONA** y **MASA** se encuentran en mora de pagar al demandante la cantidad de **\$3.550.530.357**, más los intereses de mora respectivos. De esa suma, la demandada **ACCIONA** adeuda la mitad, es decir **\$1.775.265.178**, desde el 8 de diciembre de 2013, junto con sus respectivos intereses moratorios por el contrato del proyecto OLEODUCTO SAN FERNANDO MONTERREY, pues conforme al acuerdo de conformación de consorcio, celebrado entre **ACCIONA** y **MASA** el 13 de julio de 2001, la participación porcentual de cada una de las partes era del 50%.

Respecto del segundo, el contrato MA-0018026 FACILITIES GEC, celebrado el 25 de octubre de 2012 por valor indeterminado, se tiene que para agosto de 2016, la facturación realizada por el consorcio **ACCIONA-OTACC** era de \$180.413.126.187,00 por lo que, de acuerdo con las condiciones establecidas con **RICARDO CAICEDO** para este contrato, la comisión del 7% es de \$12.628.918.833,09 importe del cual se descontaría la comisión en favor de **MINTRAL PANAMÁ**, quedando un total de **\$9.923.804,419** a favor de **RICARDO CAICEDO** y/o **IDG**. El certificado del 25 de agosto de 2016, proveniente de **ECOPETROL** pone de presente el monto de las facturas que ha presentado el consorcio **ACCIONA-OTACC** a **ECOPETROL**, por la ejecución del mismo. En consecuencia, las demandadas se encuentran en mora de pagar esas sumas de dinero, junto con los intereses de mora correspondientes.

Respecto del contrato MA-0018091 FACILITIES GNO, del 30 de octubre de 2012, el consorcio, a la fecha de la demanda, había facturado la suma de \$5.172.063.333.00. Como remuneración por las gestiones realizadas por **RICARDO CAICEDO**, se pactó que éste recibiría como comisión la suma de \$362.044.433, de la cual se descontaría la comisión en favor de **MINTRAL INVERSORES S.L.**,

quedando un total de **\$284.494.515** en favor de **RICARDO CAICEDO** y/o **IDG**, la cual, debía pagarse a partir de la facturación, y que a la fecha de hoy se encuentra en mora de ser pagada. Con la demanda se aportó la certificación del 25 de agosto de 2016, proveniente de ECOPETROL que pone de presente las facturas presentadas por las demandadas.

Por otro lado, **ACCIONA** y **OTACC**, participaron en el proyecto del EDIFICIO SEDE ADMINISTRATIVA CP7 BUCARAMANGA, el cual se suscribió sin la participación de **RICARDO CAICEDO PULGARÍN** y/o **IDG**. No obstante, como las partes habían pactado en el acuerdo celebrado el 11 de mayo de 2011 que correspondería a **IDG** el 2% de aquellos contratos en los que no hubiese intervención directa de éste, descontado el 21.42% que corresponde a **MINTRAL**, le corresponde al actor el 78.58%, esto es **\$849.019.825**, junto con sus intereses de mora.

9.3. Si bien, se decía, que no parecía necesario transcribir una vez más la prueba que pone de presente la labor de intermediación realizada por **RICARDO CAICEDO PULGARÍN** y/o **IDG** para obtener esos contratos, sea oportuno memorar, para darle coherencia a la alegación que:

9.3.1. Aunque los contratos ajustados entre **RICARDO CAICEDO PULGARÍN** y **MINTRAL PANAMÁ**, el 15 de diciembre de 2010 y 15 de mayo de 2011, son artificiosos y pretenden opacar u ocultar detrás de una fachada (**Mintral**) la responsabilidad de **ACCIONA**, lo cierto es que si se miran aisladamente, ponen de presente que como **RCP** tenía “la oportunidad de identificar y promover oportunidades de negocio en el mercado colombiano”, como consecuencia de su “actividad profesional”, a la vez que **MINTRAL** tenía entre sus clientes a algunas empresas españolas interesadas en internacionalizar su actividad mercantil, aquél (**RICARDO CAICEDO PULGARÍN**), se comprometía a realizar una actividad de promoción y mediación comercial, para la identificación de oportunidades de

negocio relativas a los productos y servicios que producen o comercializan los clientes de MINTRAL, realizando para ello cuantas gestiones y contactos con clientes finales, socios locales, etc., considere necesario para dicho fin". Y que esas oportunidades que deberían **ser aceptadas previamente por los clientes de Mintral**.

Es decir que, conforme a esos pactos, la labor de intermediación que debía desarrollar el accionante, no era a favor de MINTRAL, sino que se encaminaba a beneficiar a los clientes de ésta (ACCIONA, por ejemplo). En consecuencia, **se acordó allí una estipulación enderezada beneficiar a un tercero (estipulación para otro)** que no suscribió el contrato pero que, en todo caso, debía aceptar las oportunidades que le ofrecían.

Igualmente, que la remuneración que MINTRAL debía sufragar a RICARDO CAICEDO (cláusulas 5.1 a 5.6) correspondía a un porcentaje del pago que el cliente (en este caso ACCIONA) le hiciera a aquella, es decir que no era una remuneración que proviniera del patrimonio y el presupuesto de MINTRAL; que si RCP incurría en gastos a favor del cliente aprobados por éste o Mintral, le serían reembolsados; que si este contrato (el de diciembre 15 de 2010) terminaba, RCP seguiría disfrutando de la comisión pactada, estipulación que pone de presente que se le remuneraba por la adquisición de clientela y conquista del mercado, amén que, como los pagos que hacía Mintral correspondían a los que el cliente (ACCIONA) le hacía, era ésta la que se comprometía a pagar esa remuneración, no aquella que no comprometía su patrimonio.

Como ya se dijera, esos documentos ponen de presente que para apartar a ACCIONA de las obligaciones nacidas de los actos de intermediación ejecutados en su favor se acordó una **estipulación a favor de un tercero**, modalidad comercial prevista en el artículo 1506 del Código Civil, especie comercial que involucra tres categorías distintas de sujetos implicados: 1) el estipulante, que es quien contrata a favor de un tercero. En este caso MINTRAL que pactaba

la promoción de negocios a favor de sus clientes, en este caso ACCIONA; 2) el promitente, “quien se compromete a favor del tercero en la calidad de deudor de éste”⁶, en este caso RICARDO CAICEDO; y, 3) el beneficiario (ACCIONA), quien es el acreedor de la deuda a cargo del promitente. Mediante este mecanismo quisieron recalcar en que el beneficiario era un sujeto extraño al contrato, que no es parte en su celebración y que, en principio, su voluntad no interviene en su configuración.

La razón por la cual MINTRAL acordó esa estipulación para favorecer a sus clientes, en este caso ACCIONA, estribaba en que supuestamente había adquirido frente a ésta esa labor de intermediación mediante el contrato del 29 de abril de 2011 (del cual hay varias copias en el proceso, entre ellas la del folio 795), obligación que, en ese orden de ideas había subcontratado con RICARDO CAICEDO PULGARÍN.

Pero la verdad es que ese pretendido pacto mediante el cual MINTRAL se habría comprometido a satisfacer una labor de intermediación en actividades comerciales para con ACCIONA es, en verdad, una fachada, una entelequia de la que se valía para esconderse detrás MINTRAL, para que fuese ésta quien subcontratara a RICARDO CAICEDO PULGARÍN con el evidente fin de que los efectos patrimoniales de ese subcontrato se radicaran en una empresa de papel dejándola a salvo de las reclamaciones de éste, incluso ante la amañada terminación de su convenio con MINTRAL.

Lo cierto es que los contratos celebrados con ECOPETROL fueron fruto de la intermediación de RICARDO CAICEDO, quien descubrió, promovió y estructuró esa oportunidad de negocio y se la ofreció a ACCIONA, que la aceptó y, a la postre, se concretó.

⁶ ABELIUK MANASEVICH, René. “Las Obligaciones”. Ediar Editores. Segunda edición. Pág. 119.

9.3.2. Y las pruebas recaudadas ponen de presente que fue la labor de intermediación de RICARDO CAICEDO PULGARÍN la que consiguió que esos contratos con Ecopetrol se concretaran.

Así lo ponen de presente las distintas declaraciones que se recibieron en el proceso, entre ellas la de **Julio Cesar Arango Garcés**⁷.

Igualmente, la testificación de **Vicente Alejandro Ianini**⁸, quien al ser preguntado sobre las oportunidades de negocios que gestionó el demandante a favor de las demandadas en ECOPETROL, contestó:

⁷ Entre otras cosas dijo: “Ricardo me llamo estamos hablando del mes de noviembre de 2012, me dijo que está una reunión, en una reunión con la gente de Otacc y con la gente de Acciona y se había enterado, allí en esa reunión de que se había asociado o que se iban a asociar, para desarrollar los facilities que tuviera que sacar a concurso Ecopetrol, teniendo en cuenta el argumento de que se vería afectado su participación en caso de equivocarse Acciona en la escogencia de su socio, él me pidió exactamente que investigará que si yo conocía exactamente qué conocía de Otacc, que había desarrollado, qué proyectos tenía y cómo le había ido, esa información de la que le comenté a la doctora que a través de los concesionarios, se lo averigüe con concesionarios, hice la averiguación con ingenieros contratistas y tuve la opción de sacar como el concepto para entregárselo a Ricardo

⁸ El testigo aludió repetidamente a estos contratos. Dijo, entre otras cosas que:

“El señor Caicedo, el doctor Ricardo Caicedo que basado en una inteligencia de mercado que él había visto en Ecopetrol, había identificado que Ecopetrol quería construir el oleoducto San Fernando Monterrey obviamente la pregunta mía era en que puedo ayudar yo o mi firma, y me instruyo en hacer una especie de levantamiento sobre los problemas de las comunidades, en las construcciones de los oleoductos o en construcciones de obras públicas, habida cuenta la serie de garantías que se le daban a las poblaciones por donde atravesarían dichas vías, ese fue mi primer oficio para don Ricardo Caicedo, para ser utilizado por el en su propósito de ganarse para Acciona el oleoducto San Fernando Monterrey que estaba licitando Ecopetrol”

Agregó: “Yo hice una investigación sobre los diversos problemas de las obras públicas y específicamente de los oleoductos en el paso de comunidades, no solamente comunidades campesinas, comunidades ciudadinas, sino comunidades indígenas, con las que hubo posteriormente se convertían en los problemas para desarrollar esos oleoductos. Yo le entregaba esa información al doctor Ricardo Caicedo... Eso fue un trabajo puntual, en se momento se lo entregue al doctor Caicedo, él dijo yo voy a hacer todo lo posible para que Acciona se presente a la licitación de Ecopetrol, con las advertencias que tenía que haber un hondo y profundo trabajo con las comunidades por las cuales iba a atravesar el tubo... Señoría eso fue entre el año, a finales del año 2010, a finales del año 2010, lo propio hice en la misma época, año 2011 para las facilidades de superficie que contrata Ecopetrol en los yacimientos que Ecopetrol contrata, las facilidades de superficie, requerían primero una inteligencia de mercado, donde Ecopetrol convocaba los posibles oferentes interesados en dicha actividad, concurrí a varias reuniones en el 2011 su señoría, convocadas con Ecopetrol con ese fin, reuniones con muy nutrida asistencia por cuanto Ecopetrol habría una serie de baraja de proponentes para construir todo lo que tuviera que ver con los yacimientos y sus alrededores, es decir desde viabilidad, o vías de acceso interiores del proyecto, las facilidades para el alojamiento del personal, las dotaciones de elementos de seguridad y todo lo que tenía que ver con construcciones civiles de superficie.

Más adelante agregó: “en ese momento la labor que yo constituí fue consultar basados en los índices de Camacol y en las estadísticas existentes, los niveles de precios de todo ese tipo de actividades, por cuanto Ecopetrol buscaba una compañía que lograra integrar actividades muy disimiles, eso se lo entregue al doctor Ricardo Caicedo, también en forma de cuadros, con el levantamiento de los precios unitarios de las diferentes actividades que se habían de desarrollar en los campamentos de los yacimientos de exploración y explotación de petróleo.

Recuerdo puntualmente estos dos su señoría, porque tanto estas dos actividades, tanto el oleoducto como las facilidades fueron proyectos que finalmente Acciona gana, Acciona gana el oleoducto San Fernando Monterrey y gana dos regiones de facilidades, dos contratos grandes, en su momento, el oleoducto valía para el año 2011, alrededor de Doscientos mil millones de pesos y las dos regiones de construcción de facilidades valían otros Doscientos mil millones de pesos, entre las dos”

“Si supe de eso, fueron presentadas por don Ricardo Caicedo y yo fui beneficiario de unos pagos como había redactado en mi respuesta anterior, basados en el éxito que tuvieron esos negocios, entonces me consta que fueron no solamente ganados, sino que Acciona comenzó a pagar las comisiones o los emolumentos acordados con don Ricardo, porque él me giraba a mi lo correspondiente a mi labor...Yo sé que, en los contratos con Ecopetrol, la remuneración total, porque eso había que calcularlo dentro de los costos para que no fuera la operación antieconómica, Acciona pagaba el 7% y en los otros, entre el 4 y el 5%, de ahí se repartían todos los gastos que se habían pre pagado para la preparación de esos negocios”

Agregó que esa remuneración era, en todos los casos sin excepción, de acuerdo con los ingresos que iba teniendo Acciona de parte del contratante y se calculaba sobre los ingresos que le reportaba Ecopetrol a Acciona.

Cuando se le preguntó sobre la incidencia de MINTRAL en esos contratos respondió:

“Si, la empresa Mintral era una empresa de doña María José Elices, en una respuesta anterior yo les relataba que don Ricardo Caicedo tenía contactos en España, para conseguir firmas de infraestructura española, ese contacto era, según me lo relato él, la señora María José Elices, en ese momento había sido, creo que parlamentaria, senadora, algo así, ya no estaba en ese sitio y era una persona muy conectada en el medio de los contratistas españoles y ella cobraba un porcentaje por esos contactos con las, me imagino selección y contactos que me imagino le “arrimaba a la mesa”, a don Ricardo Caicedo, porque parte de esas comisiones iban para Mintral, me acuerdo tanto, porque allá le giraban, Acciona giraba a una cuenta en Panamá y de ahí era que ella entregaba el excedente, me imagino yo no estoy al tanto de esos pormenores pero sé que llegaba de Panamá a las cuentas o a la compañía de don Ricardo Caicedo de la cual era mi fuente de pago”.

Y luego de precisar que él trabajaba exclusivamente para Ricardo Caicedo, pero advirtiendo que esas gestiones favorecían a Acciona para poder ganar las licitaciones y concursos en donde estaba presentándose.

Más adelante fue interrogado para que precisara los conceptos de “inteligencias de mercado” y “precalificaciones” que hacían parte de la gestión contractual de ECOPETROL, respondió:

“La inteligencia de mercado es un sondeo, podría yo resumirlo así, un sondeo que hace Ecopetrol dependiendo de las necesidades y los

requerimientos de su contratación. Abre una convocatoria, generalmente es por la página de Ecopetrol, en donde dice: Yo voy a construir, por ejemplo, las facilidades de determinada región de los campos petroleros con tales actividades, quién está en condición de participar, con unos requisitos mínimos de información. Usted le presenta a Ecopetrol su compañía, sus ejecutorias, su capacidad financiera, sus posibles fuentes de financiación, su forma de contratar y Ecopetrol, con esa información que se denomina por ellos, inteligencia de mercado, posteriormente, divide las actividades y abre por rubros de acuerdo con lo que Ecopetrol defina, lo que se llaman las precalificaciones, es decir, quiero precalificar las personas idóneas para construir determinada obra, o hacer determinada actividad. Esas precalificaciones son más detalladas, son precalificaciones que son enjundiosas de preparar, y, una vez la precalificación ha sido del agrado, o rechazada por Ecopetrol, los finalistas pueden acceder a participar en las licitaciones o en los concursos para ser adjudicatarios de determinada obra. Todavía no ha terminado la función, una vez Ecopetrol adjudica la obra, es costumbre en la mayoría de los casos, que nuevamente llamen a esa firma a negociar, a precisar o a tener una interrelación directa para la mejor marcha de la obra. Una vez eso se ha surtido, Ecopetrol firma el contrato”.

Al ser interrogado sobre si en labores de inteligencia de mercado y precalificación intervino Ricardo Caicedo gestionando los intereses de Acciona, contestó:

“Así es, en la inteligencia de mercado, la labor de don Ricardo Caicedo era estar pendiente de qué tenía, en qué estaba interesado Ecopetrol e informarle a Acciona si, por decirlo coloquialmente, le sonaba el negocio. Una vez Acciona decía sí o no; si decía sí, habría que preparar la información conducente a que Ecopetrol se satisficiera de esa información y presentarle la compañía con el mejor detalle, de una forma que a Ecopetrol le pareciera una compañía buena, capaz, seria, con experiencia, con capacidad financiera, etcétera, etcétera. Era la inteligencia de mercado que había que hacer un trabajo enjundioso relativamente, no tan enjundioso como la precalificación y obviamente no tanto como la licitación en sí”.

“...don Ricardo Caicedo, me decía: quiero presentar a Acciona en esta inteligencia de mercado, Acciona ya me dijo que, si le interesa, hagamos una especial de presentación general de la compañía. Yo pedía algunos datos básicos como, por ejemplo, los datos financieros, los datos de patrimonio, los datos de endeudamiento, cosas básicamente financieras, yo no lo asesoraba en cosas de ingeniería y el examen de esas cifras es me parece que sí, que por ahí hay buenas posibilidades basado en los índices de precios que se publican en el país sobre este tipo de obras, que son básicamente índices de Camacol, de la Cámara de infraestructura, etcétera, diferentes fuentes”

Luego fue interrogado por la señora Jueza sobre si al testigo le entregaban los documentos relacionados con lo financiero de Acciona, aseveró:

“Sí señorita, yo tenía los balances públicos de Acciona, me entregaban lo que publicaban en las autoridades españolas para calcularle los índices de liquidez, etcétera”

Agregó que esos documentos se los entregaba “don Ricardo Caicedo siempre.

“Siempre, yo decía yo necesito calcular la relación de liquidez, la relación de solvencia, los endeudamientos, todo, hágame el favor y me hace llegar esos papeles de Acciona y él iba a Acciona y me los entregaba”.

Y al referirse a los contratos relativos a los facilities señaló:

“Hubo varios contratos de facilities en Ecopetrol y se dio una convocatoria muy cercana de construcción de facilities en donde las compañías... Eso fue en el año 2010 y 2011, hubo varias convocatorias para facilities, yo representaba a una compañía venezolana también para facilities que finalmente no ganó, y hacía trabajos de consecución de información basados los precios generales y los precios unitarios para la posibilidad de ganar los facilities en Ecopetrol. Acciona sé que ganó dos regiones grandes de Ecopetrol, dos contratos grandes que como les decía inicialmente, la suma de los dos, valía algo así como 200 mil millones de pesos de la época, 2010 – 2011

Cuando fue inquirido para que indicara si Acciona le pagó alguna remuneración monetaria a Ricardo Pulgarín por esa actividad, respondió:

“Sí, empezó a pagarle y por alguna razón que nunca conocí dejó de pagar en determinado momento... Apenas le pagaban a don Ricardo Caicedo, él me pagaba a mí y cuando dejaron de cubrir las facturas me enteré que Acciona había dejado de pagar... Estamos hablando de los facilities”.

Añadió que

“Él (RCP) me preguntaba a mí la parte financiera señorita, él para integrar todo ese negocio requería también las capacidades de ingeniería y las capacidades administrativas, organizativas, de salud ocupacional, de certificados ISO 9000, etcétera, una serie de cosas. La parte en donde yo colaboraba era básicamente la parte financiera señorita”.

Santiago Lombana Indaburu, narró detalladamente todo el proceso de homologación de ACCIONA como contratista de ECOPETROL y el esfuerzo incesante de RICARDO CAICEDO PULGARÍN orientado a que se le adjudicaran los contratos que estaba intermediando a favor de aquella.

Dijo el testigo que:

“Bueno a mediados del año 2011, hubo un proyecto grande en Ecopetrol, que se llamaba el proyecto de implementación de servicios compartidos, eso incluía uno de los procesos en el área de abastecimiento y el manejo de proveedores. Cuando se implementó el proyecto, yo fui nombrado líder de la data maestra de proveedores y ahí se cambiaban muchos procesos y procedimientos en la relación que Ecopetrol, tenía con sus proveedores, cambios que buscaban el tema de transparencia, el tema anticorrupción, el tema de mejoramiento de procesos, realmente hubo en el área que yo manejaba dos grandes cambios. Un cambio era que se implementó un nuevo sistema de registro de proveedores, que se llamaba Siclar (sistema de clasificación de proveedores), este sistema lo manejaba un contratista de nosotros y la idea del sistema era que los proveedores y potenciales proveedores de Ecopetrol, ingresarán a una plataforma e ingresarán información de las empresas. Información general de la empresa, nit de la empresa, razón social, fecha de creación de la empresa, datos de la cámara de comercio, información financiera, todos los datos financieros, todos los indicadores, los balances estado de pérdidas y ganancias, solicitamos también todo el tema de certificaciones y si estaba certificado con ISO 9000, si está certificado OSHA, si tenía una certificación técnica especial y solicitábamos que incluyeran toda la experiencia que tenían, que podían ofrecerle a la empresa, que podían ofrecer la Ecopetrol. Luego de ingresar esa información en el sistema, tenían que enviar la documentación física para soportar toda la información, si tú dijiste que tenías una certificación de calidad en ISO 9000, que te dio Bureau Veritas, tú tenías que enviar esa certificación para que nosotros como Ecopetrol, con nuestro contratista lo validáramos y así toda la información”.

Añadió más adelante:

“¿Cuál era el objetivo de este sistema? el objetivo de este sistema, era uno un tema de transparencia, que cualquiera que quería contratar con Ecopetrol, lo que tenía que hacer era inscribirse al sistema y el objetivo final del sistema, que se esperaba tener al año o a los dos años, dependiendo de cómo fuéramos, era que ya cuando fuéramos a hacer alguna contratación pudiéramos hacer un concurso donde sólo pedíamos una oferta económica, donde ya no tenemos que decirnos venga mándenlos todo estos papeles para yo verificar porque ya todo eso lo habíamos validado. Lo importante porque no era información general y era información muy específica, y la solicitud que teníamos nosotros a todos los proveedores y potenciales proveedores, era que el representante legal de la empresa, era al que le damos acceso al sistema y era el que era el responsable de realizar todo el ingreso a la información y de enviarle toda esa documentación a nuestro contratista, para que la pudiera validar, o sea, eso era un requisito y estaba totalmente formalizado en el proceso. Ahí fue cuando entré a conocer al Señor Ricardo Caicedo, porque yo tenía unos muchachos que trabajan conmigo que manejaban un buzón genérico para todas las dudas e inquietudes que se generaban en la implementación del proceso, y con respecto a todo el registro del sistema y ellos digamos que respondían todas las inquietudes bajo unos correos genéricos y digamos que un tema de preguntas frecuentes que íbamos manejando, hubo un día en el que

llegaron a presentarme que había un señor que se llamaba Ricardo Caicedo, que ya varias veces le habían dicho que no podía hacer el registro de esas empresas y no le podían asignar ninguna clave...

“Después supe, cuando me reuní con él. En ese momento yo no sabía, entonces en ese momento les dije déjenme ver la historia, déjenme ver los correos electrónicos, entonces no es que él no es el representante legal, era la primera vez, desde que habíamos hecho todo ese procedimiento y llevábamos cuatro mil empresas registradas fácil, en que se nos presentaba el caso que no era el representante legal el que estaba solicitando, yo fui a donde mi jefe para decirle pues como procedía, como era tan particular el caso, me dijo tranquilo atiende al Señor revise el caso mire de qué es lo que estamos hablando y tomamos una determinación. Ya en ese momento, yo les quité a mis muchachos el caso con respecto a Ricardo Caicedo y me comuniqué con él y lo cité a una reunión en las oficinas de Ecopetrol. Él fue a las oficinas de Ecopetrol, nos conocimos, nos reunimos explíqueme cuál es su caso, porque nosotros tenemos este procedimiento, el representante legal es la persona que debe responsabilizarse y asignársele la clave para diligenciar las empresas”.

Acotó posteriormente que fue RICARDO CAICEDO PULGARÍN quien registró a ACCIONA como proveedor de ECOPETROL⁹ y que de allí en adelante prosiguió con su labor de intermediación a favor de esa empresa que lo llevó a concretar los contratos del oleoducto y los facilities, entre otros.

⁹ Afirmó el testigo que: *“Retomando un poco lo que les venía contando, porque ahí no terminó todo el tema que trabajó el señor Caicedo, luego de que autorizó que él pudiera hacer el registro de Acciona, él se puso enfrente de todo el tema de registrar Acciona. Este tema de este registro y vale la pena aclararlo es un tema para las empresas grandes, es un tema complicado, porque se validan todas las experiencias, se certifican todas las experiencias y durante un mes o mes y medio que pudo haber durado el proceso de registro y de validación de la información, por parte de nosotros como Ecopetrol con Acciona, Ricardo tuvo un contacto directo todo el tiempo con nosotros como representante de Acciona, adicional a todo el tema del registro que estuvo en frente y al final terminó cerrando el tema a satisfactoriamente del registro, yo también manejaba un proceso nuevo que se estaba haciendo que era un cambio muy duro y muy difícil para toda la organización el grupo empresarial Ecopetrol y era que se cambiaba el relacionamiento que tenía Ecopetrol con los proveedores en el sentido de las reuniones que tenían los proveedores y los potenciales proveedores con los funcionarios de Ecopetrol, antes del proyecto de servicios compartidos, todos los funcionarios de Ecopetrol podían recibir una llamada y atender a cualquier proveedor potencial proveedor, después de que se implementó este proyecto, en aras de la transparencia, ya sólo había un canal para que los potenciales proveedores pudieran reunirse con las áreas técnicas de Ecopetrol y ese canal era a través de nosotros, luego que se terminó ese registro el señor Caicedo, también a través del Canal y pues como ya habíamos tenido reuniones y nos conocía, me solicitó que le gestionara reuniones con las áreas técnicas de Ecopetrol, para que pudiera presentar el portafolio de servicios que él representaba de Acciona y poder tener una discusión técnica con la parte discusión técnica con el área técnica y nos valga la redundancia, para poder avalar y autorizar ese tipo de reuniones pues lo hacíamos solamente con empresas digamos que importantes y de gran envergadura y con la que con el conocimiento interno que nosotros teníamos de proyectos que estaban en el portafolio de la organización fueran empresas que podían aportar y podían ayudarnos en el crecimiento y los proyectos de la compañía, y yo le gestione al Señor Ricardo Caicedo, reuniones con el área de producción, reuniones con el área de la vicepresidencia de transporte y reuniones con el área de, cómo se llamaba con el área inmobiliaria de Ecopetrol, para que pudieran sentarse y hablar de proyectos y ya pues arrancará ya hasta ahí llegaba yo digamos y ya con los proyectos de la empresa y el portafolio de servicios y lo que Acciona a través de Ricardo Caicedo, pudiera ofrecer ya siguieran adelante en lo que pudieran hacer y fuera necesario, hasta ahí llegaba yo.”*

La declarante **LUZ PIEDAD HERRERA RAMÍREZ**, aludió a la labor de intermediación que desplegó el demandante en favor de ACCIONA para la consecución de negocios en Colombia, pues así lo señaló en su testimonio al asegurar lo siguiente:

“José Damián, no recuerdo el apellido la verdad, pero con José Damián nos reuníamos y también con él hicimos las diferentes reuniones, con los diferentes entes del estado. José Damián, de hecho, me ofreció a mí, tener un correo para poder desarrollar las actividades que hacíamos. Con José Damián hicimos varias reuniones, por un lado, para presentarle los proyectos que se habían explorado y que se tenían conocimiento, de dónde los pondríamos presentar en diferentes oportunidades de negocio. Lo segundo, para presentarle toda la investigación que, por decir un caso, el del río Magdalena”.

Más adelante, al ser preguntada sobre la comisión que recibía RICARDO CAICEDO por su labor de intermediación y la razón de su dicho, señaló:

“El señor Ricardo Caicedo trabajaba al éxito con Acciona, trabajaba por una comisión que por dar un ejemplo con el río Magdalena era el 4%, con “Ecopetrol era del 7%, habían unas que eran del 5%, en algunos casos incluso le escuche hablar con José Damián, de cuando se iban a desarrollar o hacer los proyectos pagos de Ecopetrol, en caso particular me consta haber escuchado esa conversación y me contesta como que no iban las cosas bien con Ecopetrol, pero que esperara, que diera tiempo, que por favor se mantuviera, es decir, ese es un tema que era abierto y hablado entre José Damián y Ricardo, en algunas de las reuniones por eso sé, me consta y lo conozco por el contrato que entregue la copia del anexo que era una comisión y era una comisión al éxito y el hacía un trabajo independiente pero de largo aliento”.

También explicó que:

“Yo nunca conocí a María José pero sé que existía, sé que tenía una compañía Of shore en Panamá que es una compañía que está básicamente en un paraíso fiscal y lo que conozco es que Ricardo Caicedo tenía un acuerdo con la señora María José que era un “contac fee” que era el hecho que ella le presentara a alguien para un negocio a una empresa y ese contac fee él hacía honor a su palabra pagándole más o menos el 20 o 22%, creo que le pagaba a través de la empresa Mintral en Panamá, le pagaba esta comisión a la señora María José por presentarle clientes, pero no la conocí físicamente, sé que era una señora que estaba ayer aquí pero no la había conocido, visto”.

Refiriéndose a las labores de intermediación y/o IDG en favor de Acciona, aseveró:

“Si me consta porque en varios de los proyectos y reuniones que sostuvo el señor Ricardo Caicedo con Acciona estuve presente porque era claro en muchos de esas ocasiones que la labor era esa justo una labor de intermediación, una labor de búsqueda de proyectos, una labor de estructuración de proyectos, esa eran a conversaciones que se daban entre la empresa Acciona y el señor Ricardo en las que yo estuve presente por eso puedo dar conocimiento de que así fue, de hecho tengo también conocimiento de que se hablaban en esas reuniones de las comisiones y demás, incluso en los pagos de esas comisiones, incluyen ese orden de ideas puedo dar fe debido a voz y a título personal que conozco que existía esa relación, conozco que en las conversaciones se hablaba sobre el tema del tipo de relación y del producto, o digamos resultado esperado y sobre las comisiones sobre el tema.”

(...)

“Esa labor consistía en: primero, buscar oportunidades de negocio y presentársela a Acciona, segundo, buscar quiénes eran las personas a las cuales debía presentársele esa oportunidad de negocio, hacer la búsqueda de investigaciones que nos permitía desarrollar un proyecto y hacer la estructuración de esos proyectos con sus consultores y con un empleado de él que era Humberto López básicamente, que he conocido que Humberto trabajaba con el señor Ricardo Caicedo era su empleado, el resto éramos consultores”.

Resulta, finalmente, supremamente relevante en su testificación, que al ser preguntada por la señora Jueza sobre quién aprobaba los proyectos de negocios presentados por el accionante, contestó sin ambages, que eran “aprobados por José Damián y por el grupo de Acciona, todos los ejecutivos de Acciona”, atestación que pone de presente, de un lado, que el trato directo sobre esas oportunidades de negocio se hacía con ACCIONA y, de otro, la irrelevancia que en esas materias tenía MINTRAL, corroborando que esta última solo se dedicaba a cobrar su porcentaje.

En el interrogatorio de parte, el señor **JOSÉ DAMIÁN SAEZ**, representante legal de ACCIONA, al ser preguntado si la persona que interactuó con él (con JOSÉ DAMIAN) para estructurar la propuesta del oleoducto fue RICARDO CAICEDO PULGARÍN, contestó:

“es cierto la persona la que con la que principalmente interactuamos fue Ricardo Caicedo, en cuanto es contratista de Mintral Panamá en Colombia y dentro del contrato que teníamos firmado entre Acciona infraestructuras y Mintral Panamá”.

Del mismo modo, cuando se le interrogó respecto de que fue el señor Ricardo Caicedo quien, personalmente, en una reunión en la que además del declarante estuvieron presentes el señor Pedro Martínez y Jesús Alcázar les comunicó que Ecopetrol estaba interesada en estructurar un proyecto de negocios de facilities y los invito a que hicieran parte de ese negocio, el demandado respondió:

“Es cierto que Ricardo Caicedo presentó ese proyecto a Acciona, en tanto que el contratista de Mintral Panamá y representante de Mintral Panamá en Colombia y tanto es así que esa oportunidad fue aceptada por Acciona y se recogió como un anexo al contrato marco entre Acciona y Mintral Panamá”.

Como se ve, el declarante admite que los negocios le fueron presentados por RICARDO CAICEDO, aunque se escuda detrás de la falsa mampara del contrato que ACCIONA había ajustado con MINTRAL, cuya insubstancialidad y artificiosidad desnudaron los demás testigos.

Si la juzgadora de primer grado se hubiese aplicado a apreciar y valorar debidamente la prueba aportada al proceso, habría colegido lo siguiente:

- Que los contratos que ACCIONA celebró con ECOPETROL son fruto de la labor de intermediación que desarrolló a favor de aquella el demandante RICARDO CAICEDO PULGARÍN y/o IDG.
- Que por esa labor de intermediación recibía una remuneración del 7% a cargo de la demandada.
- Que de ese 7% debía descontarse un porcentaje a favor de MINTRAL a modo de “contact fee”.
- Que el contrato ajustado entre ACCIONA y MINTRAL, solamente fue una fachada detrás de la cual se ocultaba la primera para evadir su responsabilidad.
- Que en innegable connivencia dichas sociedades se amañaron para burlarle la comisión que le correspondía al accionante.

- Que, en ese sentido, el finiquito maquinado por esas dos empresas solamente fue un mecanismo enderezado a esquilmarle su prestación a quien realmente ejecutó la prestación debida.
- Que la demandada le adeuda al demandante las comisiones reclamadas.

9.3.3. En todo caso, si se dejara de lado la artificiosidad de la triangulación ideada por la demandada, lo cierto es que en relaciones triangulares como la de esta especie, se ha abierto campo en el derecho contemporáneo una **ACCION DIRECTA** a favor del afectado, entendida esta, según PASQUAU LIAÑO como

“aquella acción contractual que pone en contacto a dos grupos de personas que, no siendo contratantes entre sí, forman parte de un mismo grupo de contratos, o si se quiere, de dos relaciones jurídicas conexas, integrantes de una misma relación económica, ajustando así la legitimación jurídico formal a los verdaderos interesados económicamente y, en suma, evitando una cadena de acciones entre todos los eslabones de la cadena de contratos¹⁰”

La verdad es que la Corte Suprema Colombiana no ha sido ajena a esa posibilidad, de manera que en sentencia del 11 de septiembre de 2002 estableció:

“A decir verdad, el tema que plantea el caso no ha sido ajeno al tratamiento doctrinal, pues desde antaño ha estado bajo examen, porque si bien es cierto que el principio de los efectos relativos del contrato, excluiría la responsabilidad del tercero, pero en todo caso encargado de la ejecución del contrato, del marco de la responsabilidad contractual, para ubicarlo obviamente en el régimen extracontractual, lo cierto es que razones de equidad y de protección de la víctima, han inclinado a la doctrina y a la jurisprudencia, y hasta cierto punto a la ley, como lo comenta Javier Tamayo Jaramillo, a atribuirle “a dicho tercero” una responsabilidad contractual. Finalmente –dice-, “la doctrina y la jurisprudencia más recientes en el derecho comparado han concluido que el acreedor contractual tiene una acción necesariamente contractual contra el subcontratista con quien el deudor

¹⁰ Citado por ARNAU MOYA, Federico. “Acción directa y vinculación contractual”. Universitat Jaume I 2005. Pág. 16.

contractual inicial había contratado la ejecución del contrato. Se considera que como el objeto de la prestación en ambos contratos es exactamente el mismo, el acreedor inicial perfectamente puede demandar por vía contractual a cualquiera de los dos deudores”.¹¹ (Subrayo y destaco).

“Particularmente la doctrina argentina ha optado por la señalada tendencia en consideración a que “el auxiliar” está sujeto a “una responsabilidad accesorio, que se modela, por tanto, sobre la que incumbe al deudor (hay por lo demás, una “complicidad” entre principal y dependiente que no puede desentrañar el acreedor)”. Se trata en estos casos (se refiere exactamente a la responsabilidad civil del médico, Jorge Mosset Iturraspe), “de una responsabilidad accesorio”, en la cual incurre no cualquier tercero, sino “la persona elegida por el deudor para el cumplimiento; persona que entra en contacto con el acreedor y realiza, con su conformidad, el comportamiento encaminado a ese fin”. Esta unidad de fundamento, anota, “y naturaleza jurídica, simplifica la acción de la víctima del hecho médico, que podrá acumular sus pretensiones en un solo juicio, contra dos demandados distintos y obligados *in solidum* por la totalidad del resarcimiento solicitado”.¹² Igual es el criterio de otros autores, quienes para llegar a idéntica conclusión, o sea la “fuente contractual” del “agente”, tienen en cuenta que “La cuestión examinada se halla estrechamente relacionada con la estructura misma de la relación obligacional en cuanto consiente que el interés del acreedor pueda ser satisfecho a través de la ejecución directa de la prestación por el deudor o por un tercero”.¹³ Por su lado, Bustamante Alsina sostiene la misma apreciación pero bajo el entendido de que la responsabilidad contractual del tercero surge del hecho que entre la entidad y el médico que presta sus servicios en ella se establece un contrato en favor de tercero. De manera que el carácter contractual de la responsabilidad del médico frente al paciente se da por virtud del contrato celebrado por aquél con la entidad asistencial que atribuye al paciente el derecho a ser asistido por el médico, derecho que queda consolidado con la aceptación del beneficiario, quien por consiguiente se legitima directamente contra el promitente médico¹⁴. En similar sentido se han pronunciado algunos doctrinantes chilenos, por supuesto consultando las normas del Código Civil de su país, entre ellos Arturo Alessandri Rodríguez¹⁵. (Subrayas no textuales).

De manera que en actos triangulares como el de esta especie, repito, al margen del comportamiento de la demandada que explícitamente aceptó la condición de beneficiarse de la intermediación realizada por el actor, lo

¹¹ De la Responsabilidad Civil, T. II, págs. 80 y 81

¹² Responsabilidad Civil del Médico, Ed. Astrea, Buenos aires, 1979, págs. 116 y 177

¹³ Trigo Represas, Responsabilidad civil de las profesiones, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1983

¹⁴ Responsabilidad civil de los médicos en el ejercicio de su profesión, Buenos Aires, 1976.

¹⁵ De la responsabilidad extracontractual en el Derecho Civil, Imprenta Universal, 1981, págs. 76 y 77.

cierto es que surgen dos deudores a quienes puede enderezar su cobro el acreedor: en primer lugar, el contratante con quien ajustó el convenio directamente (Mintral) y, en segundo lugar, contra aquél con quien el sustituido (Mintral) había a su vez pactado el mismo objeto contractual (ACCIONA).

Como quiera que en contratos como el de esta especie surge obligaciones correlativas, es patente que esa legitimación para accionar debe obrar en cualquier sentido, no solo respecto de una especie de acreedor sino cualquiera de los que adquieran esa condición en el contrato.

10. CAPÍTULO RESPECTO A LA DEMANDADA OTACC

Sobre este particular, el demandante RICARDO CAICEDO relató en su interrogatorio lo siguiente:

“Cuando les presenté el proyecto de los Facilities a ellos que Jesús Alcázar me manda un correo, que lo tengo y que está aportado, donde Jesús Alcázar me contesta y me dice nos vamos a presentar en los Facilities, pero vamos a hacer una alianza, un consorcio con una empresa colombiana que nos acompañe en el campo, nosotros nos encargamos de la comisión, tengo ese correo de don Jesús Alcázar, entonces, no me quedé solamente con ese correo sino que yo me fui donde don José Damián y le dije, José Damián me he enterado que usted va consorciado con los señores de OTACC, Jesús Alcázar dice que ustedes reconocen la comisión, ¿los señores de OTACC están enterados de ésta situación?, y dejo constancia en esta audiencia doctora, que en la oficina de José Damián en presencia de los señores Cabanzo, de don José Damián, de Humberto López y yo se habló con los señores de OTACC, que hoy no están aquí sino sus representantes legales y su abogado y yo les dije: ustedes están conscientes de que están en este consorcio y de que aquí hay un compromiso antes de que ustedes llegaran con estos señores del 7%? Y ellos eran conscientes, ahora yo no le puedo decir a usted como se apañaron entre ellos para ver quien pagaba esa comisión, porque esa comisión la pactó Acciona con nosotros antes de consorciarse con OTACC, ahora, tan es así que estaban enterados de la comisión doctora que momentos antes de que ellos presentaran su último número a Ecopetrol para que les asignaran este contrato entre Cabanzo y José Damián me pegaron una llorada pero de telenovela donde me dijeron que los números no les entraban, que si ellos pagaban esa comisión del 7% los números no entraban y que por tal razón yo tenía que bajarles la comisión y yo les dije ¡no!, ustedes no pueden pretender que a un día de presentar ya la oferta final, después de que llevamos trabajando en esto 14 o 15 meses si a ustedes no les entra los números no se presenten, pero usted no me puede pedir a mí de que yo a esta altura del partido un días antes le baje la comisión. Entonces lo que le quiero dejar constancia es que los señores de

OTACC estaban perfectamente enterados del compromiso que había adquirido Acciona con nosotros de pagarnos el 7% por ese proyecto.

Por su parte, el testigo **JULIO CÉSAR ARANGO GARCÉS** manifestó:

*“Ricardo me llamo estamos hablando del mes de noviembre de 2012, me dijo que está una reunión, en una reunión con la gente de Otacc y con la gente de Acciona y se había enterado, allí en esa reunión de que se había asociado o que se iban a asociar, para desarrollar los facilities que tuviera que sacar a concurso Ecopetrol, teniendo en cuenta el argumento de que se vería afectado su participación en caso de equivocarse Acciona en la escogencia de su socio, **él me pidió exactamente que investigará que si yo conocía exactamente qué conocía de Otacc, que había desarrollado, qué proyectos tenía y cómo le había ido, esa información de la que le comenté a la doctora que a través de los concesionarios, se lo averigüe con concesionarios, hice la averiguación con ingenieros contratistas y tuve la opción de sacar como el concepto para entregárselo a Ricardo**”.*

Es decir, que los dueños de esa empresa supieron de la labor de intermediación realizada en beneficio de ACCIONA y, por supuesto del consorcio y la consintieron sin formular reparo alguno.

En esos términos dejo sustentada la apelación



PEDRO OCTAVIO MUNAR CADENA

C.C. 6762.418 de Tunja

T. P. 41.801 del C. S. de la J.

pmunar@scolalegal.com

Medellín, 5 de Agosto de 2020

Señores Magistrados
Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá
Sala Civil
Bogotá, D.C.
E. S. D.

Proceso: **Acción de Protección al Consumidor - Proceso Verbal**
Demandante: **JULIO CESAR MEDINA CARTAGENA**
Demandado: **COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO Y OTROS**
Expediente: **110013199-003-2018-01175-01**

ASUNTO: SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION

JUAN PABLO FLÓREZ RAMÍREZ, actuando como apoderado judicial de **COLTEFINANCIERA S.A. COMPAÑÍA DE FINANCIAMIENTO**, (en adelante “**COLTEFINANCIERA**”), demandado en el proceso de la referencia, en cumplimiento del auto proferido por este Tribunal, del pasado 28 de julio de 2020, respetuosamente me dirijo a ustedes, con el fin de sustentar el **RECURSO DE APELACIÓN** interpuesto contra la decisión (en adelante “Fallo”) proferida el 8 de noviembre de 2019 por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, en el proceso de la referencia, mediante la cual se condenó a **COLTEFINANCIERA** a pagar; esto es, extinguir el saldo del crédito que se encuentra a cargo del señor **JULIO CESAR MEDINA CARTAGENA** (en adelante “Deudor” y/o “Demandante”), y a proceder a expedirle el paz y salvo al demandante por el mencionado crédito, una vez quede ejecutoriada la decisión; sustentación que realizo en los siguientes:

TÉRMINOS

PRIMERO. COLTEFINANCIERA no incumplió con el deber de información y debida diligencia para con el Deudor.

En el Fallo de primera instancia se insiste, en que **COLTEFINANCIERA** como entidad vigilada por la **Superintendencia Financiera de Colombia** (en adelante “Superintendencia Financiera”) tenía la obligación de notificar a los consumidores financieros **JULIO CESAR y MAURICIO DE JESÚS**

Página 1 de 19

MEDINA CARTAGENA, cuando la póliza colectiva de vida que tomó **COLTEFINANCIERA** por cuenta de aquellos, cambió de aseguradora; esto es, **PANAMERICAN LIFE DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, fue sustituida por **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**, aun considerando que el cambio de aseguradora no afectó las condiciones de la póliza; es decir, no desmejoró su realidad contractual.

No obstante lo anterior, tal como se expuso en los alegatos presentados ante el Delegado de la Superintendencia Financiera, no existe mandato legal, particular y expreso que obligue a **COLTEFINANCIERA** a informar al consumidor financiero el hecho del cambio de aseguradora, situación que desconoce el fallador de primera instancia al interpretar de general y extensivamente normas constitucionales, legales y decretos, que si bien atienden a la obligación de toda entidad financiera de informar a los consumidores financieros acerca de las condiciones de sus productos, no pueden interpretarse arbitrariamente, para concluir que **COLTEFINANCIERA** tenía la carga de informar el cambio de la aseguradora, sin importar si que dicho cambio no haya afectado, ni desmejorado las condiciones de asegurabilidad de los deudores.

Sobre el particular, es importante reconocer y reiterar que:

- El crédito contraído por los señores **JULIO CESAR y MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA**, fue originado por una entidad no vigilada por la Superfinanciera; esto es, el **Fideicomiso Expocredit Taxis** cuya vocera y administradora es **ACCIÓN FIDUCIARIA S.A.**
- Durante la vida del crédito y antes de ser este cedido a favor de **COLTEFINANCIERA**, ya el Fideicomiso Expocredit Taxis había cambiado de aseguradora en la póliza colectiva de vida que tomó por cuenta de los deudores, sin haber notificado dicho cambio, en la medida en que el mismo no generó ningún efecto, ni adverso ni positivo, en las condiciones de asegurabilidad de los deudores.
- Si bien durante el proceso de primera instancia la Delegatura vinculó a la entidad originadora (Fideicomiso Expocredit Taxis), el Fallo no considera a dicha entidad como responsable de ningún incumplimiento, ni tampoco da cuenta de haber gestionado el correspondiente procedimiento de compulsión de copias a la entidad encargada de la inspección, vigilancia y control de Fideicomiso Expocredit Taxis.

Con respecto a las normas aludidas para soportar la decisión de declarar civil y contractualmente responsable a **COLTEFINANCIERA**, por su supuesto incumplimiento de las obligaciones de debida diligencia y de información con respecto al deudor, me referiré a cada una de ellas para evidenciar que el Fallo violó el **principio de legalidad** en contra de los intereses de **COLTEFINANCIERA**, por haber interpretado extensivamente normas que para el caso no son aplicables, por lo que no se evidencia por parte de **COLTEFINANCIERA** omisión o transgresión a la normatividad, más, cuando se le condena sobre la base de unas normas correspondientes a productos que no guardan relación con el tipo de crédito objeto de análisis, siendo el caso, pronunciarme con respecto a la errada normatividad con la que el A-quo condena a **COLTEFINANCIERA**:

1) Con respecto al Decreto **2555 de 2010**:

En cuanto a las normas citadas con respecto al deber de información al deudor, la Superintendencia financiera citó en el fallo objeto de apelación, inicialmente el Artículo **2.36.2.1.1.**, del **Decreto 2555 de 2010** y para tal efecto, tuvo en cuenta, en forma errada y acreditándole a dicha cita normativa, el texto de lo contemplado en el Artículo **2.36.2.2.8**; artículos estos, que tienen como lo contempla la ley, un tratamiento totalmente diferente en cuanto a la elección de la aseguradora; seguros a los que se les asocia así:

1.1. El Artículo 2.36.2.1.1 del Decreto 2555 de 2010, está asociado a la **contratación de seguros** diferentes a créditos con garantía hipotecaria o leasing habitacional, como lo son:

1. Seguro Obligatorio de Accidentes de Tránsito.
2. Seguro de exequias.
3. Seguro de desempleo.
4. Seguro de vida individual.
5. Seguro de accidentes personales.
6. Seguro agrícola.
7. Seguro de responsabilidad civil.
8. Seguro del hogar.

9. Seguro colectivo de vida.

10. Seguro de vida grupo:

11. Los demás ramos que la Superintendencia Financiera de Colombia establezca, de acuerdo con la evaluación de riesgos y condiciones que resulten aplicables para garantizar el cumplimiento de lo establecido en el artículo 2.31.2.2.1 del presente decreto.

Para el caso que nos ocupa, el seguro es el “**SEGURO VIDA GRUPO**”, en este caso para clientes con créditos de vehículo; póliza de seguro que, en lo relacionado con la selección de la compañía aseguradora, se tramita bajo la figura de la **invitación**, la cual se circunscribe única y exclusivamente a lo contemplado en el Artículo 2.36.2.1.1., del Decreto 2555 de 2010, que en todo caso no estipula la obligación a cargo de la entidad financiera, de informarle al deudor el resultado de la invitación que propicia la elección de la aseguradora, ni la de entregarle al deudor copia de la póliza, entre otras.

1.2. El Artículo **2.36.2.2.8.**, del Decreto 2555 de 2010, está asociado a la licitación de seguros asociados a **créditos con garantía hipotecaria o leasing habitacional**; artículo que a su tenor literal contempla:

“Artículo 2.36.2.2.8. Información al deudor. Una vez se adjudique la licitación, la institución financiera deberá informar al deudor, a través del medio en el que recibe regularmente sus extractos o estados de cuenta del producto al que se asocia el seguro, o por el medio que este haya autorizado con anterioridad:

i. El resultado de la licitación, indicando el nombre de la aseguradora y el cambio de la tasa de prima del seguro.

ii. El derecho que tiene de escoger otra aseguradora en los términos del artículo 2.36.2.2.5 del presente decreto, para lo cual la institución financiera deberá señalar la totalidad de las condiciones del seguro.

Una vez la institución financiera ha tomado el seguro por cuenta del deudor y ha recibido la póliza de parte de la aseguradora, tendrá quince (15) días hábiles para entregar al deudor una copia de la póliza respectiva, así como publicar en su página web los términos y condiciones del seguro tomado.

La entrega de la copia de la póliza podrá efectuarse por cualquiera de los medios previstos en el Código de Comercio o en la Ley 527 de 1999 y sus modificaciones. En todo caso la entidad financiera deberá proveer una copia de la póliza y los términos y condiciones del seguro en forma física si el deudor así lo requiere”.

Obsérvese cómo este artículo en forma particular para la elección de la aseguradora y específicamente para la toma de las pólizas de seguros asociados para **los créditos con garantía hipotecaria o leasing habitacional**, exigen el trámite especial de licitación, la cual con la rigurosidad de su procedimiento, contempla el deber de dársele “noticia” al deudor, sobre la aseguradora adjudicataria de la licitación y que se le entregue copia de la póliza, entre otros presupuestos más; todo, para que este se sirva pronunciar si lo considera; exigencias, que no están dadas para el “**SEGURO VIDA GRUPO**”, que es el seguro que nos ocupa en el presente proceso y que inexplicablemente el A-quo en su fallo erradamente confundió, contemplando para este, normas que no le son aplicables, como lo son los Artículos **2.36.2.2.5.** y **2.36.2.2.8.**, del Decreto 2555 de 2.010, ya que como se dijo, le dio el tratamiento de licitación de seguros asociados a créditos con garantía hipotecaria o leasing habitacional, cuando no lo es. Es importante sí resaltar que si bien Artículo 2.36.2.1.1., no contempla la exigibilidad o rigurosidad de lo contemplado en el Artículo **2.36.2.2.8. Información al deudor**, en ningún momento al deudor(es) se le(s) ha restringido su libertad de escoger otra aseguradora y/o póliza diferente a la de Grupo Vida Deudores que tomó **COLTEFINANCIERA** en su momento para sus deudores, respetando eso sí, las condiciones originales del originador de los créditos y primer tomador de la póliza, el **Fideicomiso Expocredit Taxis**.

2) En cuanto a la mención jurisprudencial que realizó el A-quo en su fallo, sobre el pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, mediante **sentencia del 30 de junio de 2011, Magistrado Ponente Edgardo Villamil Portillo, Rad. 1999-00019**; que a su vez se remite a la Circular Básica Jurídica de la Superintendencia Financiera, quien en el numeral de la época de su pronunciamiento, el 4.4 del capítulo 6 del Título I, el cual fue adicionado a la Circular mencionada por la Circular Externa 015 de 2007 de la misma Superintendencia Financiera, que señala que: “... *para el seguro obligatorio sobre los inmuebles hipotecados o en relación con el seguro de vida, constituidos como seguridades adicionales de un crédito contratado, el deudor ostenta la libertad de*

escogencia aunque la institución financiera haya contratado una o varias pólizas con sujeción a los criterios previstos en el Decreto 384 de 1993; así, el deudor o dueño del inmueble siempre conserva la facultad de tomar un seguro con una compañía diferente”; es de aclarar con respecto a esta norma, que no se aplica al caso específico del Fallo objeto de este recurso, ya que no está probado en el expediente, que al deudor se le haya coartado su libre escogencia frente al SEGURO DE VIDA, para garantizar la seguridad del crédito. Esto sin perjuicio de que se hace mención nuevamente a normas de seguros relacionados con deudores de créditos con inmuebles hipotecados, que no aplican al presente caso.

3) No es de aceptación, ni tiene sustento legal y por demás discriminatorio, el que las falencias demostradas por parte de **Fideicomiso Expocredit Taxis**, por intermedio de su vocera **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, como originador del crédito a favor de los señores **JULIO CESAR y MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA** en cuanto a no haber suministrado una información clara y comprensible para con los mencionados señores sobre el crédito otorgado y sobre la características de los seguros tomados en el año 2015, haya motivado, que el A-quo le trasladara a **COLTEFINANCIERA** como nuevo titular del crédito **No. 14603**, a partir el 12 de mayo de 2017, la responsabilidad de la conducta omisa de **Fideicomiso Expocredit Taxis**, bajo el argumento de no ser el **Fideicomiso** vigilado por la Superintendencia Financiera, lo que si acontece con **COLTEFINANCIERA**. Cabe preguntarse entonces, bajo qué óptica se imparte justicia para el caso que nos ocupa, ya que a **COLTEFINANCIERA** se le acreditó una responsabilidad objetiva, por ser vigilada por la Superintendencia Financiera, premiándose la conducta omisiva del originador del crédito, al no suministrar la debida información que le corresponde, a quien vende un producto, que para el caso era del crédito que otorgó. Entonces, si la Superintendencia Financiera no podía juzgar el actuar de **Fideicomiso Expocredit Taxis** por no ser sujeto de su vigilancia, ¿con qué fin se le permitió ser parte pasiva como demandada en el proceso? Entonces, ¿por qué **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** en su condición de vocera del **Fideicomiso Expocredit Taxis**, no le fue acreditada responsabilidad alguna, si como vocera del mencionado **Fideicomiso**, es quien le da vida a su actuar?; en consecuencia, ¿cómo se puede entender que siendo **ACCIÓN SOCIEDAD FIDUCIARIA S.A.** vigilada por la Superintendencia Financiera, no se le haya acreditado responsabilidad alguna?

4) Hace referencia el fallo que se impugna, al pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia en Sala de Casación Civil, mediante sentencia del 4 de marzo de 2016, Magistrado Ponente Fernando Giraldo Gutierrez, rad. 1999-00019, al señalar que:

“Incluso si se trata de «pólizas globales» a las que se refiere el artículo 1064 del Código de Comercio, cuando el seguro versa sobre un conjunto de personas debidamente identificadas, es menester la expedición de un certificado individual complementario o que contenga las condiciones generales y particulares que delimiten el riesgo amparado”. Olvida el fallador, que este mandato fue dirigido por el artículo 1046 del Código de Comercio, con respecto a la obligación del asegurador para con el tomador del seguro, y en ningún momento se establece como una obligación del tomador para con el asegurado.

Es así como frente al asegurado la obligación es rogada con respecto a la copia de la póliza, conforme el párrafo del mismo artículo, que señala:

PARÁGRAFO. *El asegurador está también obligado a librar a petición y a costa del tomador, del asegurado o del beneficiario duplicados o copias de la póliza.*

De lo anterior se concluye, que el A-quo yerra al pretender acreditarle a **COLTEFINANCIERA** una carga que le corresponde al asegurador, que para el caso que nos ocupa y en sus debidos momentos, le correspondía a **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, luego a **PANAMERICAN LIFE DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** y por último a **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**

5) En cuanto a la **Ley 1328 de 2009**, correspondiente al Régimen de Protección al Consumidor Financiero:

5.1. Con respecto al **artículo 3** de la mencionada ley, sobre los principios orientadores de las relaciones entre consumidores financieros y entidades vigiladas, tenemos:

Con respecto a los principios de **Debida Diligencia, Libertad de Elección, transparencia e información cierta, suficiente y oportuna, responsabilidad en el trámite de quejas, manejo adecuado de los conflictos de interés y educación para el consumidor financiero**, no fueron transgredidos por **COLTEFINANCIERA**, tal como se evidenció en el numeral anterior, en la norma específica traída de forma errada a sentencia por el fallador de primera instancia, por el hecho de que no se le notificara a los deudores asegurados el cambio de aseguradora, lo cual se insiste, no implicó cambio en las condiciones que ya traía con las aseguradoras del primer tomador, el Fideicomiso Expocredit Taxis; **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, y **PANAMERICAN LIFE DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, condiciones que fueron trasladadas a **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**, que fue la aseguradora con la cual tomó el

seguro de Vida Grupo Deudores **COLTEFINANCIERA**, y a la cual - pasaron los asegurados-deudores, Mauricio de Jesus Medina Cartagena y Julio Cesar Medina Cartagena, una vez le fue cedido el crédito a **COLTEFINANCIERA**.

Es arbitrario enmarcar como falta a alguno de estos principios dicho evento, más aun, cuando quedó probado en el expediente, que **COLTEFINANCIERA** nunca cambió las condiciones de asegurabilidad de los deudores, los cuales nunca se vieron disminuidos en las condiciones de asegurabilidad, con respecto a las condiciones contratadas por el primer tomador y originador de los créditos **Fideicomiso Expocredit Taxis**, con la primera aseguradora **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, y menos aún, se puede predicar que si existió alguna transgresión a alguno de estos principios, la sanción para **COLTEFINANCIERA** sea el pago del saldo del crédito a la sociedad **CONSOLIDA S.A.S.**. Situación diferente hubiese sido el hecho, de que no se le hubiese notificado a los deudores el cambio en sus condiciones de asegurabilidad, de forma tal que le afectaran las condiciones iniciales de contratación, como por ejemplo el aumento en el pago de la prima, o la disminución en la cobertura de riesgo; eventos estos, que nunca acontecieron.

5.2. Con respecto al **artículo 5**, de la Ley 1328 de 2009, relacionado con los derechos de los consumidores financieros, y específicamente con los más relacionados con el tema que nos ocupa, los deberes de debida diligencia e información no fueron vulnerados por **COLTEFINANCIERA**, con respecto al cliente – deudor, conforme el mismo análisis realizado en el punto anterior con respecto a los principios, cual es el de que la actuación por la que se declara responsable a **COLTEFINANCIERA**, cual fue de no notificar el cambio de aseguradora, con una póliza que tenía cláusula de continuidad, no era una actuación exigible al establecimiento de crédito. Así mismo, con respecto al **artículo 7**, relacionado con las obligaciones especiales de las entidades financieras, también mencionado por la Delegatura con Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera y especialmente, con respecto a los mencionados literales b), c), e) y f), relativos a la forma de entrega del producto al consumidor, la cual debe ser de la forma informada, ofrecida y pactada con el este, con el suministro de información comprensible, absteniéndose de incurrir en prácticas abusivas, y redactando las cláusulas contractuales en formatos comprensibles. Es así como se reitera, **COLTEFINANCIERA** no incurrió en una actuación específica que amerite haber incurrido en una falta contra el régimen de protección del consumidor, tal como se evidencia, al no ser su obligación informar la situación del cambio en la aseguradora para el SEGURO DE VIDA GRUPO DEUDORES de los deudores **Julio Cesar** y **Mauricio de Jesús Medina Cartagena** (QEPD), ante la realidad, de que la vinculación a la nueva aseguradora presentaba continuidad en

las condiciones de las aseguradoras anteriores, con las cuales tomó el seguro el **Fideicomiso Expocredit Taxis**, tal y como está acreditado en el proceso; **Fideicomiso** que como se dijo, fue el responsable de la atención a los deudores al momento de este tomar el producto de crédito con la correspondiente solicitud de **SEGURO DE VIDA**, con las condiciones ya probadas en el presente expediente.

5.3. Con respecto al **literal c)** del **artículo 8** de la norma acusada, ley 1328 de 2009, en nada se relaciona con la conducta en la que se basa la Delegatura para fallar en primera instancia en contra de **COLTEFINANCIERA**, ya que dicha norma menciona los mecanismos para suministrar información y si para el caso se demuestra que no existía la obligación de información, no da lugar a revisar los mecanismos de comunicación de aquella (información). Nadie está obligado a lo que no le corresponde.

6) Con respecto a la citada sentencia de tutela **T-136 de 2013**, proferida por la Corte Constitucional, relativa al deber de información y a que la libertad contractual que tiene el tomador por cuenta de los deudores, no se emplee de tal forma que afecte los derechos fundamentales de estos, tampoco cabe para el presente caso. Y es que **COLTEFINANCIERA** para el presente caso solo recibió un producto de crédito, fruto de sucesivas ventas de cartera, en un momento posterior a la contratación del seguro por parte del originador y primer acreedor de esta, el **Fideicomiso Expocredit Taxis**, quien estableció con el (los) deudor(es) las condiciones iniciales del crédito y lo concerniente a los seguros tomados.

Visto lo anterior es dable concluir, que el fallo que se impugna, se limitó sin ningún esfuerzo, a establecer la responsabilidad de **COLTEFINANCIERA**, simplemente por su condición de vigilada por la Superintendencia Financiera para ser calificada como única responsable, excusando así, a toda la cadena de acreedores que tuvo el crédito y sin entrar a calificar el actuar negligente de la persona responsable de la asesoría inicial del cliente (deudores), como lo fue, el **Fideicomiso Expocredit Taxis**. No es consecuente la valoración de una conducta, cuando la misma se enmarca en la simple condición o cualidad de las personas, encontrando mérito en ello, para hacerla responsable de las obligaciones que se enmarcan en el fallo impugnado. Es así, que no acreditó ningún mérito para encontrar responsable al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, al simplemente considerar, que no le eran aplicables las normas de debida diligencia e información.

En dicha sentencia se menciona la concordancia entre la Ley 1328 de 2009, con lo señalado por el artículo 97 del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero que establece, que las entidades vigiladas

tienen la obligación de suministrar a los consumidores financieros toda la información necesaria para que estos escojan las mejores opciones del mercado de acuerdo con sus necesidades; pero, no atiende la Superintendencia Financiera en su interpretación, a que el momento de informar las condiciones de las pólizas es el momento en que estas son solicitadas por el(los) deudor(es), situación que se dio en el momento de la originación del crédito, ante **Fideicomiso Expocredit Taxis**. Es así como la obligación de informar de forma posterior a los deudores asegurados, se debe dar en eventos tales como, la solicitud por petición del interesado o por haber sucedido modificaciones a las condiciones de asegurabilidad; eventos estos, que no fueron de ocurrencia en este caso, para el momento en que **COLTEFINANCIERA** se hizo acreedor del crédito a cargo de los señores **JULIO CESAR y MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA**.

7) Con respecto a las normas del **Código de Comercio** citadas también en el fallo, se traen también a colación normas de índole general que no aplican a la causal de la responsabilidad endilgada a **COLTEFINANCIERA**, tal es el caso del artículo **871**, referente al principio de la buena fe; es así como no puede establecerse que **COLTEFINANCIERA** actuó de mala fe, cuando sencillamente, el fallador le está exigiendo un comportamiento adicional al que le exigen las normas legales; mala fe que para el juicio del juzgador, termina siempre en el mismo círculo de razonamiento, “es responsable, por ser un ente vigilado”. Mala fe, que si pudiera predicarse del deudor, quien hasta el momento en primera instancia está logrando desligarse de su obligación crediticia, aprovechándose no solo del fallecimiento del otro deudor, sino de la cesión del crédito a **COLTEFINANCIERA**, como entidad vigilada, con unas coberturas de póliza de vida sucedidas desde el originador de la cartera, el **Fideicomiso Expocredit Taxis** y aun mas, se aprovecha de que el originador del crédito, el **Fideicomiso Expocredit Taxis**, no logra probar en este proceso, que informó debidamente a los deudores, con respecto a las condiciones de la póliza de vida que tomó para ellos, previa solicitud suscrita por estos.

8) Con respecto a las normas del Estatuto Orgánico del Sistema Financiero, también mencionadas en el fallo, se presentaron las siguientes referencias:

8.1. Al numeral 2 del artículo 120, del cual por referirse a la cita de una sentencia lo confunde con el Art. 210 del mismo estatuto.

Me refiero con respecto a esta norma (**numeral 2 del artículo 120**), que la Superintendencia Financiera vuelve a tomar para su interpretación, normas relativas a créditos de vivienda que no se aplican a nuestro caso; es así como el numeral 2 del mencionado artículo se refiere a: **2**.

Condiciones de los créditos de largo plazo para vivienda, los que por la especial protección tienen un tratamiento diferente, incluyendo su régimen de seguros, por lo que no aplicaría al régimen de SEGUROS DE VIDA GRUPO DEUDORES, designados para créditos de vehículos; sin embargo, debo aclarar adicional a lo ya mencionado con respecto a la materia de que se trata la norma, que esta tampoco menciona cual es el obligado; si es la aseguradora o la entidad de crédito la obligada a enviar el certificado individual y la copia de las condiciones del contrato de seguro, y si se constituyera en obligación, lo sería de quien otorgó el crédito, en este caso el **Fideicomiso Expocredit Taxis**.

8.2. Con respecto al numeral 2 del artículo 100, dicha norma señala:...

“2. Protección de la libertad de contratación. Cuando las instituciones financieras actúen como tomadoras de seguros, cualquiera que sea su clase, por cuenta de sus deudores, deberán adoptar procedimientos de contratación que garantice la libre concurrencia de oferentes. La Superbancaria protegerá la libertad de tomadores y asegurados para decidir la contratación de los seguros y escoger sin limitaciones la aseguradora y, en su caso, el intermediario y aplicará las sanciones correspondientes cuando verifique conductas o prácticas que contraríen lo dispuesto en este Estatuto.”

Con respecto a esta norma, mencionada también en la parte motiva de la sentencia que se impugna, se puede establecer, que **COLTEFINANCIERA** en ningún momento transgredió la libertad de elección de los deudores, señores Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD) y Julio Cesar Medina Cartagena (Demandante). Desde que fue otorgado el crédito por el **Fideicomiso Expocredit Taxis** y en todo el tiempo de vigencia de este, incluyendo cuando fue cedido a **COLTEFINANCIERA**, el demandante deudor ha tenido la libertad de escoger la aseguradora que él quiera desde que no se modifiquen las coberturas mínimas ya establecidas pero, en ningún momento a este se le obligó a que tenía que quedarse con la aseguradora **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**, que fue la aseguradora con la que **COLTEFINANCIERA** tomó el seguro de VIDA GRUPO DEUDORES, póliza que se insiste, respetó las condiciones de asegurabilidad pactadas entre deudor(es), originador del crédito y la primera aseguradora con la cual el **Fideicomiso** como originador tomó la póliza, como lo fue, la compañía **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Es por lo mencionado, que no procede endilgar responsabilidad a **COLTEFINANCIERA**, la cual no incumplió con el deber de información y debida diligencia para con los deudores, por lo que tiene mérito de prosperar la excepción propuesta en su momento procesal por este extremo pasivo

denominado “**Cumplimiento de Obligaciones Posteriores a la Venta de Cartera**” y ser revocada la sentencia en la parte de condena contra **COLTEFINANCIERA**.

SEGUNDO: Extinción de las obligaciones crediticias en favor del Consumidor Financiero.

Es clara nuestra legislación civil y comercial, en cuanto a establecer los modos de extinguir las obligaciones y en tal sentido, basta con mirar lo contemplado en el Art. 1625 del C. Civil, al señalar los modos de extinguir las obligaciones, al igual que los artículos 873 y siguientes del C. de Ccio, al señalar los términos relacionados al pago, no siendo en lo referente al asunto para ambas legislaciones una enunciación taxativa; pero, frente a lo anterior, el fallador de primera instancia (Delegatura), en su decisión del pasado 8 de noviembre de 2019 ha creado un nuevo modo de extinguir las obligaciones, cual es, el del “pago de la obligación por falta de información al consumidor financiero”. Basta consultar la normatividad sobre el asunto y específicamente en lo referente a la toma de pólizas de seguros que guarden relación con créditos otorgados al consumidor financiero, para establecer la inexistencia de una norma que establezca, que ante la ausencia de información a este (consumidor financiero), opere ipso facto, la extinción de la obligación de pagar el crédito contraído. En este punto, qué oportuno resulta recordar que las sanciones deben estar consagradas en norma expresa, fundamento este que brilla por su ausencia en el fallo impugnado.

Para el caso que nos ocupa, nos encontramos ante el evento, que el señor **JULIO CESAR MEDINA CARTAGENA**, que además se desempeña como abogado; esto es, como un profesional del derecho, contrajo un crédito en forma conjunta con su hermano **MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA** (QEPD) por la suma de \$67.770.000; crédito que conllevaba el tomar un seguro de VIDA GRUPO DEUDORES; seguro, que en el momento de originarse el crédito, tuvo como tomador a **Fideicomiso Expocredit Taxis** y como asegurados a los señores **JULIO CESAR y MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA**, siendo el asegurador, **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**

Durante la vigencia del crédito a favor de **Fideicomiso Expocredit Taxis**, otorgado a los señores en mención, la compañía de seguros **CHUBB DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.** fue cambiada y para el efecto, el seguro de VIDA GRUPO DEUDORES fue tomado por **Fideicomiso Expocredit Taxis**, con la compañía **PANAMERICAN LIFE DE COLOMBIA COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A.**, no siendo este cambio informado a los deudores, en la medida en que no modificó ni desmejoró las condiciones de asegurabilidad de los deudores. Posteriormente, con la adquisición

de la cartera por parte de **COLTEFINANCIERA**, en su calidad de nuevo acreedor, contrató el seguro de VIDA GRUPO DEUDORES como tomador, con la compañía **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**

Acontecido el trágico fallecimiento del señor **MAURICIO DE JESÚS MEDINA CARTAGENA** el 30 de mayo de 2017, comienza el indelicado actuar del demandante, **JULIO CESAR MEDINA CARTAGENA**, quien habilidosamente y en postura de víctima, pese a que en el proceso se demostró hasta la saciedad, que había contraído un crédito con su fallecido hermano por la suma de \$67.770.000 con **Fideicomiso Expocredit Taxis**, el cual se encontraba asegurado por mitades, cincuenta por ciento (50%) para cada uno, argumentó hasta el cansancio, que desconocía los términos de las pólizas, que nadie le había explicado, ni asesorado nada, que no tenía soportes de nada; pero, de lo mucho que desconocía, siempre dejó entrever en la demanda con su redacción y anexos y en su condición de abogado, que sí sabía qué era lo que quería: “NO PAGAR” y efectivamente, logró su cometido, al encontrar un juzgador, que en su plan de legislador, creó un nuevo modo de extinguir obligaciones denominado: “**Pago de la obligación por falta de información al consumidor financiero**”; nuevo modo de pago de las obligaciones que presenta una condición especial y es, que opera siempre y cuando el “presunto” transgresor de la norma, debe ser una entidad vigilada por la Superintendencia Financiera, por lo que el obrar omisivo de cualquier otro actor que no tenga esta condición, está llamado a quedar incólume, como si su actuar estuviera bajo el amparo de la ley, como lo fue el obrar de **Fideicomiso Expocredit Taxis**, por no tener la connotación de ser vigilado por la Superintendencia Financiera.

Grave para el sector financiero Colombiano tal postura, máxime cuando los recursos que fondean la operación de los establecimientos de crédito, provienen del público. Tan radical posición en el fallo que se recurre, genera un peligroso precedente para nuevos eventos similares, en los cuales la más mínima omisión (que no ocurrió en el presente caso), la cual puede ser propiciada por el mismo deudor, da al traste con la recuperación del crédito, resultando premiado así el mal pagador. Es lamentable y peligroso, que la burla a la normatividad pueda hacer carrera en un país que pondera el actuar ventajoso. Veremos pues, a todos los codeudores con deudores fallecidos, a los que no les fue notificado cualquier tipo de información, como lo fue en este caso, el cambio de aseguradora, así esta no implique desmejoramiento en las condiciones para él (deudor), viendo como sus créditos, que se originaron o fueron comprados con dineros del público, quedan extinguidos, como consecuencia de dicha falta de información; a todas estas, al extinguirse la obligación con ocasión del fallo que se recurre, se concluye, que se transgredió el principio de legalidad, ya que en ninguna

norma se establece, que la falta al deber de información tiene como sanción o consecuencia el que el deudor queda liberado de sus obligaciones crediticias.

Es así, como si en gracia de no discutir acerca de la exoneración por parte de **COLTEFINANCIERA**, y que se concluyera que si faltó a su deber de información (situación que no aceptamos tal como se describió en la primera parte de esta sustentación), una falla al momento de brindar información al consumidor financiero con respecto al cambio de aseguradora (situación que se insiste, no derivó en un cambio en las condiciones de la póliza con respecto al deudor asegurado), el efecto, consecuencia o sanción en la condena no era el de dar por cancelada la obligación o como sucedió en este caso, cancelar la obligación vía pago a favor del actual acreedor **CONSOLIDA S.A.S.**, ya que esta situación implica, no solo vulnerar el principio de legalidad en cuanto a hecho – sanción; sino, quebrantar la solidaridad de la obligación en sí, ya que el señor Julio Cesar Medina Cartagena se obligó, al igual que su hermano Mauricio de Jesús (QEPD), al pago de la totalidad de la obligación, y el hecho de una falla en la información acerca del cambio de la aseguradora, si es que esta sigue siendo la conclusión en segunda instancia, no puede tener como efecto la extinción de la obligación. Tenemos aquí con esta decisión, la supremacía del deber de información sobre la voluntad al momento de contraer obligaciones, en este caso crediticias, las cuales se dan por canceladas injustificadamente, porque el originador de la cartera (**Fideicomiso Expocredit Taxis**) no acreditó dentro del presente proceso, que fue claro con el demandante en cuanto a la información sobre la cobertura asegurada de su crédito y por el hecho de que se le endilga a **COLTEFINANCIERA**, que debió haber notificado a los deudores el cambio de aseguradora, así permanecieran las condiciones para los asegurados. Tenemos aquí el escenario, de un deudor sobreviviente (Julio Cesar Medina Cartagena), que contrajo una deuda conjunta con Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD) por la suma de **\$67.770.000**, que quedaría con la propiedad del 50% del vehículo objeto de garantía ya liberada, producto de no habersele notificado un cambio la aseguradora, lo que no le generó cambios en nada a las condiciones para el pago de las cuotas de su crédito, ni cambios en cuanto a la póliza -seguro de VIDA GRUPO DEUDORES-; ¡Excelente Negocio¡.

Es por lo mencionado, que debe ser revocada la sentencia en la parte de condena contra **COLTEFINANCIERA**, por no proceder la cancelación del crédito por parte de **COLTEFINANCIERA** al actual acreedor (**CONSOLIDA S.A.S.**) y por consiguiente, no procede la expedición del paz y salvo.

TERCERO: Falta de relación directa o relación de causalidad entre la supuesta infracción al deber de información y el perjuicio patrimonial el cual tampoco se configuró

En su fallo, la Delegatura expuso acerca de la configuración de un detrimento o perjuicio en la persona del deudor demandante, **Julio Cesar Medina Cartagena**, manifestando que, este había sufrido un daño patrimonial como consecuencia de no haber tenido la información debida por parte de **COLTEFINANCIERA**, una vez el establecimiento de crédito tomó el seguro con la aseguradora **GLOBAL SEGUROS DE VIDA S.A.**

Sin perjuicio de la mención expuesta acerca de la ausencia de responsabilidad de **COLTEFINANCIERA**, me referiré al supuesto “perjuicio patrimonial” sufrido por el deudor demandante; perjuicio que según el fallo apelado se hubiera podido evitar si **COLTEFINANCIERA** le hubiera notificado acerca del cambio de aseguradora (así la póliza tuviera cláusula de continuidad) al señor **Julio Cesar Medina Cartagena**, desde que el establecimiento de crédito tomó la póliza de VIDA GRUPO DEUDORES para sus clientes; deudores de créditos de vehículos de cartera cedida de otros originadores.

Lo que es claro en este proceso, es que no se logró probar por parte del **Fideicomiso Expocredit Taxis**, cuál fue la asesoría que le brindaron al señor **Julio Cesar Medina Cartagena**, con respecto a “su” póliza; pero, no fue objeto de debate la asesoría con respecto al señor **Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD)**, que es el seguro que en últimas se pagó, el que proviene y tiene su fundamento en el aseguramiento del deudor fallecido y no el del deudor sobreviviente. Es así como el señor **Julio Cesar Medina Cartagena**, reclama una falta de asesoría, pero con respecto a la toma de una decisión para su póliza, que en modo alguno tiene que ver con la decisión de cómo está asegurado el deudor fallecido, **Mauricio de Jesús Medina Cartagena**, por cuanto en lo que a este corresponde, con el pago del siniestro, quedó satisfecho. No quedó probado en este proceso la asesoría que recibió o dejó de recibir el otro deudor, el señor **Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD)**, y de si estaba enterado del porcentaje de cobertura de su póliza y de la decisión que hubiese tomado, de dejar con las mismas condiciones o ampliar la cobertura del valor de su seguro. Solo conocemos para este caso por lo ya probado en la actuación, la decisión que hubiera tomado el demandante, la cual al parecer hubiese sido de aumentar la cobertura de su seguro al 100% del saldo del crédito.

Pero yéndonos al caso hipotético de que el demandante y deudor, **Julio Cesar Medina Cartagena**, hubiera sido enterado por parte de **COLTEFINANCIERA**, acerca del cambio de aseguradora y este

hubiera decidido ampliar “su” porcentaje de cobertura de pago del seguro de vida, evidenciaríamos simplemente al día de hoy, que tendríamos el mismo resultado reflejado en el pago del crédito; es decir, el pago del 50% del saldo del crédito, ya que el fallecido no fue el deudor demandante. Es así como solo se hubiera podido cancelar completamente el crédito, en el caso de que el otro deudor, el señor **Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD)**, hubiera decidido aumentar la cobertura de su seguro de vida.

Es por lo anterior, que el fallador relaciona la falta de información al consumidor financiero demandante con su daño patrimonial, cuando no hay una relación directa o relación de causalidad entre la supuesta falta de información que haya tenido **COLTEFINANCIERA** para con el demandante, con el suceso del no pago del **100%** del saldo del crédito por parte de la aseguradora, ya que se insiste, la decisión de asegurar por la cobertura del **100%**, era solo del otro deudor ya fallecido. Es así como la única certeza que hubiere podido tener el demandante **Julio Cesar Medina Cartagena**, si hubiere decidido ampliar su cobertura de aseguramiento al pago del **100%** del saldo del crédito, es que ciertamente ante el evento de su propio fallecimiento, el crédito se cancelaría en la totalidad del saldo, pero lo que ocurrió fue el suceso del fallecimiento de su hermano, el otro deudor, por lo que de aceptar el postulado del fallador de primera instancia, se estaría configurando un enriquecimiento sin causa a favor del deudor – demandante, quien aprovecha en este caso el suceso del fallecimiento de su hermano, el otro deudor, para saldar el crédito al que se encuentra obligado al pago, aduciendo falta de asesoría y de notificación, pero para él, con respecto a la falta de asesoría inicial y con respecto a los cambios posteriores de aseguradora, que en todo caso, de haber tenido dicha asesoría y haber escogido ampliar la cobertura de **su seguro**, se hubiera producido el mismo resultado en el pago de la mitad del saldo del crédito.

Conforme a lo anterior, en caso de encontrar algún tipo de infracción al deber de información en el actuar de **COLTEFINANCIERA**, con respecto a sus clientes, en este caso, frente al demandante, está llamada a ser revocada la sentencia en la parte condenatoria a **COLTEFINANCIERA**, por falta de relación de causalidad entre la actuación de falta de información para con este y el daño patrimonial, el cual nunca se verificó.

CUARTO: En cuanto a la declaración de no responsabilidad del Fideicomiso Expocredit Taxis.

El pasado 26 de marzo de 2019, la Delegatura de la Superintendencia Financiera, decidió suspender la audiencia de la que trata el artículo 372 del C.G. del P., entre otras situaciones, con el fin de integrar al contradictorio por pasiva al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, administrado por **Acción**

Sociedad Fiduciaria S.A., debido a que encontró mérito para vincularlo, por ser la actividad fiduciaria vigilada por la Superintendencia Financiera de Colombia, al igual que su vocera, la sociedad Acción Sociedad Fiduciaria S.A..

Al incluirla dentro del contradictorio, la Superintendencia Financiera reconoce que si se llegare a probar alguna responsabilidad por el incumplimiento en sus obligaciones de parte del **Fideicomiso Expocredit Taxis**, que tiene como vocera a la sociedad **Acción Sociedad Fiduciaria S.A.**, que ocasionare un perjuicio al demandante, se tendría que declarar civilmente y contractualmente responsable y condenar a pagar; bien sea de forma autónoma o de forma solidaria con las otras personas declaradas civil y contractualmente responsables a dicho **Fideicomiso**, con cargo a sus bienes.

Ahora bien, en la sentencia proferida en el presente proceso, el **Fideicomiso Expocredit Taxis** no fue declarado civilmente y contractualmente responsable por las siguientes situaciones a las cuales me referiré, con el fin de demostrar, que el **Fideicomiso Expocredit Taxis** tiene mérito para ser declarado civilmente responsable y que se puede tener sobre este la misma valoración que se tuvo para analizar la responsabilidad con respecto a **COLTEFINANCIERA**:

Aduce el A-quo, que los deudores no se encuentran vinculados al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, bien sea como beneficiarios o fideicomitentes y que no son parte relativa en el negocio fiduciario ni tienen relación contractual con la **Fiduciaria**, y agrega, que si bien la negociación es legal, no es un negocio financiero que surja de una entidad vigilada, situación por la cual al **Fideicomiso** no le es aplicable el Régimen de Protección del Consumidor Financiero.

Lo primero es que cuando la Superintendencia Financiera decidió integrar al contradictorio del presente proceso al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, no se detuvo en verificar lo que ya conocía con las pruebas aportadas; esto es, que evidentemente los deudores no hacían parte del contrato de **Fiducia – Fideicomiso Expocredit Taxis**, del cual Acción Sociedad Fiduciaria S.A. es la Fiduciaria y Expocredit Taxis S.A.S. (Hoy Onest Negocios de Capital S.A.S.) es el Fideicomitente y Beneficiario.

Ahora bien, en su momento, cuando la Superintendencia Financiera decidió integrar al contradictorio por pasiva al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, es porque dicho ente vigila la actividad fiduciaria y porque el Patrimonio Autónomo “no se mueve” por intermedio de otro conducto, sino a través de su vocera vigilada por la Superintendencia Financiera, la **fiduciaria**, que en este caso es Acción Sociedad Fiduciaria S.A., así sus bienes (los de la **fiduciaria**) y los del patrimonio autónomo, se

Página 11 de 17

encuentren separados. Es así como, si bien en su momento la Superintendencia Financiera integró con razón al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, por las razones señaladas de competencia, en su escrito de contestación a la demanda, el **Fideicomiso Expocredit Taxis** por intermedio de su apoderada, nombrada por la vocera Acción Sociedad Fiduciaria S.A., en ningún momento excepcionó, que no se tratara de un negocio financiero que surgía de una entidad no vigilada y simplemente centró su defensa vía excepciones, en tratar de demostrar, que si cumplió con sus obligaciones contractuales, que cumplió con su deber de información, y que ya no tenía vínculo contractual con el deudor – demandante, situaciones por las cuales no fue librado de responsabilidad, sino simplemente por lo que al fallador, en esta ocasión concluyó, que no había mérito para declarar responsable al **Fideicomiso** por la misma falta de competencia para ser integrado, que si le reconoció en audiencia del 26 de marzo de 2019 y ya le parece, que al **Fideicomiso Expocredit Taxis**, no le es aplicable el Régimen de Protección del Consumidor Financiero. Pues tal como lo expongo, en cuanto a que la actividad de este sujeto procesal, reconocido como tal por el artículo 53 del Código General del Proceso, es vigilada por la Superintendencia Financiera por intermedio de su vocera la Fiduciaria, si tiene mérito de serle aplicado no solo el régimen de protección del consumidor financiero, sino todo el régimen general de obligaciones contractuales, cual es la competencia en cuanto a la naturaleza u objeto de discusión en este tipo de procesos de Protección del Consumidor.

Conforme lo anterior, quedó demostrado en el proceso, que el **Fideicomiso Expocredit Taxis**, quien fue el originador del crédito y quien tuvo a su cargo la asesoría por intermedio del apoderado que nombró la Fiduciaria, que fue el mismo **Fideicomitente**, la sociedad Expocredit Taxis SAS (Hoy Onest Negocios de Capital S.A.S.), para que los deudores tomaran el crédito y los seguros respectivos, no logró probar lo siguiente:

- Que hubiera brindado la información suficiente con respecto a las condiciones del seguro de VIDA GRUPO DEUDORES, en cuanto a la cobertura de la póliza, en caso de fallecimiento de cualquiera de los deudores, Julio Cesar Medina Cartagena o Mauricio de Jesús Medina Cartagena (QEPD).
- Que en sus políticas de crédito, aportadas al expediente por requerimiento de la Superintendencia Financiera, el 23 de octubre de 2019, por el Fideicomitente Onest Negocios de Capital (antes Expocredit Taxis S.A.S.), no muestra, que para el caso de existir codeudores, se aseguraba en la proporción de cuantos deudores fueran.

En conclusión, la única responsable de la omisión de información a los deudores recae en el **Fideicomiso Expocredit Taxis**, por lo que es pertinente, que sea revocada la sentencia objeto de recurso.

PETICIÓN

Conforme a las razones expuestas, solicito se revoque la sentencia de primera instancia, exonerando a **COLTEFINANCIERA** de cualquier responsabilidad.

Atentamente,



JUAN PABLO FLÓREZ RAMÍREZ
Apoderado Judicial
COLTEFINANCIERA S.A.

c.c. Dr. Julio Cesar Medina Cartagena. Abogado y parte demandante. E-mail: juliocesarmedina2003@yahoo.es

c.c. Dr. Daniel Eduardo Ardila Paez. Apoderado Judicial Acción Sociedad Fiduciaria S.A., actuando en su propio nombre y como vocera del Fideicomiso Expocredit Taxis. E-mail: notijudicial@accion.com.co

c.c. Dr. Ricardo Velez Ochoa. Apoderado Judicial Global Seguros de Vida S.A. E-mails: rvelez@velezgutierrez.com; ljsanchez@velezgutierrez.com

c.c. Dra. Diana Marcela Medina Herrera. Apoderada Judicial Onest Negocios de Capital S.A.S. E-mail: dmedina@onest.co

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación: 2019163694-022-000

Fecha: 2020-08-05 10:36 Sec.día 7522

Anexos: Sí

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 102-REMISION A SEGUNDA INSTANCIA

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario: ATM174634-Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil.

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ - SALA CIVIL

secscribupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

jchaurn@cendoj.ramajudicial.gov.co

Bogotá DC

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-022-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 102 REMISION A SEGUNDA INSTANCIA
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos : E1

En cumplimiento a lo ordenado por la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, **REMITO EL EXPEDIENTE DE LA REFERENCIA VÍA ENLACE one drive https://superfinanciera-my.sharepoint.com/:f:/r/personal/jrcamargo_superfinanciera_gov_co/Documents/2019163694?csf=1&web=1&e=QQaaBM**, debido a su tamaño y al aislamiento preventivo dispuesto por el Gobierno Nacional, a efectos de dar el trámite que a su competencia corresponda.

Lo anterior, teniendo en cuenta el recurso de **QUEJA** interpuesto contra el **AUTO** proferido en audiencia de **15 de julio de 2020 (derivado 021)**.

Adicional al documento, encontrará una **hoja de control -índice-**, donde de manera pormenorizada se encuentra el detalle y descripción de cada archivo digital debidamente enumerado.

Finalmente, me permito indicarle con la prudencia y decoro del caso, que el expediente puede ser consultado en tiempo real a través de internet. Para ello, deberá acceder a la página principal de la Superintendencia Financiera (www.superfinanciera.gov.co), banner consumidor financiero, funciones jurisdiccionales, consulta expediente. Luego, ingrese la identificación del demandante (que encuentra en la hoja de control) y el radicado de esta actuación (10 dígitos), solamente esos dos datos seguidos del *check no soy un robot*.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

De esta manera tendrá acceso completo al presente expediente, procediendo a dar clic en las columnas **principal** (color Vinotinto), y/o **adjuntos** y **anexos**.

En todo caso, frente a cualquier inquietud sobre la apertura del expediente, o para la concesión de permisos frente al mismo (**atendiendo que solo puede concederse acceso a correos electrónicos específicos**), recordamos que esta Secretaría está presta a atender sus requerimientos de manera pronta y eficaz. Los canales de contacto son los siguientes: Teléfono 5940200, extensión 3430, correo jrcamargo@superfinanciera.gov.co

Por favor al desatar el recurso pertinente cite el número de la referencia, así como el número del expediente, con el fin de ubicarlo en el trámite correspondiente.

Cordialmente,



JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Copia a:

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Revisó y aprobó:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

		PROFORMA INTERNA			A-PI-GDC-043
		Hoja de Control			Versión 1.0
Número de Radicación:		2019163694		Identificación Dte: 890984156-1	
Trámite:		506		Nombre: FUNCIONES JURISDICCIONALES	
Derivado	Tipo documental	Número de folios	ANEXOS		
			Nombre	Formato	Tamaño (bytes)
2019163694-000-000	SOLICITUD PRESENTACION	117	DEMANDA BANCOLOMBIA PARA IMPRIMIR NOV 21 DE 20192.doc	.doc	121344
			2019163694-000-0001.pdf	.pdf	1988179
2019163694-001-000	542-DEMANDA PARA CALIFICAR	2			
2019163694-002-000	546-AUTO ADMISORIO VERBAL	3			
2019163694-003-000	REMISION DE INFORMACION	2	2019163694-002-000.pdf	.pdf	168591
2019163694-004-000	71 PRUEBA ENVIÓ/ENTREGA DOCUMENTO	1	2019163694-003-000.pdf	.pdf	685759
2019163694-005-000	551-CITACION (F)	2			
2019163694-006-000	71 PRUEBA ENVIÓ/ENTREGA DOCUMENTO	1			
2019163694-007-000	555-AVISO NOTIFICACION VERBAL	2	2019163694-002-000.pdf	.pdf	168591
			2019163694-000-000.pdf	.pdf	20641618
			2019163694-000-000 (adjunto 2).doc	.doc	121344
			2019163694-000-000 (adjunto 1).pdf	.pdf	1988179
2019163694-008-000	71 PRUEBA ENVIÓ/ENTREGA DOCUMENTO	1			
2019163694-009-000	CONTESTACIÓN DEMANDA	1	RADICACIÓN CONTESTACIÓN Rad No 2019163694.msg	.msg	3419136
2019163694-010-000	578-TRASLADO DE EXCEPCIONES PR VERBAL	1			
2019163694-011-000	553-AL DESPACHO PARA FIJAR FECHA AUDIENCIA	1			
2019163694-012-000	101-AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA	3			
2019163694-013-000	CITACIÓN AUDIENCIA	2	2019163694-012-000.pdf	.pdf	183584
2019163694-014-000	CITACIÓN AUDIENCIA	2	2019163694-012-000.pdf	.pdf	183584
2019163694-015-000	71 PRUEBA ENVIÓ/ENTREGA DOCUMENTO	1			
2019163694-016-000	71 PRUEBA ENVIÓ/ENTREGA DOCUMENTO	1	FW_ Prueba de entrega_ Entregado Documento 2019163694-013-000.msg	.msg	829952
2019163694-017-000	REMISION DE INFORMACION ENTRADA	1	AUDIENCIA VIA TEAMS 15 DE JULIO DE 2020_ RADICADO NO_ 2019163694_.msg	.msg	114688
2019163694-018-000	REMISION DE INFORMACION ENTRADA	1	INFORMACIÓN PARA AUDIENCIA VIRTUAL RADICADO 2019163694.msg	.msg	129536
2019163694-019-000	556-AUTO DESIGNACION	1			
2019163694-020-000	REMISION DE INFORMACION ENTRADA	1	INFORMACIÓN CORREO ELECTRÓNICO TESTIGO PROCESO RADICADO 2019163694.msg	.msg	119808

2019163694-021-000	ACTAS AUDIENCIAS	2	AUDIENCIA EXP. 2019-3755 15-07-2020.mp3	.mp3	6843249
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755 (1).mp4	.mp4	727143654
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755 15-07-2020(1).mp3	.mp3	64894459
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755.mp4	.mp4	78568843
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755 15-07.2020(2).mp3	.mp3	6888149
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755 hash 15-07-2020.txt	.txt	1099
			AUDIENCIA EXP. 2019-3755 (2).mp4	.mp4	78568843

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2019163694-012-000

Fecha: 2020-04-20 17:47 Sec.día2635

Anexos: No

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 101-101-AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA

Remite: 80020-GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Destinatario: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-012-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 101 101-AUTO FIJA FECHA AUDIENCIA
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION

Demandados : BANCOLOMBIA

Vencido el término del traslado de las excepciones de mérito propuestas por el extremo demandado (sobre las cuales no se pronunció la parte demandante) y considerando que la objeción propuesta por **BANCOLOMBIA S.A.** en su contestación cuestiona las razones mismas de la demanda y en cuanto a los intereses, tal juramento es improcedente en los casos de **estimación legal** de los mismos, por lo que no se le dará trámite; por lo que sin que se observen inconsistencias que afecten la validez de lo actuado y con fundamento en lo previsto en artículo 392 del Código General del Proceso, la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia,

RESUELVE

PRIMERO: TENER por contestada la demanda en oportunidad por parte de la entidad demandada.

SEGUNDO: NO DAR TRÁMITE a la objeción al juramento estimatorio propuesta en la contestación de la demanda.

TERCERO: CONVOCAR a las partes y a sus apoderados, para que concurran el día **15 de julio de 2020 a las 2:00 p.m.**, a la celebración de la audiencia inicial prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso. La inasistencia de las partes hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan la demanda o las excepciones, según el caso, tal y como lo dispone el numeral 4º del artículo 372 ibídem.

Se advierte, que en la referida audiencia se intentará la conciliación, de no existir ánimo conciliatorio se practicarán los interrogatorios de partes, se fijará el objeto del litigio, se decretarán y practicarán las pruebas que resulten posibles. Así mismo, de ser posible conforme a lo previsto en el numeral 7º



del artículo 372 del Código General del Proceso se oirán los alegatos de conclusión de las partes y se dictará sentencia y en caso contrario, se fijará fecha para realizar la audiencia de instrucción y juzgamiento de que trata el artículo 373 del Código General del Proceso.

Igualmente, sin perjuicio de las consecuencias probatorias por su inasistencia, en caso de contar con apoderado, la audiencia se llevará a cabo con éste, quien tendrá facultad para confesar, conciliar, transigir, desistir y, en general, para disponer del derecho en litigio. Así mismo, podrá ser sujeto de una multa de cinco (5) salarios mínimos legales mensuales vigentes.

CUARTO: Por secretaría **ENVIAR** a las partes las comunicaciones respectivas, con la advertencia de los efectos de su no comparecencia a la audiencia.

QUINTO: Previo al reconocimiento de la calidad de abogada de **LUZ MARÍA ARBELÁEZ MORENO**, se le requiere para que en la siguiente actuación procesal acredite su derecho de postulación a través de la exhibición de su tarjeta profesional.

Teniendo en cuenta que el expediente es digital, su manejo en audiencia se dará de igual forma, por lo que las partes deberán contar con los medios técnicos para su consulta y ejercicio procesal correspondiente, atendiendo para ello el número del derivado de radicación que contiene la actuación respectiva; el acceso al expediente podrá realizarse a través de la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia www.superfinanciera.gov.co, mediante la siguiente ruta: link Consumidor Financiero - Funciones Jurisdiccionales - Consulta Expediente, para lo cual deberá ingresar el número de cédula y/o NIT de la parte y la radicación asignada al proceso.

De otro lado, en tanto dure la situación de Emergencia Sanitaria decretada por el Gobierno Nacional y en consideración a lo dispuesto en la Resolución 0368 del 1 de abril de 2020 proferida por esta Superintendencia, se recuerda que a las partes, que deberán informar a esta Delegatura, en un término no mayor a tres (3) días de antelación a la celebración de la audiencia su imposibilidad de acceder a la misma mediante medios tecnológicos, para proceder a su reprogramación, al correo electrónico jurisdiccionales@superfinanciera.gov.co. De no existir manifestación en ese sentido se entenderá como aceptada su participación. Así mismo, las partes deberán allegar en el mismo término y al mismo correo, documentos tales como poderes, certificados de existencia y representación entre otros que pretenda la parte exhibir físicamente.

Igualmente, en ese periodo no podrá efectuarse consulta física de los expedientes, por lo que la parte que requiera los que sean objeto de reserva cuya visualización no se pueda observar mediante la página web de la entidad, deberá en el mismo término y al correo enunciados anteriormente solicitarlo indicando los siguientes datos: i) Número de expediente, ii) Numero del derivado donde se encuentre el documento aportado por la contraparte.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



EDUARD JAVIER MORA TELLEZ
80020-COORDINADOR DEL GRUPO DE FUNCIONES JURISDICCIONALES DOS

Copia a:

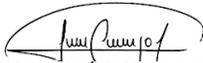
Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.
Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01
www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Mínhacienda

Elaboró:
CLAUDIA MARCELA GOMEZ VASQUEZ
Revisó y aprobó:
EDUARD JAVIER MORA TELLEZ

<p>Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado</p>
<p>La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>21 de abril de 2020</u></p> <p> JEISSON RENÉ CAMARGO ARIZA Secretario</p>



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-013-000

Fecha: 2020-04-21 07:49 Sec.día3679

Anexos: Sí

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::99-CITACIÓN AUDIENCIA

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::890984156-1-CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN LIQUIDACION

Señor (a)

-

CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN LIQUIDACION

Calle 44 No. 79 - 86 Oficina 310

Barrio

cima@cima.com.co

Medellin (ANTIOQUIA)

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-013-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 99 CITACIÓN AUDIENCIA
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos : Radicados: 2019163694-012-000 E1

Saludo Cordial,

De manera atenta me dirijo a usted con el fin de comunicarle que la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en ejercicio de las funciones jurisdiccionales a su cargo, mediante decisión que se adjunta, dispuso señalar fecha y hora para celebrar la audiencia prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso en caso de que su proceso sea de MAYOR o MENOR CUANTIA, o a la que refiere el artículo 392 del mismo Código, si se trata de MINIMA CUANTÍA.

Así mismo, se comunica que deberá aportar dentro del término señalado, de haber sido requerido para tal efecto, los documentos solicitados en la citada providencia, del cual se adjunta copia.

No sobra señalar que de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 372 del Código General del Proceso, la inasistencia a la misma hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones según el caso.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

De otra parte, le informo que usted cuenta con la posibilidad de asistir a la audiencia anteriormente señalada a través de los medios tecnológicos que permitan la realización virtual de la misma, para lo cual deberá comunicarse con esta Delegatura, el día anterior a la fecha de la diligencia a efectos de coordinar lo pertinente.

Por favor siga las instrucciones indicadas en el Auto adjunto en relación con, entre otras, la información sobre la audiencia a realizar, para lo cual se recuerda que el canal de contacto frente a alguna duda o inquietud es el correo electrónico jurisdiccionales@superfinanciera.gov.co.

Sin perjuicio de esta comunicación, se publica a través de estado, medio procesal de notificación a las partes dentro del proceso de las providencias que se profieran, en la Secretaría de esta Delegatura, y que podrá consultar en la página web de la entidad www.superfinanciera.gov.co a través del link consumidor financiero. Igualmente podrá consultar a modo informativo el desarrollo de los procesos jurisdiccionales adelantados en la superintendencia, así como de la información relacionada con nuestras funciones.

Cordialmente,

SECRETARIO FUNCIONES JURISDICCIONALES

LUCHO 506

80002.SECRETARIO DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-014-000

Fecha: 2020-04-21 07:50 Sec.día3681

Anexos: Sí

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::99-CITACIÓN AUDIENCIA

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::1 - 7-BANCOLOMBIA

Señor (a)

JUAN CARLOS MORA URIBE

Presidente

BANCOLOMBIA

Carrera 48 No.26-85 Avenida los Industriales.

Barrio

Medellin (ANTIOQUIA)

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-014-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 99 CITACIÓN AUDIENCIA
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos : Radicados: 2019163694-012-000 E1

Saludo Cordial,

De manera atenta me dirijo a usted con el fin de comunicarle que la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en ejercicio de las funciones jurisdiccionales a su cargo, mediante decisión que se adjunta, dispuso señalar fecha y hora para celebrar la audiencia prevista en el artículo 372 del Código General del Proceso en caso de que su proceso sea de MAYOR o MENOR CUANTIA, o a la que refiere el artículo 392 del mismo Código, si se trata de MINIMA CUANTÍA.

Así mismo, se comunica que deberá aportar dentro del término señalado, de haber sido requerido para tal efecto, los documentos solicitados en la citada providencia, del cual se adjunta copia.

No sobra señalar que de conformidad con lo establecido en el numeral 4º del artículo 372 del Código General del Proceso, la inasistencia a la misma hará presumir ciertos los hechos susceptibles de confesión en que se fundan las pretensiones o las excepciones según el caso.



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

De otra parte, le informo que usted cuenta con la posibilidad de asistir a la audiencia anteriormente señalada a través de los medios tecnológicos que permitan la realización virtual de la misma, para lo cual deberá comunicarse con esta Delegatura, el día anterior a la fecha de la diligencia a efectos de coordinar lo pertinente.

Por favor siga las instrucciones indicadas en el Auto adjunto en relación con, entre otras, la información sobre la audiencia a realizar, para lo cual se recuerda que el canal de contacto frente a alguna duda o inquietud es el correo electrónico jurisdiccionales@superfinanciera.gov.co.

Sin perjuicio de esta comunicación, se publica a través de estado, medio procesal de notificación a las partes dentro del proceso de las providencias que se profieran, en la Secretaría de esta Delegatura, y que podrá consultar en la página web de la entidad www.superfinanciera.gov.co a través del link consumidor financiero. Igualmente podrá consultar a modo informativo el desarrollo de los procesos jurisdiccionales adelantados en la superintendencia, así como de la información relacionada con nuestras funciones.

Cordialmente,

SECRETARIO FUNCIONES JURISDICCIONALES

LUCHO 506

80002.SECRETARIO DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES
Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Acuse de Recibo

Fecha Radicación Acuse de Recibo: 21/04/2020

No Radicado de requerimiento: 2019163694-014-000

Solicitud:

Codigo: 001-7 Remitente: BANCOLOMBIA S.A. podrá girar también con la denominación social Banco de Colombia S.A., pudiendo identificar sus establecimientos de comercio, productos y servicios, con el nombre comercial de BANCOLOMBIA

Fecha Radicación Requerimiento: 21/04/2020

REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación: 2019163694-019-000

Fecha: 2020-07-10 18:31 Sec.día 13732

Anexos: No

Trámite: 506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc: 556-556-AUTO DESIGNACION

Remite: 80020-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Destinatario: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR -ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DE LA LEY 1564 DE 2012-

Número de Radicación : 2019163694-019-000
Trámite : FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 556-AUTO DESIGNACION
Expediente : 2019-3755
Anexos :

Atendiendo lo señalado en el artículo 24 de la Ley 1564 de 2012, en concordancia con lo dispuesto en las resoluciones adoptadas por esta Superintendencia de acuerdo con su estructura interna, los Asesores 1020-15 de la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales tienen como función a su cargo la práctica y la dirección de audiencias y de diligencias, pudiendo adelantar todas las actuaciones procesales y proferir las diferentes providencias que se requieran para el adelantamiento de los procesos, el Delegado para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia,

DESIGNA al Asesor 1020-15 de la Delegatura **EDUARD JAVIER MORA TELLEZ** para adelantar la audiencia programada dentro del proceso de la referencia, incluyendo la decisión definitiva.

CÚMPLASE,

ALVARO EDUARDO ATENCIA MARTINEZ

Copia a:

Elaboró:

LILIANA MARCELA MONROY GONZALEZ

Revisó y aprobó:

ALVARO EDUARDO ATENCIA MARTINEZ

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-001-000

Fecha: 2019-11-27 13:47 Sec.día1151

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::542-DEMANDA PARA CALIFICAR

Remitente: 80001-Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

INFORME SECRETARIAL

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

PARA: Doctor (a)
80000-Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales

DE: Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Número de Radicación : 2019163694-001-000
Trámite : FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : DEMANDA PARA CALIFICAR
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos :

Al despacho la demanda de la referencia, en la que el demandante solicita se declare la responsabilidad de la entidad demandada.

Cordialmente,

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales (E)

Copia a:

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Revisó y aprobó:
JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



REPÚBLICA DE COLOMBIA
SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA
DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES



Radicación:2019163694-002-000

Fecha: 2019-12-05 18:02 Sec.día4546

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::546-546-AUTO ADMISORIO VERBAL

Remite: 80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES
JURISDICCIONALES

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-002-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 546 546-AUTO ADMISORIO VERBAL
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION

Demandados : BANCOLOMBIA

Como quiera que la demanda de la referencia, reúne los requisitos generales y especiales previstos en la ley, esta Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia,

RESUELVE:

PRIMERO: ADMITIR la presente demanda de **ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR de MAYOR CUANTÍA.**

SEGUNDO: En consecuencia, imprímasele el trámite del proceso **VERBAL**, tal como lo dispone el párrafo 3° del artículo 390 del código General del Proceso.

TERCERO: NOTIFICAR en la forma establecida en los artículos 290 a 292 del Código General del Proceso.

CUARTO: CORRER traslado de la demanda y sus anexos a la parte demandada por el término legal de veinte (20) días siguientes a la notificación de este auto, para que conteste la demanda.

QUINTO: REQUERIR a la parte demandada para que allegue con la contestación de la demanda, los documentos relacionados con este litigio, los que hayan sido solicitados por la parte actora con

la presentación de la demanda y los demás que estén en su poder, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 90 del Código General del Proceso.

SEXTO: Previo a **RECONOCER** personería al apoderado de la parte demandante se requerirá al abogado **JORGE ENRIQUE JIMENEZ FERNÁNDEZ**, para que en la siguiente actuación acredite su derecho de postulación a través de la exhibición de su tarjeta profesional.

Finalmente, se pone de presente a las partes que el acceso al expediente será de manera digital a través de la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia www.superfinanciera.gov.co, mediante la siguiente ruta: link Consumidor Financiero - Funciones Jurisdiccionales - Consulta Expediente, para lo cual deberá ingresar los datos de su conocimiento allí requeridos (identificación del accionante y número de radicación del expediente), de esta manera podrá conocer desde cualquier lugar, el estado o etapa en la que se encuentra su acción de protección al consumidor y estará a su disposición las 24 horas del día en Internet. Los documentos sujetos a reserva podrán ser consultados, personalmente, en la Secretaría de esta Delegatura, previas las gestiones administrativas pertinentes.

Las inquietudes relacionadas con el acceso del expediente por internet podrán ser atendidas vía telefónica al número 5940200 de la ciudad de Bogotá o al correo electrónico inquietudexpdigital@superfinanciera.gov.co, para cual deberá tener presente que no se tramitarán solicitudes diferentes a estas en dicho correo. Todo documento con destino al proceso deber ser radicado personalmente en la oficinas de la Superintendencia Financiera o través de mensaje de datos dirigido al correo super@superfinanciera.gov.co y si es proveniente de Entidad Vigilada alguna, por SIRI.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,



ALVARO EDUARDO ATENCIA MARTINEZ

80000-Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales

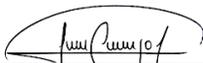
Copia a:

Elaboró:

DALIA INES LOPEZ FARFAN

Revisó y aprobó:

--EDUARD JAVIER MORA TELLEZ

Superintendencia Financiera de Colombia DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES Notificación por Estado
La providencia anterior se notificó por anotación en estado fijado Hoy <u>6 de diciembre de 2019</u>




JEISSON RENÉ CAMARGO ARIZA
Secretario



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-003-000

Fecha: 2019-12-06 13:38 Sec.día1162

Anexos: Sí

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::31-REMISION DE INFORMACION

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::890984156-1-CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN LIQUIDACION

Señor (a)

-

CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN LIQUIDACION
Calle 44 No. 79 - 86 Oficina 310

cima@cima.com.co
Medellin (ANTIOQUIA)

Número de Radicación : 2019163694-003-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 31 REMISION DE INFORMACION
Expediente : 2019-3755
Anexos : Radicados: 2019163694-002-000 E1

REFERENCIA: Acción: Protección del Consumidor Financiero. Ley 1480 de 2011

CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA CIMA EN
LIQUIDACION

Vs

BANCOLOMBIA

Saludo Cordial,

De manera atenta me dirijo a usted con el fin de comunicarle que la Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia en ejercicio de las funciones jurisdiccionales a su cargo, mediante decisión que se adjunta, decidió admitir la demanda por usted presentada.

Tenga en cuenta que la notificación a que refiere la mencionada determinación y de que tratan los artículos 291 y 292 del Código General del Proceso con destino a la (s) entidad (es) demandada (s), **será realizada de manera directa** por esta Dependencia, siendo su obligación estar consultando dichas actuaciones procesales y las que de manera subsiguiente se surtan en el trámite, como lo es, eventualmente, la contestación a la demanda y el traslado de la misma.

Le invitamos a que consulte y haga seguimiento de su expediente, a través de la página web de la Superintendencia Financiera de Colombia www.superfinanciera.gov.co, mediante la siguiente



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

ruta: link Consumidor Financiero - Funciones Jurisdiccionales - Consulta Expediente, para lo cual deberá ingresar el número de cédula y/o NIT de la parte y la radicación asignada al proceso.

Cordialmente,

SECRETARIO FUNCIONES JURISDICCIONALES

80002.SECRETARIO DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-005-000

Fecha: 2019-12-13 10:37 Sec.día505

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::551-551-CITACION (F)

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::1-7-BANCOLOMBIA

Señor

JUAN CARLOS MORA URIBE

Presidente

BANCOLOMBIA

Carrera 48 No.26-85 Avenida los Industriales.

Medellin (ANTIOQUIA)

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-005-000
Trámite : FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 551-CITACION (F)
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos :

Cordial Saludo:

La Delegatura para Funciones Jurisdiccionales de la Superintendencia Financiera de Colombia, mediante auto de 05 de diciembre del 2019, y en virtud de las facultades otorgadas por las Leyes 1480 de 2011 y 1564 de 2012, dispuso ADMITIR la acción de protección al consumidor financiero del asunto.

En consecuencia, de conformidad con el artículo 291 del Código General del Proceso, sírvase comparecer en el término de diez (10) días, siguientes al recibo de este citatorio, a la Secretaría de esta Dependencia para recibir notificación personal de la decisión mencionada.

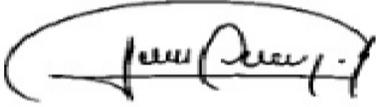
De otra parte, le informo que con la contestación de la demanda deberá allegar copia de los contratos materia de litigio y demás documentos relacionados que estén en su poder, de conformidad con lo ordenado en el auto admisorio



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Por favor, al contestar cite el número de radicado asignado por la Superintendencia y el número de referencia del proceso, para poder incluirlo en el contenido del expediente.

Cordialmente,



JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Copia a:

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Revisó y aprobó:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Acuse de Recibo

Fecha Radicación Acuse de Recibo: 13/12/2019

No Radicado de requerimiento: 2019163694-005-000

Solicitud:

Codigo: 001-7 Remitente: BANCOLOMBIA S.A. podrá girar también con la denominación social Banco de Colombia S.A., pudiendo identificar sus establecimientos de comercio, productos y servicios, con el nombre comercial de BANCOLOMBIA

Fecha Radicación Requerimiento: 13/12/2019

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-007-000

Fecha: 2020-01-14 17:02 Sec.día743

Anexos: Sí

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::555-555-AVISO NOTIFICACION VERBAL

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::1-7-BANCOLOMBIA

Señor

JUAN CARLOS MORA URIBE

Presidente Bancolombia

Carrera 48 No.26-85 Avenida los Industriales de Medellín (Antioquia)

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-007-000
Trámite : FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 555-AVISO NOTIFICACION VERBAL
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos : 2019163694-000-000, 2019163694-002-000

Cordial saludo:

De conformidad con el artículo 292 del Código General del Proceso y teniendo en cuenta su no comparecencia a recibir notificación personal, me permito notificarle el AUTO ADMISORIO de fecha 5 de diciembre de 2019, proferido dentro de la acción de protección al consumidor financiero de la referencia y dispuesto bajo las facultades otorgadas por las Leyes 1480 de 2011 y 1564 de 2012.

Tenga en cuenta que esta notificación por aviso se considerará surtida al finalizar el día siguiente de su entrega.

Para los fines procesales de rigor, acompaño copia informal del auto admisorio referido.

Cordialmente,

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Copia a:

Calle 7 No. 4 - 49 Bogotá D.C.

Conmutador: (571) 5 94 02 00 – 5 94 02 01

www.superfinanciera.gov.co



El emprendimiento
es de todos

Minhacienda

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Revisó y aprobó:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA

Acuse de Recibo

Fecha Radicación Acuse de Recibo: 14/01/2020

No Radicado de requerimiento: 2019163694-007-000

Solicitud:

Codigo: 001-7 Remitente: BANCOLOMBIA S.A. podrá girar también con la denominación social Banco de Colombia S.A., pudiendo identificar sus establecimientos de comercio, productos y servicios, con el nombre comercial de BANCOLOMBIA

Fecha Radicación Requerimiento: 14/01/2020

SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-010-000

Fecha: 2020-02-20 15:01 Sec.día3510

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::578-578-TRASLADO DE EXCEPCIONES PR VERBAL

Remitente: 80001-Secretaría Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

TRASLADO

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

Número de Radicación : 2019163694-010-000
Trámite : FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 578-TRASLADO DE EXCEPCIONES PR VERBAL
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos :

De las excepciones formuladas por la parte demandada, en la fecha se da traslado mediante fijación en lista, por el término de cinco (5) días (CGP, art. 370).

Cordialmente,

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Copia a:

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Revisó y aprobó:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



SUPERINTENDENCIA FINANCIERA DE COLOMBIA



Radicación:2019163694-011-000

Fecha: 2020-03-06 18:07 Sec.día2561

Anexos: No

Trámite::506-FUNCIONES JURISDICCIONALES

Tipo doc::553-553-AL DESPACHO PARA FIJAR FECHA AUDIENCIA

Remite: 80001-Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Destinatario::80000-80000-DELEGATURA PARA FUNCIONES JURISDICCIONALES

INFORME SECRETARIAL

Referencia: ACCIÓN DE PROTECCIÓN AL CONSUMIDOR – ARTÍCULOS 57 y 58 DE LA LEY 1480 DE 2011 Y ARTÍCULO 24 DEL CÓDIGO GENERAL DEL PROCESO-.

PARA: Doctor (a) ALVARO EDUARDO ATENCIA MARTINEZ
80000-Superintendente Delegado para Funciones Jurisdiccionales

DE: Secretaria Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Número de Radicación : 2019163694-011-000
Trámite : 506 FUNCIONES JURISDICCIONALES
Actividad : 553 553-AL DESPACHO PARA FIJAR FECHA AUDIENCIA
Expediente : 2019-3755
Demandante : CENTRO DE INVESTIGACIONES MEDICAS DE ANTIOQUIA
CIMA EN LIQUIDACION
Demandados : BANCOLOMBIA
Anexos :

Al Despacho el expediente de la referencia una vez vencido el término de traslado de excepciones, en silencio.

Cordialmente,

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA
Secretario Delegatura para Funciones Jurisdiccionales

Copia a:

Elaboró:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA

Revisó y aprobó:

JEISSON RENE CAMARGO ARIZA



Señor Doctor

JULIAN SOSA ROMERO

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ – SALA CIVIL

Magistrado Ponente

E.

S.

D.

RADICACIÓN: 110013103 008 2012 00176 01

DEMANDANTE: ISESCO COMUNICACIONES LTDA

DEMANDADO: COMCEL S.A.

ASUNTOS: Sustentación del Recurso de Apelación en contra de la Sentencia
INC. 2 ART. 14 Decreto Legislativo 806 de 2020

CAMILO ALBERTO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 de Bogotá, portador de la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando, según poder obrante en el expediente, en mi condición de abogado inscrito de la sociedad ZEAbogados Dos S.A.S, sociedad que tiene por objeto la prestación de servicios jurídicos, domiciliada en Bogotá D.C. e identificada tributariamente con el NIT 900.383.199-4, a la cual fue conferido poder especial amplio y suficiente por la demandante ISESCO COMUNICACIONES LTDA (en adelante "ISESCO"), con fundamento en el INC. 2 del ART. 14 del Decreto Legislativo 806 de 2020 y en cumplimiento del auto dictado dentro del proceso de la referencia el 28 de julio de 2020, notificado por estado del 29 de julio de 2020, a través del presente memorial, dentro del término legal, son sustentados de forma escrita, los reparos concretos formulados en el recurso de apelación interpuesto por ISESCO (en adelante la "Apelación") en contra de la Sentencia dictada por el Juez 23 Civil del Circuito de Bogotá (en adelante el "A quo") el 23 de abril de 2019 (en adelante la "Sentencia"), que definió las controversias de ISESCO y COMCEL S.A. (en adelante "COMCEL") en relación con los Contratos de Voz, Datos y Blackberry suscritos entre las partes (en adelante denominados en **conjunto** como el "CONTRATO SUB IÚDICE").

La sustentación de los diferentes reparos formulados en la Apelación se organizó de tal forma que su orden permitiese la mayor claridad, precisión y pertinencia metodológica, independientemente de la organización que los mismos tuvieron en la Apelación. La extensión de la sustentación es la suficiente y necesaria teniendo en cuenta la diversidad de reparos y la complejidad de los problemas jurídicos tratados.

A. SUSTENTACIÓN DEL PRIMER REPARO

El A quo desestimó, obvió y desatendió 28 providencias arbitrales y judiciales que han declarado como de Agencia Comercial el modelo de contrato de COMCEL con su red de agentes distribuidores

RESUMEN DEL PRIMER REPARO

La Apelación reparó que la Sentencia, sin mayores fundamentos, no analizó ni tuvo en cuenta los diferentes pronunciamientos arbitrales y judiciales precedentes por medio de los cuales la Justicia decidió que los contratos suscritos por COMCEL con su red de agentes distribuidores, se identifican, en cuanto a su naturaleza jurídica, como típicos y nominados contratos de agencia comercial:

Considera el apelante que cometió el Juez una omisión significativa para las **resultas del proceso al omitir analizar los laudos arbitrales relacionados como jurisprudencia arbitral dentro del hecho quince de la demanda, toda vez que tales casos puestos en conocimiento del fallador y que se resolvieron por medio de laudos con rica argumentación normativa y jurídica, además de coincidir en su extensa mayoría con circunstancias fácticas idénticas a la discutida dentro del proceso de marras, permiten acudir a suficientes elementos para proferir un fallo que considere, como debió hacerse, la existencia de un abuso de posición dominante contractual por parte de COMCEL S.A. contra ISESCO LTDA., siendo entonces una indebida apreciación por omisión de los elementos de prueba aportados por la accionante.**

(Página 10 de la Apelación)

Tal y como se probará en la siguiente sustentación de este primer reparo, las providencias arbitrales y judiciales dictadas en 28 procesos precedentes que definieron las diferencias de COMCEL con su red de agentes distribuidores, aunque ciertamente, tal como lo señala el A quo corresponden a relaciones contractuales diferentes a la sub iúdice, tal y como quedó probado en el presente proceso:

- (i) Son decisiones que analizaron y decidieron los mismos problemas jurídicos que atañen al presente proceso, respecto del mismo NEGOCIO, a saber, el negocio de COMCEL y el modelo contractual utilizado por esta compañía para regular sus relaciones contractuales con los miembros de su red de agentes distribuidores.

- (ii) Son decisiones que el A quo, sin extralimitarse del ámbito estricto de la relación contractual sub iúdice entre ISESCO y COMCEL, debió analizar y tener en cuenta como elementos de juicio relevantes para dictar la Sentencia.

SUSTENTACIÓN DEL PRIMER REPARO

1. Es cierto que el proceso y la relación contractual de ISESCO y COMCEL es diferente a las relaciones definidas en los 28 procesos arbitrales y judiciales que definieron las controversias de otros miembros de la red de agentes distribuidores con COMCEL. No se pide a la autoridad judicial que lo decidido en esos 28 procesos precedentes se aplique de forma automática y *per se* a la presente controversia, porque, ciertamente la relación contractual de ISESCO y COMCEL es individual y particular. Se solicita, con fundamento y razón, revisar, analizar y tener presentes como criterios y elementos de juicio para definir el proceso individual y particular de ISESCO, lo examinado, estudiado, concluido y decidido jurídicamente en los mencionados 28 laudos y sentencias judiciales precedentes, porque todos esos procesos, según está probado en el presente proceso (con los textos de las respectivas providencias) guardan las siguientes **igualdades** con el presente:
 - a) La parte demandante fue algún empresario y miembro de la red de agentes distribuidores de COMCEL.
 - b) La parte demandada fue COMCEL.
 - c) El problema jurídico principal de todos los estos procesos consistió en definir la naturaleza jurídica del modelo contractual utilizado por COMCEL para regular sus relaciones con los miembros de su red de agentes distribuidores, determinando si el mismo fue un contrato típico y nominado de agencia comercial o un atípico contrato de distribución.
 - d) En todos los procesos, se concluyó que el modelo contractual utilizado por COMCEL con cada uno de los miembros de su red de agentes distribuidores es un modelo de contrato redactado y extendido por COMCEL, al cual se adhieren los empresarios interesados en hacer parte de dicha red de de COMCEL.

- e) En todos esos 28 procesos precedentes, sin excepción, los Tribunales de Arbitramento o Tribunales Superiores competentes, decidieron que el modelo contractual utilizado por COMCEL con su red de agentes distribuidores se identifica, en su naturaleza jurídica como un contrato de agencia comercial.
2. Las providencias arbitrales y judiciales dictadas en los mencionados 30 procesos, en las cuales se decidió consistentemente que el modelo contractual utilizado por COMCEL para regular su relación con los miembros de su red de agentes distribuidores, se identifica como un contrato típico y nominado de agencia comercial, son decisiones que se han dictado durante el curso de más de 15 años, con la intervención, como autoridades, de los magistrados del Tribunal Superior de Bogotá y de Cali y, en la justicia arbitral, de varios de los más prestigiosos juristas especializados en materia de derecho comercial, a saber, FERNANDO HINESTROSA (Q.E.P.D.), CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOOS, HUMBERTO DE LA CALLE LOMBANA, WEINER ARIZA, JUAN PABLO CÁRDENAS, JUAN CARLOS VARÓN PALOMINO, SERGIO RODRÍGUEZ AZUERO, ENRIQUE GAVIRIA, MARCO GERARDO MONROY CABRA, DARIO LAGUADO, CESAR JULIO VALENCIA COPETE, HERNANDO YEPES ARCILA, LISANDRO PEÑA NOSSA, entre otros.

Dentro de las decisiones del Tribunal Superior de Bogotá y el Tribunal Superior de Cali, obrantes en expediente, se resalta de la decisión del Tribunal Superior de Bogotá del 24 de octubre de 2018, dictada en el Proceso de LIVE MÓVIL en contra de COMCEL, por su estudio pormenorizado y concienzudo que llevó incluso **rectificar** lo dicho por ese Tribunal en su sentencia anterior dictada en el proceso de NEOCEL Vs COMCEL, proceso en el cual se declararon no probados por el apoderado de NEOCEL los elementos de la agencia comercial.

En la siguiente Tabla, que reafirma lo dicho hasta este punto, se enuncian las partes, las fechas y las resoluciones pertinentes de los laudos y sentencias que constituyen precedentes para el presente proceso:

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
Confirma fallo de primera instancia. Declara que el Contrato celebrado entre COMCEL S.A. y LIVE MOVIL S.A.S. es un típico contrato de agencia comercial, regulado por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en el que COMCEL S.A. obró como agenciado y LIVE MOVIL S.A.S. como agente comercial.
ORBITA COMUNICACIONES Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, dictada el 29 de abril de 2019 en el proceso 76001310300620130002502
Revoca el fallo de primera instancia: Declarar que el Contrato celebrado entre COMCEL S.A. y ORBITA COMUNICACIONES, es un típico contrato de agencia comercial, regulado por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en el que COMCEL S.A. obró como agenciado y ORBITA COMUNICACIONES como agente comercial.

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
Revoca la decisión de primera instancia: Declarar que el Contrato celebrado entre COMCEL S.A. y EMLASA S.A., es un típico contrato de agencia comercial, regulado por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en el que COMCEL S.A. obró como agenciado y EMLASA S.A. como agente comercial.
COMPañÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL. Febrero 3 de 2020.
QUINTO: Declarar que el Contrato No. 841 de septiembre 8 de 1998, celebrado entre COMCEL S.A. y CELL NET DE OCCIDENTE S.A., es un típico contrato de agencia comercial, regulado por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, en el que COMCEL S.A. obró como agenciado y CELL NET DE OCCIDENTE S.A. como agente comercial.
ÁRBITROS: Gilberto Alzate Ronga, Marcela Castro Ruíz y Carlos Mayorca Escobar.
CELUTEC S.A.S Vs COMCEL. Abril 4 de 2019.
B:3. Pretensión Concluyente. 8.- Declarar que entre COMCEL S.A. como agenciado, y CELUTEC S.A.S. 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 (Pretensión Octava).
ÁRBITROS: Darío Laguado Monsalve, Guillermo Bueno Miranda y Gabriel Pardo Otero.
MELTEC S.A. Vs COMCEL. Febrero 4 de 2016.
CUARTO: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. como agenciado y MELTEC S.A. como agente, se celebraron y ejecutaron dos relaciones jurídico negociales típicas de agencia comercial para promover la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la red de COMCEL y la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada, las cuales estuvieron reguladas por el contrato oriente y el contrato occidente y por los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
ÁRBITROS: Edgardo Alfredo Garzón, Roberto Borrás Polanía y Carolina Silva Rodríguez.
FASE COMUNICACIONES S.A.S. Vs COMCEL. Julio 15 de 2015.
4. Declarar, en consecuencia, que entre COMCEL S.A. como agenciado, y Fase Comunicaciones S.A.S. como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio, con lo cual prospera la pretensión quinta principal.
ÁRBITROS: Martín Gustavo Ibarra, Hernando Tapias Rocha y Cesar Julio Valencia Copete.
SIMTEC S.A. Vs COMCEL. Noviembre 20 de 2014.
Segundo. Declarar que prosperan las pretensiones tercera principal, cuarta principal, quinta principal (...) de la demanda de SISTEMAS INTEGRADOS DE MEDIOS DE TELECOMUNICACIONES S.A. SIMTEC S.A. (PRETENSIÓN QUINTA PRINCIPAL: Declarar, en consecuencia, que entre COMCEL como agenciado, y LA CONVOCANTE como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.)
ÁRBITROS: Luís Helo Kattah, Fernando Santos Silva y Hernando Yepes Arcila.
ALJURE TELECOMUNICACIONES S.A.S. Vs COMCEL. Enero 31 de 2014.
3. Declarar, en consecuencia, que entre COMCEL S.A., como agenciado, y ALJURE TELECOMUNICACIONES S.A., como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
ÁRBITROS: Carlos Darío Barrera, Hernando Galindo Cubides y Felipe Cuberos de las Casas.
CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. Vs COMCEL. Septiembre 6 de 2013.
SEGUNDO. Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y CELLULAR PHONE EXPRESS S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato típico de Agencia Comercial, para promover y ejecutar la venta de los Servicios de Telefonía

Móvil Celular para transmisión de voz de la red de COMCEL y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.
ÁRBITROS: Anne Marie Mürrle Rojas, Jorge Cubides Camacho y Santiago Talero Rueda.
DISTRICEL S.A.S Vs COMCEL. Mayo 17 de 2013.
Séptima: Declarar, en consecuencia, que entre COMCEL como agenciado, y DISTRICEL como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica y nominada de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
ÁRBITROS: Marco Gerardo Monroy Cabra, Manuel Urueta Ayola y Jorge Lara Urbaneja.
LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A.S. Vs COMCEL. Mayo 15 de 2013.
Primero. Declarar que entre OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A., hoy COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., como agenciado y LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A., se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial, para promocionar la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la red de OCCEL S.A., hoy COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. y para la promoción y comercialización de otros productos de la agenciada, en la zona occidental de Colombia.
ÁRBITROS: Andrés Fernández de Soto, Alfonso Ramírez Valdivieso y Santiago Jaramillo Villamizar.
EVER GREEN S.A. Vs COMCEL. Noviembre 2 de 2012.
Primero. Declarar que entre Ever Green Communications S.A., hoy en liquidación judicial, como agente, y Occidente y Caribe Celular S.A., hoy Comunicación Celular S.A. - COMCEL S.A., como agenciado, se celebró y se ejecutó un contrato típico de agencia comercial, el cual está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
ÁRBITROS: Marco Gerardo Monroy Cabra, Manuel Urueta Ayola y Jorge Lara Urbaneja.
MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL. Junio 21 de 2012.
Primero. Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., como agenciado, y MUNDO CELULAR S.A. como agente, se celebró un contrato de Agencia Comercial, para promover la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la red de COMCEL S.A. y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.”
ÁRBITROS: Fernando Hinestrosa (q.e.p.d) – Alfonso Beltrán García, Beatriz Leyva y Manuel Cifuentes Muñoz.
K-CELULAR LTDA. Vs COMCEL. Octubre 26 de 2011.
2. Declarar que entre COMUNICACION CELULAR S.A. - COMCEL S.A., como agenciado, y COMERCIALIZADORA DE ACCESORIOS CELULARES K-CELULAR LTDA., como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
ÁRBITROS: Luís Alfonso Ortiz del Hierro, María Ximena Lombana Villalba y Jorge Luís Chalela Mantilla.
CTM S.A. Vs COMCEL. Agosto 18 de 2011.
"Quinto: Declarar que los contratos de fechas 9 de julio de 1998, 13 de octubre de 1998 y 18 de abril de 2001 objeto del presente Laudo, suscritos entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. y CENTRO DE TELEFONÍA MÓVIL S.A. CTM S.A. fueron contratos de Agencia Comercial, con lo cual prospera parcialmente la pretensión primera de la demanda.”
ÁRBITROS: Pedro José Bautista Moller, Juan Pablo Medrano Superlano y Olympo Morales Benítez.
ANDINO CELULAR S.A. S.A. Vs COMCEL. Julio 27 de 2011.
“Primero: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A. como agenciado, y ANDINO CELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial.”
ÁRBITROS: Cristina Mosquera Casas, Gabriela Monroy Torres y Rubén Darío Lizarralde Montoya.

ELECTROPHONE S.A. Vs COMCEL. Junio 15 de 2011.

“Primero: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., como agenciado, y ELECTRONICS Y TELEPHONE CORP S.A. -ELECTROPHONE S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial, para promover la prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular para transmisión de voz por parte de COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.”

ÁRBITROS: Enrique Gaviria Liévano, María Cristina Morales y Jorge Lara Urbaneja.

GLOBALTRONICS DE COLOMBIA Vs COMCEL. Junio 9 de 2011.

“Primero: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A, como agenciado, y GLOBALTRONICS DE COLOMBIA S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial, para promover y ejecutar la venta de Servicios de Telefonía Móvil Celular de la red de COMCEL S.A, y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.”

ÁRBITROS: José Guillermo Peña González, Humberto de la Calle Lombana y Enrique Díaz Ramírez.

ISESCO S.A. Vs COMCEL. Mayo 9 de 2011.

“1. Declarar que entre, Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. como agenciado, y ISESCO S.A., como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídica de agencia comercial, para promover la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular de la red de Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A., y para la comercialización de otros productos y servicios de la Demandada.”

ÁRBITROS: Luís Fernando Alvarado Ortiz, Nicolás Gamboa Morales y Sergio Rodríguez Azuero.

CELCENTER LTDA Vs COMCEL. Agosto 13 de 2010.

SEGUNDO: Declarar que entre OCCEL S.A., hoy COMCEL S.A., como agenciada, y CELCENTER LIMITADA “EN LIQUIDACIÓN” como agente, se celebró y ejecutó una relación contractual de Agencia Comercial, para la promoción y venta de servicios y productos de COMCEL S.A. en el occidente colombiano.

ÁRBITROS: Sergio Rodríguez Azuero, Camila de la Torre Blanche y Juan Pablo Cárdenas Mejía.

COLCELL LTDA Vs COMCEL. Abril 30 de 2009.

“PRIMERO: Declarar que entre COMCEL S.A., como agenciado, y COLCELL LIMITADA, como agente, se celebró y ejecutó una relación contractual de agencia comercial, para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la sociedad demandada.”

ÁRBITROS: Weiner Ariza Moreno, Janeth Vélez Ramírez y Juan Carlos Varón Palomino.

CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL. Enero 30 de 2009.

“PRIMERO. Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. — COMCEL S.A., como agenciado, y CMV CELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la sociedad demandada.”

ÁRBITROS: Fernando Sarmiento Cifuentes, Fernando Pabón Santander y Guillermo Zea Fernández.

AUTOS DEL CAMINO LTDA Vs COMCEL. Diciembre 16 de 2008.

“Artículo Primero. Declarar que entre AUTOS DEL CAMINO LIMITADA, como Agente y CUMUNICACIÓN CELULAR S. A., COMCEL S. A., se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover y ejecutar la venta de servicios y productos de la primera. Se aclara que, de acuerdo con lo dicho en la parte motiva, los servicios se ejecutan y los productos se venden.”

ÁRBITROS: Bernardo Carreño Varela, Jaime Cabrera Bedoya y Mario Posada Garciapeña.

MOVITELL AMERICAS LTDA Vs COMCEL. Septiembre 30 de 2008.
“CUARTO: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A., como agenciado, y MOVITELL AMERICAS LTDA, como agente, se configuró una relación contractual de agencia comercial para promover la venta de servicios y productos de la sociedad demandada.”
ÁRBITROS: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Guillermo Zea Fernández.
PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL. Febrero 23 de 2007.
“2. Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.- y PUNTO CELULAR LTDA. se celebró un contrato de agencia mercantil para la comercialización del Servicio de Telefonía Móvil Celular que aquella presta a sus usuarios.”
ÁRBITROS: David Luna Bisbal, Sergio Muñoz Laverde y Pedro Nel Escorcía Castillo.
COMCELULARES F.M. LTDA Vs COMCEL. Diciembre 14 de 2006.
“SEGUNDA. Declarar que entre COMCEL S.A., como agenciado y COMCELULARES F.M. LTDA, como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial, en los términos y con el preciso alcance indicado en la parte motiva de este laudo. Por consiguiente, no prosperan los medios de defensa denominados excepciones perentorias “Los contratos celebrados y ejecutados por las partes no son contratos de agencia mercantil” y “Naturaleza atípica de los contratos de distribución celebrados y ejecutados por las partes.”
ÁRBITROS: Marcela Monroy Torres, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.
CONCELULAR S.A. Vs COMCEL. Diciembre 1° de 2006.
“TERCERO: Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y CONCELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover la venta de servicios y bienes de la sociedad demandada.”
ÁRBITROS: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo.
CELCENTER LTDA Vs COMCEL. Agosto 15 de 2006.
“Segundo: Declarar que entre COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A., como agenciado y CELCENTER LTDA, como agente, existió una relación contractual de Agencia Comercial, en los términos y con el preciso alcance indicado en la parte motiva de este laudo.”
ÁRBITROS: Lisandro Peña Nossa, Rodrigo Palau Erazo y Jorge Eduardo Narváez Bonnet.

3. Como COMCEL seguramente enfatizará en el traslado de la presente apelación, existen otros procesos surtidos ante Jueces del Circuito y el propio Tribunal Superior de Bogotá que negaron la existencia de Agenciamientos Comerciales respecto de contratos idénticos al sub iúdice. Porque la manera como COMCEL invocará estos otros antecedentes inducirá a error al H. Tribunal Superior, resulta preciso aclarar lo siguiente: EN ESOS OTROS PROCESOS, POR YERROS IMPUTABLES A LOS APODERADOS JUDICIALES QUE LOS TRAMITARON EN NOMBRE DE LOS AGENTES/DISTRIBUIDORES, LOS JUECES RESOLVIERON NEGAR LA EXISTENCIA DE AGENCIAMIENTOS COMERCIALES PORQUE “NO SE DEMOSTRÓ QUE LOS CONTRATOS DEMANDADOS INCORPORARON TODOS LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE LA AGENCIA COMERCIAL”, ES DECIR, QUE A LA POSTRE NO SE DECLARÓ LA EXISTENCIA DE AGENCIA

COMERCIAL EN ESOS CASOS EXCEPCIONALES POR RAZONES Y FALENCIAS DE ÍNDOLE PROBATORIO DE LOS DEMANDANTES Y NO POR RAZONES JURÍDICAS QUE PERMITIERAN DEFINIR CON ABSOLUTA PRECISIÓN LA NATURALEZA JURÍDICA DE LOS CONTRATOS DEMANDADOS, lo cual en cambio, si fue definido de forma unánime y consistente en los 28 de procesos enlistados en la tabla anterior, tal y como se puede verificar de la lecturas de sus sentencias y laudos.

4. Está probado en el presente proceso que la relación comercial de ISESCO y COMCEL se reguló por modelos contractuales elaborados y extendidos por COMCEL al cual se adhirió ISESCO. Así los reconoce, incluso, el A quo en la Sentencia. Está probado en el presente proceso que el CONTRATO SUB IÚDICE entre ISESCO y COMCEL es el mismo e idéntico al modelo contractual utilizado por COMCEL con los demás miembros de su red de agentes distribuidores. Está probado en el presente proceso que CONTRATO SUB IÚDICE entre ISESCO y COMCEL es el mismo e idéntico a los contratos que fueron arbitrados y sentenciados como de agencia comercial en los 28 procesos referenciados en la Tabla de la anterior sección. Está probado en el presente proceso que COMCEL ejecuta las relaciones contractuales con todos los miembros de su red de agentes distribuidores, por el tamaño y la magnitud de la misma, de forma uniforme e igual, a través de circulares, cartas de comisiones y comunicaciones generales (obstantes como pruebas documentales en el expediente) que son dirigidas por COMCEL de forma uniforme a los miembros de su red.

Teniendo en cuenta lo arriba referido y probado en el presente proceso, se solicita a ese Honorable Tribunal, a diferencia de lo hecho por el A quo en la Sentencia, estudiar y aplicar, según su libre criterio, los exámenes, reflexiones y conclusiones *jurídicas* adoptadas en los 28 procesos arbitrales y judiciales (obstantes en el expediente), para la definición de los problemas jurídicos del presente proceso, sin que ello signifique o desconozca que la relación contractual de ISESCO y COMCEL es diferente, individual y particular, tal y como en esos procesos previos se decidió cada caso de manera individual, sin descartar y desestimar los referidos antecedentes y precedentes arbitrales y judiciales y salvaguardando el derecho a la igualdad.

A partir del análisis jurídico y probatorio concreto del presente proceso, teniendo en cuenta los exámenes, reflexiones y conclusiones *jurídicas* adoptadas en los 28 procesos arbitrales y judiciales, el H. Tribunal Superior deberá revocar la Sentencia y declarar probada las pretensiones de la Demanda mediante las cuales se solicitó declarar como de agencia comercial el CONTRATO SUB IÚDICE.

B. SUSTENTACIÓN DEL SEGUNDO REPARO

La Sentencia desconoció y no aplicó el Principio del Contrato Realidad

RESUMEN DEL SEGUNDO REPARO

La Apelación reparó que el A quo en la Sentencia, para definir la naturaleza de la relación contractual sub iúdice dejó de aplicar por completo el principio del Contrato Realidad y, contraria y erradamente fundó la inmensa mayoría de las razones de la Sentencia en las nominaciones incluidas en el CONTRATO SUB IÚDICE y en las denominaciones que las Partes se otorgaron en el CONTRATO SUB IÚDICE y en los documentos y comunicaciones cruzados durante su ejecución:

Frente al aparte: *“Por eso, independiente de la denominación que las partes le hayan otorgado al acuerdo de voluntades, prevalece la intención de los extremos contractuales”* (pág. 35):

Considera el recurrente que le asiste total razón al Juez fallador en tal pronunciamiento específico, pero –razón ésta por la cual debe realizarse reparo ante tal lógica- extraño es, entonces, que contrario sensu a lo allí deprecado, la autoridad judicial de manera posterior y reiterada asuma con un eje estructural y elemental del sostén argumentativo de la providencia judicial la denominación positiva y explícita que al contrato y a las partes de éste se daba, remitiendo a un segundo plano la intención real de los extremos contractuales así como la ejecución material del objeto contractual, que en deber ser tenían que erigirse como el pilar del examen del vínculo contractual y su verdadera naturaleza, tal como lo dictamina e indica inequívocamente el Artículo 1618 del Código Civil Colombiano.

(Página 4 de la Apelación)

Tal y como se demostrará en la siguiente sustentación del segundo reparo:

- (i) Aunque el A quo en el marco teórico de la Sentencia, destacó la importancia del principio del Contrato Realidad y la intención real de las Partes, lo cierto es que al momento de analizar las pruebas del proceso, dio prevalencia absoluta, a las denominaciones y titulaciones de los textos contractuales suscritos por las Partes y a las denominaciones y nominaciones que las Partes utilizaron para referirse así mismas en sus comunicaciones escritas.
- (ii) Si el A quo hubiese aplicado y no hubiese desconocido el principio del Contrato Realidad habría concluido como de agencia comercial la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE.

SUSTENTACIÓN DEL SEGUNDO REPARO

1. Aunque la Sentencia en sus prolegómenos resaltó la importancia de la aplicación del principio del Contrato Realidad y de la real voluntad de las Partes, para la solución del problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO SUB IÚDICE, la verdad es que, al momento del análisis jurídico y probatorio de la Sentencia, el principio del Contrato Realidad fue desechado. El A quo para decidir la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, tal y como se lee en las páginas 45 a 53 de la Sentencia (en las cuales evalúa las pruebas del proceso), fundó la Sentencia exclusivamente en que el contrato fue denominado como de "*distribución*", en que en el contrato se excluyó -mediante una cláusula nominativa- la existencia de una agencia comercial, en que en el contrato las partes identificaron a IESCO como "*distribuidor*", en que a lo largo de la relación contractual las partes utilizaron para referirse a su relación y para referirse a ellas misma, los nombres "*distribución*" y "*distribuidor*". Es decir, que el A quo al analizar jurídica y probatoriamente el problema sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE concluyó que era de distribución por los nombres y denominaciones del contrato y por los nombres y denominaciones que las partes utilizaron durante la relación contractual, todo lo contrario, a una aplicación mínima del principio del Contrato Realidad. (Y se pregunta acá a manera de ejemplo coloquial: *¿si el contrato entre un trabajador subordinado y su empleador, se denomina "contrato de prestación de servicios", en su texto el trabajador de denomina "contratista" y el patrono se denomina "contratante", se suscriben cláusulas nominativas que excluyen la existencia de un contrato de trabajo, durante toda la ejecución del contrato las partes se llaman a sí mismas "contratista" y "contratante" y se refieren a su relación como "prestación de servicios", y el empleado nunca reclama porque se le llama "contratista", ello genera que el contrato sea un verdadero contrato de prestación de servicios? No.* La aplicación certera y oportuna del principio del Contrato Realidad permitirá concluir que ese contrato es, sin lugar a dudas, un contrato individual de trabajo).
2. En esta sección, como ilustración, se citan algunos de los varios y cuantiosos segmentos de la Sentencia, en los cuales es fehaciente que el A quo decidió que el CONTRATO SUB IÚDICE era de distribución porque el contrato se denominó "*distribución*", ambas partes en el contrato y en la ejecución del mismo llamaron a IESCO "*distribuidor*" y porque IESCO nunca se quejó de que lo llamaran "*distribuidor*" o de que la relación se denominara "*distribución*", es decir, bajo un criterio meramente denominativo y no en aplicación del principio del Contrato Realidad, confundiendo en muchos casos que la aplicación práctica dada por parte partes al contrato no son los nombres y denominaciones que las partes utilizan al momento de la ejecución del contrato, sino las obligaciones que cumplen y ejecutan:

Citas de la Páginas 45 y 46 de la Sentencia:

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

Escudriñando la foliatura que integra este expediente, a folios 150/2, vemos que en el Anexo "A", donde aparece el Plan de Comisiones del contrato de distribución de blackberry, también se nomina a Isesco el distribuidor, lo mismo que se ve en el Anexo B correspondiente a los estándares de programación.

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

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

también se le llama el distribuidor, y así sigue apareciendo a folios 166/68 del Anexo "G" condiciones generales sistema poliedro contrato distribución blackberry, a folios 170/73 en el convenio para utilizar como arrendatario una parte local 101 de la calle 56 #17*-77, barrio Ricaurte de Bucaramanga, y a folios 176/79, del convenio y acta de entrega para utilizar como arrendatario una parte del local 107 de la calle 11 y 12 # 11-48 centro comercial gran bulevar de Cúcuta.

También aparece esa nominación a folios 182/88, cuando se elaboró el otrosí al contrato de distribución para que la red de distribuidores de Isesco actuara como centros de pagos y servicios; igual que a folios 189/92, en el acuerdo de pago de noviembre 13/09 y a folios 159/62 del anexo "D" (Apertura centros de venta y localización autorizada del distribuidor), de acuerdo con el que, además, era el distribuidor el que adquiriría obligaciones para con estos, Comcel no, lo que pone de manifiesto que el elemento "por cuenta de". no existía.

Citas de las páginas 47 y 48 de la Sentencia:

de 2010 y a folios 60 y siguientes, está la carta de septiembre 30/10, en la que confiesa que compraba los kits; además que se autocalifica una vez más de distribuidor, pues a la letra dice: "que ventaja es para Comcel tratar de cobrar la deuda de un distribuidor" y "en vez de trabajar con el distribuidor sin ser tan flexible, pero permitiendo que el distribuidor se pueda fortalecer comercialmente

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

Siguiendo con el análisis de las documentales que abundan en el informativo, vemos la del folio 103, referente a lo tratado en el acta que recogió lo sucedido en la reunión de noviembre 24/09, en la que Isesco se autocalifica como distribuidor a numerales 8 a 10, cuando solicitó se congele la cartera diferente a la del fraude por 2 meses, y que el coop de noviembre se autorice para comprar una

Por manera que lo que el estudio conglomerado de las pruebas revelan es que si la situación de Isesco cambió, no fue por la nominación de distribuidor ni por la forma como se ejecutó el contrato, sino a raíz del imprevisto fraude acaecido en el

Citas de la Página 49 de la Sentencia:

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

En junio 25/09, como se aprecia a folios 166/68, también se dirige a Comcel presentándose como parte de su "grupo de distribución", del que se sentía orgullosa de conformar, para enseguida, hablar de la problemática situación por

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

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

Vemos a folio 193 un documento que comprueba que desde junio 16 de 2008, Isesco ADMITE QUE ES DISTRIBUIDOR DIRECTO de Comcel, que tiene una cadena de sub distribuidores que son responsables ante Isesco y no con Comcel

Citas de las páginas 50 y 51 de la Sentencia:

la calificación de la realidad contractual que se está escudriñando; a folios 247/254, vemos un listado de penalizaciones, sobre lo que no es dable pronunciamiento, porque no hay elementos juicio para saber lo que internamente los motivó, más allá del incumplimiento a los deberes contractualmente previstos; pero llama la atención, que manuscrito, a folio 253, aparece otro calificativo de DISTRIBUIDOR, lo que significa la aceptación de Isesco de que ese era su rol contractual frente Comcel, refiriéndose a un acto de diciembre 16 de 2010 en torno a GREENPHONE COLOMBIA SAS de Villavicencio, pero también véase que allí se llama a Isesco como tal, distribuidor.

Todo ello lo que pone en evidencia es que la manera como asumió, entendió y ejecuto Isesco el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos de cada uno de esos tres actos negociales, además, que durante su ejecución en tales condiciones no solo no reclamó por que se le denominara así, si no que la misma entidad así se calificaba y llamaba a quienes contrataba o vinculaba a su red, SUB DISTRIBUIDORES, amén de que en esa

Tales documentos, lo que nos permiten tener por demostrado es que, la denominación de distribuidor que se le dio a Isesco en los contratos que son objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlos, sino que además, fue la que adujo al celebrar los contratos que perfeccionó y ejecutó con esas aseguradoras, de lo que se sigue que inviable resulta admitir sus pretensiones actuales encaminadas a cambiar esa denominación por

comercio en Bogotá, firmadas en original y copia, las que, para lo que nos concierne, solo permiten re confirmar que el calificativo de distribuidor que se le daba a Isesco no solo era el común denominador durante la ejecución contractual, sino que ésta reclamaba por todo, menos por ese aspecto

Citas de las páginas 52 y 53 de la Sentencia:

se referían las partes a la cláusula de conciliación, compensación, deducción y descuentos del contrato de distribución, sin reclamaciones por parte de Ilesco sobre esa NOMINACION, radicaciones de facturas que reportan hasta febrero 23 de 2011.

A folios 245 a 266, tenemos listados de bonificaciones pospago, prepago y liquidación de bonos pagadas desde mayo 31/08 a enero 19/11, en los que también se registra que se le hicieron a Ilesco como DISTRIBUIDOR (fis. 245/247).

en general, son comunicaciones promocionales y circulares informativas publicitadas a través de un folletín llamado Punto de Contacto, mediante las que Comcel trata de incentivar con premios, pagos bonos, la productividad entre DISTRIBUIDORES, así los llamó desde enero 12 de 2006, hasta setiembre de 2010, todas dirigidas por María del Pilar Suárez, Gerente de servicio y entrenamiento al Distribuidor de Comcel, sin que respecto a esa calificación, aparezca prueba de voz de protesta por parte de Ilesco, la que si debió participar

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

3. El A quo, claramente, olvidó y obvió la siguiente línea lógica, básica y simple que es aquella por medio de la cual se encuentra la naturaleza jurídica de los contratos:

- El CONTRATO es un acuerdo de voluntades generador de obligaciones (ART. 1494 C.C.: "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o convenciones").
- Las obligaciones que nacen del CONTRATO son aquellas que conforman su OBJETO CONTRACTUAL (ART. 1517 C.C.: "Toda declaración de voluntad debe tener por objeto una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer").
- Enmarcar el OBJETO CONTRACTUAL del CONTRATO en las tipologías contractuales de la ley, determina su NATURALEZA JURÍDICA (ART. 1501 C.C.: "Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente").

- ENTONCES, para definir la NATURALEZA JURÍDICA de un CONTRATO, independientemente de su denominación, título o de los nombres que se utilicen en el texto del mismo, lo primero es identificar su OBJETO CONTRACTUAL a partir de las OBLIGACIONES que los constituyen, para verificar si el mismo contiene los elementos de la ESENCIA de un determinado TIPO de contrato, en cuyo caso esa será su NATURALEZA JURÍDICA.

Estas reglas simples, conllevan al denominado Principio del Contrato Realidad, según el cual los contratos SON LO QUE SON según las obligaciones que conforman su OBJETO contractual y la forma como ese OBJETO se tipifica según la Ley, INDEPENDIENTEMENTE de su título o de la nominación dada por las Partes. Al respecto la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

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)

4. La tarea del A quo consistía en examinar los textos contractuales que conforman el CONTRATO SUB IÚDICE para determinar si a partir de las **obligaciones** que los conforman (y no de los títulos y denominaciones) se configuran y encuentran los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial y, además verificar si en la ejecución de esos textos contractuales dichos elementos se configuraron. Y esta tarea, como la propia Sentencia lo reconoce en su marco teórico, reviste especial cuidado, atención y diligencia respecto de los contratos de agencia comercial, donde lo habitual y corriente ha sido enmascarar y disfrazar con otras nominaciones la real naturaleza jurídica de los contratos con el objeto de evadir y sustraerse al pago de la denominada cesantía comercial o prestación mercantil del ART. 1324 del CC. Tal y como lo señala el jurista Jaime Arrubla Paucar:

"(...) A partir de la vigencia del actual Código ... la agencia se convirtió en una palabra mítica y prohibida. Los asesores ... tuvieron la precaución de omitir dicha palabra en sus contratos con los auxiliares, surgieron distintas formas contractuales para evitar dicha denominación, como ventas, suministros, distribuciones, concesiones ... y se trató a toda costa de dar una forma diferente a esa realidad ... la causa ... se establecieron dos prestaciones, una de ellas se genera con la terminación del contrato cualquiera sea su motivo y se instaura de forma parecida a las cesantías laborales ... en lo sucesivo no podía entonces hablarse se agentes mercantiles ... en los negocios en los que se pretendía disimular la agencia (...)" (ARRUBLA JAIME, Contrato Mercantiles. Contratos Típicos, Editorial Legis, Bogotá, 2015, Páginas 233 y 234".

Erró por completo entonces el A quo en su análisis cuando se limitó a examinar la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE y la concluyó como de "distribución", en el momento en el cual, tal y como se lee en todos los segmentos de la Sentencia arriba citados, dio prevalencia, en este tipo de análisis de las denominaciones, nominaciones, títulos y calificaciones y no una verdadera y correcta aplicación del principio del Contrato Realidad en aras de escudriñar las **obligaciones** que conforman el objeto contractual del CONTRATO SUB IÚDICE y su marcaje en los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, más aún cuando para el contrato de agencia comercial lo habitual es que el empresario agenciado, quien como en el presente caso tiene una posición dominante, trate de evitar a toda costa las palabras agencia, agencia y cesantía comercial.

Si el A quo hubiese efectuado un análisis de esta forma, como le correspondía, que es lo que se solicita a ese H. Tribunal Superior, habría corroborado que el CONTRATO SUB IÚDICE, en los textos que se firmaron por las partes, reúne todos y cada uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, según se analiza en el siguiente tercer reparo. Y es clave aclarar y resaltar que no es cierto que lo que estamos solicitando es declarar la existencia de un contrato diferente, externo o de hecho diferente o por fuera de los textos contractuales firmados por las Partes que constituyen el CONTRATO SUB IÚDICE, sino que lo que se pretende en la Demanda y acá se reitera, es que se declare que en esos concretos textos contractuales firmados por las partes se configuran todos y cada uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.

Se solicita, entonces, a ese H. Tribunal Superior, aplicar el principio del Contrato Realidad a la solución del problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO SUB IÚDICE y, en consecuencia, al estar probadas en las obligaciones misma del contrato los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, declarar la existencia de esta última.

C. SUSTENTACIÓN DEL TERCER REPARO

A contrario sensu de la Sentencia, resultó probado en el presente proceso que la relación contractual de ISESCO y COMCEL fue una típica y nominada relación de AGENCIA COMERCIAL

ES FALSO, como lo señala la Sentencia, que en la relación contractual sub iúdice la actuación de ISESCO fue por cuenta propia y no por cuenta de COMCEL. A ese respecto es FALSO, como lo señala la Sentencia que el CONTRATO SUB IÚDICE fue un simple negocio de compra para reventa (Kits Prepago), que ISESCO asumió los riesgos del mercado y que ISESCO posicionó su propia marca.

RESUMEN DEL TERCER REPARO.

Diferentes reparos de la Apelación convergen en señalar que la Sentencia erró al declarar que no se había probado que la relación contractual de ISESCO y COMCEL se identificase, en su naturaleza jurídica, como una relación típica y nominada de agencia comercial, al no haberse probado, supuestamente, determinados elementos de la esencia de este tipo contractual, en especial, el relativo a la *"actuación del agente por cuenta del empresario agenciado"*. Al respecto la Apelación dice:

Debe traerse por esta parte lo precedente como reparo, más que como reproche, a tenerse en cuenta como soporte de la clara delimitación de las actividades a llevar a cabo por ISESCO LTDA. que encajan en toda característica con aquellas exigidas para la configuración del contrato de agencia mercantil y que, aun habiéndose erigido por parte del mismo fallador, luego serían desestimadas por aquel.

(Página 7 de la Apelación)

Considera el suscrito que la apreciación de las pruebas realizada por el fallador, en general, es acertada, pero en aplicación al caso concreto yerra de forma directa al ignorar lo expuesto por el material probatorio obrante, donde consta a todas luces que la actividad de mi representada no

(Página 5 de la Apelación)

se limitaba al mero ejercicio de la reventa sino que, por el contrario, consistía en la oferta de un entramado complejo de servicios prestados por COMCEL S.A. y de los cuales ISESCO no actuaba sino como simple agente intermediario entre el cliente y la demandada, que era entre quienes finalmente se creaba un vínculo jurídico contractual con ocasión de los servicios por el primero contratados y que, en últimas, constituye un elemento probatorio de cristalina claridad al momento de evaluar si las circunstancias objeto de litigio eran enmarcadas por la mera reventa de productos o si, por el contrario y como realmente se dio y fue probado dentro del proceso en su debido momento, la actividad de mi representada se adscribía a una intermediación entre el consumidor final de los servicios varios ofrecidos por la accionada y ésta misma.

(Páginas 5 y 6 de la Apelación)

La cuarta, porque el agente comercial propiamente dicho, en su tarea de agenciar al empresario, manejar productos de propiedad de éste, por lo que el riesgo de venta o del deterioro de la cosa no lo asume el agente sino el agenciado (de allí que, si existe agencia, el agente tiene derecho de retención);

La quinta, porque, en rigor, el agente es un intermediario entre el empresario y la clientela que se forma para él, a diferencia de lo que ocurre con el mero distribuidor, quien no es mediador, ni representante, ni forma clientela para otro.” (pág. 39):

Considera el recurrente para el presente aparte que es aplicable igual razonamiento como reparo frente a la decisión judicial que el contenido en el anterior acápite, pero debe dejarse claridad el observarse una indebida apreciación respecto del elemento que pretende dilucidar como diferenciación entre la agencia mercantil y la distribución, referente a la no transferencia del riesgo de venta de parte del empresario hacia el agente en el caso concreto, y es que obvia de forma reiterativa el a quo la posición de dominio contractual que poseía COMCEL S.A. al momento de pactar los términos contractuales y de la cual abusó para imponer disposiciones

(Página 6 de la Apelación)

Tal y como se sustentará a continuación:

- (i) Es FALSO que en la relación contractual sub iúdice, ISESCO hubiese actuado por cuenta propia y no hubiese actuado por cuenta de COMCEL.

- (ii) Es FALSO que el CONTRATO SUB IÚDICE se hubiese identificado como una simple "compra para la reventa".
- (iii) Es FALSO que IESCO hubiese asumido los riesgos del mercado.
- (iv) Es FALSO que IESCO hubiese posicionado su marca y adquirido cliente para sí misma.
- (v) Lo CIERTO, probado en el presente proceso, fue que IESCO actuó por cuenta de COMCEL.
- (vi) Además de haberse probado en el presente proceso la actuación del agente IESCO por cuenta del empresario agenciado COMCEL, también quedaron probados los demás elementos de la agencia comercial, **tal y como el propio A quo lo reconoce en la Sentencia.**
- (vii) En consecuencia, se probó en el presente proceso la existencia de todos los elementos de la esencial del contrato de agencia comercial en la relación contractual sub iúdice de IESCO y COMCEL.

SUSTENTACIÓN DEL TERCER REPARO

1. A partir del ART. 1317 del CCO¹, de la interpretación sistemática de las normas que consagran la agencia comercial, del espíritu del legislador y de la reiterada jurisprudencia y doctrina, se concluye que los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, son los siguientes:
 - a) Independencia del agente.
 - b) Estabilidad o permanencia.
 - c) Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado.
 - d) La Zona Prefijada.
 - e) Remuneración del agente comercial².

¹ "ARTÍCULO 1317 CCO: Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

² "Los artículos 1322, 1323 y 1324 CCO disponen un elemento que la definición del contrato de Agencia Comercial calla: El agente comercial es remunerado por el empresario agenciado. Sentencia de septiembre 10 de 2013. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030222005-00333-01. Página 27. "a.-) Que como su objeto es "promover o explotar negocios" del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de

f) Actuación del agente por cuenta del empresario agenciado.³

2. En el presente proceso se probó que todos y cada uno de los referidos elementos de la esencia del contrato de agencia comercial se hayan configurados en los textos contractuales que conforman el CONTRATO SUB IÚDICE y en la forma como esos textos contractuales se ejecutaron por las Partes. Es más, de la propia Sentencia del A quo se concluye sin lugar a dudas que el único elemento que el fallador de primera instancia, erradamente, no consideró tipificado fue el elemento de la "actuación del agente por cuenta del empresario agenciado".

Salvo este elemento el A quo y la Sentencia reconocen que los restantes elementos de la esencia del contrato de agencia comercial se hayan presentes en la relación contractual sub iúdice. Revisada la Sentencia es palmario y evidente que el A quo negó la existencia de la agencia comercial en el presente proceso únicamente porque, en su decir, ISESCO actuó por cuenta propia y el contrato consistió en una simple "compra para reventa". A ese respecto, el A quo en relación con el elemento de la actuación por cuenta del empresario agenciado, concluyó que ISESCO compraba a COMCEL equipos para revenderlos, asumía los riesgos inherentes a dichos equipos, asumía una posición propia en el mercado y en dichas actividades posicionaba su propia marca y captaba su propia clientela. Todo lo cual NO ES CIERTO según se explica más adelante. Por el momento, en primer lugar, es importante dejar sentado que el A quo y su Sentencia única y exclusivamente descartan la existencia de la agencia comercial por la supuesta inexistencia del elemento de la "actuación por cuenta ajena" y concluye que los demás elementos fueron probados en el proceso, tal y como se explica en las siguientes secciones.

quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados."

³ "ARTÍCULO 1262 CCO: El mandato comercial es un contrato por el cual una parte se obliga a celebrar o ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta de otra".

"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". (Exposición de Motivos del Código de Comercio, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

Sentencia de diciembre 15 de 2006. Sala de Casación Civil. Expediente 76001 3103 009 1992 09211 01. Página 24: "3.1.2 Si el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario. Que el comerciante actúa por cuenta del empresario es cuestión que corrobora el hecho de que perciba una remuneración por su gestión, amén de que sea titular del derecho de retención sobre los bienes o valores de éste que se hallen en su poder o a su disposición, privilegio que le reconoce el artículo 1326 del Código de Comercio."

3. Los elementos de la agencia en el CONTRATO SUB IÚDICE reconocidos por la Sentencia

3.1. Estabilidad y permanencia

El A quo en la Sentencia reconoce probado el elemento de la estabilidad y permanencia en el CONTRATO SUB IÚDICE:

ii) La **estabilidad** de la actividad del agente, y sobre el punto, al analizar el caudal probatorio, vemos que aun cuando Isesco promocionó y concluyó negocios en serie y sucesivos en el campo de la telefonía móvil, **relación comercial que perduró desde junio 26 de 2008 hasta febrero 28 de 2011**, nótese que, este carácter tampoco es exclusivo de la agencia, pudiendo estar insito en otros tipos de contratos, como el de distribución.

(Página 56 de la Sentencia)

3.2. Independencia

El A quo en la Sentencia reconoce probado el elemento de la independencia de ISESCO en el CONTRATO SUB IÚDICE:

i) La **independencia** de la actividad del agente, y en este evento las pruebas dicen que Isesco Comunicaciones Ltda., aun antes de su constitución en cámara de Comercio, compró y tomó en arrendamiento varios locales, **tenía su propio personal y desarrolló su actividad con autonomía, en cuanto a honorarios, gastos de personal, impuestos, seguros, gastos legales, mantenimientos y reparaciones, adecuaciones e instalaciones, gastos de viajes y actuaciones**, lo que no puede soslayarse es que esa sola circunstancia no significa per se, que se trate de una agencia, porque la misma también puede estar presente en otro tipo de contratos mercantiles, como el de distribución.

(Página 56 de la Sentencia)

Sobre este particular aspecto **independencia**, vemos que se extraen del mismo **texto del contrato, cuando a cláusulas 7.26.8 se le asignó a Isesco la responsabilidad de cualquier naturaleza, incluida patrimonial, derivada de**

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

(Página 41 de la Sentencia)

3.3. Zona prefijada

El A quo en la Sentencia reconoce probado el elemento de la zona prefijada en el CONTRATO SUB IÚDICE:

Acorde con esas estipulaciones, en principio Iseco Comunicaciones Ltda., promovería en un zona específica del territorio nacional de forma estable e independiente, la distribución de productos, comercialización y venta de servicios

(Página 41 de la Sentencia)

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

(Página 43 de la Sentencia)

3.4. Remuneración

El A quo en la Sentencia reconoce probado el elemento de la remuneración de COMCEL pagada a ISESCO en el CONTRATO SUB IÚDICE:

móvil celular (STMC) en el territorio patrio, y sin que esa circunstancia mute que los beneficios de cada vinculación efectuada, de cada plan pospago, prepago y de cada kit vendido por Iseco, le reportaran como contraprestación las comisiones bonificaciones e incentivos que además, se pactaron en los contratos, destacando que ello no les resta el carácter de ser de distribución.

Lo anterior, independientemente de la forma como se nominaran cada una de esas remuneraciones en específico, o la forma como se causaran, puesto que como primera medida, ese fue una estipulación o elemento accidental de los contratos, en segundo término fue resultado del acuerdo de voluntades entre

(Página 55 de la Sentencia)

iv) Remuneración a favor del agente y por cuenta del empresario, acerca de lo que debe iterarse que a pesar de que durante el tiempo que se mantuvo la relación comercial con Comcel S.A., ésta le reconoció a Isesco unas remuneraciones que en la mayoría de los casos se referenciaba como 'comisión' y que no tenían un monto determinado por cuanto en los documentos aparecen en distinta proporción en cada periodo, esa circunstancia no cambia la nominación del contrato, máxime

(Página 57 de la Sentencia)

3.5. Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado

El A quo en la Sentencia al referirse al elemento del encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado, lo descartó mediante un argumento con el cual, en realidad hizo referencia al elemento de la "actuación por cuenta ajena" y, en consecuencia, no postuló argumentos para descartar la existencia del elemento del encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL. Al respecto la Sentencia señaló lo siguiente:

iii) El encargo de promover y explotar negocios, gestión concebida como la finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar negocios -y en ello consiste la promoción-, y concluirlo o perfeccionarlo que es la tarea de explotación, y en torno a este acápite, lo que se extrae de los instrumentos suasorios que abarrotan este expediente, es que el despliegue de gestiones de Isesco no fue solo para posicionar la marca Comcel S.A. en venta de servicios y productos relacionados con telefonía móvil en las zonas dispuestas en los contratos, entre ellas en los Santanderes -enfaticando que aquellas actividades se evidenciaron de la publicidad exigida por la demandada con su nombre en logos y etiquetas en los mencionados establecimientos y puntos de distribución de Isesco, así como la concreción de la venta de los servicios y productos- sino que como ya se analizó, Isesco le asignaba como funciones a su personal, en especial al director comercial, el generar estrategias para el posicionamiento en el mercado

(Página 57 de la Sentencia)

Es una falacia argumentativa señalar que no se presenta el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL porque ISESCO posicionaba su marca, lo cual, en estricto sentido jurídico se relaciona con el elemento de actuar por cuenta ajena. La Sentencia, entonces no descartó en realidad la presencia del encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, y no lo

podría haber hecho, porque basta revisar el texto del CONTRATO SUB IÚDICE para verificar que en las obligaciones de dicho texto se hallan fehacientes los encargos para ISESCO de promover y explotar el negocio de COMCEL, tal y como se muestra a continuación, citando los segmentos con CONTRATO SUB IÚDICE en los cuales de forma expresa se encargó a ISESCO por parte de COMCEL la promoción y explotación de sus servicios y productos.

Es pertinente precisar que:

- (i) El NEGOCIO de COMCEL es la **prestación de servicios de telefonía móvil celular** y la venta de aparatos celulares, tal y como consta en el certificado de Cámara de Comercio obrante en el expediente:

CERTIFICA:

OBJETO SOCIAL: EL OBJETO PRINCIPAL DE LA SOCIEDAD ES LA PRESTACIÓN Y COMERCIALIZACIÓN DE SERVICIOS DE COMUNICACIONES, TALES COMO LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL, MÓVIL CELULAR, VALOR, AGREGADO, TELEMÁTICOS, PORTADORES Y DEMÁS, Y CON TAL PROPÓSITO PODRÁ EMPRENDER TODAS LAS ACTIVIDADES RELACIONADAS CON DICHSO SERVICIOS, O QUE LE SEAN CONEXAS O COMPLEMENTARIAS. ADICIONALMENTE, EL OBJETO SOCIAL DE LA COMPAÑÍA COMPRENDERÁ COMPRAR, VENDER, ARRENDAR Y COMERCIALIZAR TODA CLASE DE BIENES; IMPORTAR Y EXPORTAR TODA CLASE DE BIENES Y SERVICIOS, ASÍ COMO TAMBIÉN PRESTAR A TERCEROS SERVICIOS DE

- (ii) El CONTRATO SUB IÚDICE define "SERVICIO" y "PRODUCTO" de la siguiente forma:

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.

1.9"Productos", significa transceptores y otros como modems, equipos de transmisión de datos, etc., que operen o que sean conexos, complementarios o auxiliares al Servicio, todo de conformidad con las instrucciones que al efecto imparta COMCEL.

Teniendo en cuenta las anteriores definiciones y sabiendo cual es el negocio de COMCEL y que en el CONTRATO SUB IÚDICE al referirse el "servicio" se hace alusión al servicio de telefonía móvil celular de COMCEL y al referirse a "productos" se hace alusión a los equipos y teléfonos atados al servicio de telefonía móvil celular de COMCEL, seguidamente las cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE en las cuales se consagra en encargo a ISESCO de promover el negocio, los servicios y productos de COMCEL:

3.5.1. Encargo de Promover

En las siguientes cláusulas del CONTRATO SUB ÍNDICE obrante en el expediente se ubica el encargo conferido a IESCO de promover el negocio de 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

7.15 EL DISTRIBUIDOR, salvo previa, expresa y escrita autorización, sólo promocionará y comercializará productos y accesorios, que COMCEL seleccione como sus "Productos Corporativos" y cuya garantía haya sido ofrecida por el proveedor o se encuentre registrada en COLOMBIA, todo de conformidad con las instrucciones que le imparta. EL DISTRIBUIDOR demostrará a COMCEL las condiciones de garantía que otorgue el proveedor para los productos y accesorios, previamente a iniciar la promoción y venta de tales productos y accesorios

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.

ANEXO C del CONTRATO SUB ÍNDICE:

1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas y Servicios o Centros de Ventas a promover los productos y servicios.

Además del CONTRATO SUB ÍNDICE, que resulta ser la prueba medular del presente proceso, las diferentes piezas probatorias obrantes en el expediente corroboran que IESCO en sus actividades desarrolladas con objeto del CONTRATO SUB ÍNDICE, promovió los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL y comercializó y explotó los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL a través de la venta a los clientes de COMCEL de planes pospago y prepago de COMCEL.

Entre ellas, por ejemplo, el **Dictamen Pericial** en el cual se manifiesta en su numeral 5.3.9. que IESCO recibió de parte de COMCEL como pago de la comisión del Plan CO OP \$113.466.728 como remuneración derivada de las actividades de promoción y mercadotecnicas realizadas por IESCO de los servicios y productos de COMCEL, entre ellos, eventos promocionales, pendones y volantes, cuñas radiales, carpas plegables, camisetas, eventos musicales, etc.

3.5.2. Encargo de Explotar

En las siguientes cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE obrante en el expediente se ubica el encargo de explotar el negocio de COMCEL:

Inciso 2 Cláusula 3:

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

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

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

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

Por esta razón EL DISTRIBUIDOR, asume una prestación de resultado de ejecución mínima de la distribución, garantiza y se obliga a realizar:

7.10.1 Un número mínimo de ventas mensuales, esta cifra será comunicada al DISTRIBUIDOR mensualmente por parte de COMCEL.

Respecto del encargo de explotar el negocio, servicios y productos de COMCEL, téngase en cuenta tal y como lo señala la cláusula 7.6. arriba citada, que IESCO se limitaba a proponer a los clientes de COMCEL la firma de los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular (en modalidad postpago o prepago) que vinculaban a esos clientes con COMCEL. Al respecto el CONTRATO SUB IÚDICE define ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular de la siguiente forma:

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.

Tal y como consta en el presente proceso y según se desprende del CONTRATO SUB IÚDICE, a diferencia de lo señalado en el Sentencia, los clientes son de COMCEL y no de ISESCO y al adquiriría un plan de telefonía móvil celular de COMCEL (pospago o prepago) vendido por ISESCO, quedaban vinculadas con COMCEL como abonados y suscriptores del servicio y por lo mismo, los pagos por el uso del servicio se efectuaban a COMCEL, ya de manera previa - mediante recargas en los planes prepago- o ya de forma posterior -mediante facturas de COMCEL en los planes pospago-. (Se pregunta de manera coloquial a los H. Magistrados, ¿en sus planes de telefonía móvil a Ustedes les factura el servicio CLARO, MOVISTAR o TIGO, o les factura la tienda o establecimiento en la cual adquirieron su plan y equipo celular? Las primeras ¿cierto?)

Ha quedado entonces plenamente probado en el presente proceso que COMCEL a través del CONTRATO SUB IÚDICE y de las cláusulas obligacionales del mismo, encargó a ISESCO la promoción y explotación de los servicios de telefonía móvil celular y productos de COMCEL.

3.6. ACTUACIÓN DE ISESCO POR CUENTA DE COMCEL.

Este tema resulta fundamental y central en la presente sustentación, puesto que, analizada la Sentencia, lo cierto es que el A quo rechazó la existencia de una agencia comercial, concreta y exclusivamente por considerar que ISESCO actuaba por cuenta propia y no por cuenta de COMCEL, error craso que se funda en el equívoco consistente en considerar que el CONTRATO SUB IÚDICE tenía por objeto la compraventa de equipos (específicamente de Kit prepago).

La realidad es que un análisis somero de las cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE comprueba que el objeto del mismo no tenía por objeto, como lo señala la Sentencia, la venta de equipos y teléfonos celulares, sino la promoción y comercialización del **servicio de telefonía móvil celular de COMCEL**, el cual sólo COMCEL puede prestar y explotar por su propia cuenta y responsabilidad y de ninguna forma ISESCO. En las siguientes secciones, por la importancia del mismo, este será analizado a profundidad y extensión para demostrar con creces el yerro del A quo y su Sentencia.

3.6.1. Conceptualización de la "actuación por cuenta ajena"

¿Qué se requiere para que exista una actuación del agente comercial por cuenta del empresario agenciado? Para contestar esta pregunta es preciso acudir, en primera medida, a los antecedentes del Código de Comercio y, complementariamente, a la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

ANTECEDENTES DEL CÓDIGO DE COMERCIO: En la exposición de motivos del Código de Comercio, al consultar su espíritu y la intención del legislador, se desentraña, íntimamente, el contenido y alcance de la "actuación del agente por cuenta del principal" como elemento esencial de la Agencia Comercial:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, TOMO 2, LIBROS 3º, 4º Y 5º.

"El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su 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 obre 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 obre en alguna forma "por cuenta" del fabricante o el despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente AGENTE de su principal.

Para el legislador, la actuación del agente por cuenta del principal se tipifica cuando "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".

Esta regla diferencia los negocios de agencia comercial que se ejecutan mediante actos de distribución, de otros contratos de intermediación en los cuales un comerciante compra mercancías para posteriormente revenderlas; veamos:

DIFERENCIAS	AGENCIA COMERCIAL	COMPRAVENTA/SUMINISTRO
<p>CONSIDERACIONES Y CAUSAS DEL CONTRATO</p>	<p>Las causas que explican la celebración de un agenciamiento comercial son las siguientes: El empresario agenciado se vale del agente comercial para llegar al cliente final, y le interesa que sus mercancías se coloquen de la misma manera como él lo haría si tuviera presencia directa en el mercado minorista. Por este motivo, el empresario agenciado le encarga al agente que promueva y explote, según sus instrucciones, su negocio.</p> <p>El agente comercial, a cambio de una remuneración, está dispuesto a promover y explotar el negocio del principal (un negocio ajeno) en armonía con las instrucciones que al respecto le imparta.</p>	<p>Al fabricante o importador únicamente le interesa vender sus mercancías en el mercado mayorista y al distribuidor adquirirlas para posteriormente venderlas en el mercado minorista.</p> <p>A las partes no les interesa regular las actividades que el distribuidor ejecutará con posterioridad al momento en que las adquirió. Estos asuntos <u>escapan a las causas y finalidades del contrato celebrado.</u></p>
<p>BENEFICIO DEL EMPRESARIO</p>	<p>El empresario agenciado se beneficia de los contratos celebrados con la clientela que el agente gestionó, así: El beneficio del empresario puede provenir directamente del contrato de agencia, esto es, cuando el empresario le factura directamente al agente, quedando el agente encargado de facturarle al cliente final.</p> <p>El beneficio del empresario, asimismo, puede provenir directamente del cliente final, esto es, cuando los negocios gestionados por el agente se suscriben directamente entre el empresario agenciado y el cliente final.</p>	<p>El beneficio del fabricante o importador proviene directa y únicamente del contrato celebrado con el distribuidor.</p>
<p>BENEFICIO DEL DISTRIBUIDOR</p>	<p>El contrato de Agencia Comercial regula la remuneración del agente comercial: Esta puede consistir en una comisión o en la diferencia en precios entre el que le factura el fabricante o importador, y el que el agente la factura al cliente final.</p>	<p>El contrato únicamente se ocupa del precio de cada suministro. El beneficio del distribuidor es completamente ajeno al contrato.</p>

En un contrato de agencia comercial las partes regulan todos los aspectos involucrados en la promoción y explotación que el principal le encarga al agente, como también la remuneración que este último devenga. Por este motivo, un agenciamiento comercial abarca todo el iter negocial que va desde el suministro del principal al agente, pasando por la promoción y colocación del producto o servicio en el cliente final, para concluir en los servicios posventa que la naturaleza del bien o servicio requiere.

CONCLUSIONES: (i) Todos los actos de promoción y explotación que el agente comercial ejecuta tienen su fuente en el negocio celebrado y provienen del encargo hecho por el principal. (ii) En sentido semejante, el sistema remuneratorio del agente emana del negocio celebrado, bien sea directamente (p.e. comisión) o indirectamente (utilidad en la diferencia en precio). (iii) La totalidad de los gastos operacionales que el agente, como empresario independiente, destina a la ejecución del contrato, se financian con los ingresos remuneratorios que percibe. (iv) Los actos de explotación realizados por el agente comercial benefician principalmente al empresario agenciado: el empresario agenciado, a través del agente -es un canal de ventas-, interviene en el mercado minorista, v. gr., le llega al cliente final, de tal manera que el grueso o la totalidad de los pagos que realiza el cliente final, ingresan finalmente al patrimonio del empresario agenciado. (v) El agente, al ser remunerado, al promover un negocio ajeno y al actuar al tenor del encargo y las instrucciones impartidas por el principal, actúa por cuenta de este último.

3.6.2. La actuación de ISESCO por cuenta de COMCEL

3.6.2.1. La prueba de la actuación de ISESCO por cuenta de COMCEL

En las secciones precedentes de la presente sustentación se demostró que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne, entre otros, los siguientes elementos esenciales:

- La relación entre ISESCO y COMCEL fue estable y permanente.
- ISESCO actuó como empresario independiente.
- COMCEL remuneró a ISESCO.
- ISESCO asumió el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL.
- Asimismo, se demostró que la clientela que ISESCO gestionó quedó vinculada directamente con COMCEL mediante los Contratos de Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular (Cláusula 1.16 del CONTRATO SUB IÚDICE) que esta última señaló y que ISESCO tenía la obligación de proponerle a los clientes potenciales que atendió (Cláusula 7.6. del CONTRATO SUB IÚDICE).

Al haber resultado probado en el presente proceso:

- que COMCEL le encargó a IESCO la promoción y explotación de su negocio;
- que IESCO, de manera independiente, organizó una empresa para ejecutar dicho encargo;
- que por el desarrollo de esta gestión COMCEL la remuneró; y
- que fue COMCEL la que se vinculó contractualmente con la clientela que IESCO gestionó;

Deberá concluirse necesariamente, a luces de la normatividad jurídica aplicable y de lo manifestado en la anterior sección 3.6.1. que IESCO actuó por cuenta de COMCEL. Es así como “toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente recibió COMCEL de las actividades de IESCO, al haber sido utilidades o beneficios que constituyeron una de las consideraciones del CONTRATO, implicaron la presencia del requisito “por cuenta”, en referencia”, de tal manera que, en el caso sub iúdice, se tipificó, en voces del legislador -exposición de motivos del CCO-, la actuación de IESCO por cuenta de COMCEL:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS DEL CÓDIGO DE COMERCIO, TOMO 2, LIBROS 3º, 4º Y 5º: 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.

3.6.2.2. Imposibilidad jurídica de que IESCO actuara por su propia cuenta

En el Contrato de Concesión 004 de marzo 28 de 1994 celebrado entre la Nación-Ministerio de Comunicaciones y COMCEL, se pactó lo siguiente:

CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO. El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO de Servicio de Telefonía Móvil Celular...

CLÁUSULA DÉCIMA 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 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...

En los Laudos arbitrales obrantes en el expediente se hace mención y este contrato de concesión y los apartes pertinentes.

Es un hecho notorio, tal y como lo reconoce la Sentencia (página 55) que las únicas empresas autorizadas por la Nación, por concesión, para prestar servicios de telefonía móvil celular en Colombia, son COMCEL, MOVISTAR, TIGO, UNE y otro par de compañías.

Porque es COMCEL y no IESCO la persona autorizada para prestar legalmente el Servicio de Telefonía Móvil Celular, y porque COMCEL se obligó a prestarlo por su cuenta y riesgo, se deduce que los actos de promoción y explotación que IESCO ejecutó, al ser actos directamente relacionados con los Servicios de Telefonía Móvil Celular que le fueron concesionados a COMCEL, fueron actos ejecutados por cuenta y riesgo de COMCEL. Se equivoca el A quo cuando señala a este respecto que IESCO cuando promocionaba y comercializaba KITS prepago de COMCEL, promovía y explotaba bienes de su propiedad, puesto que, como se ha dicho, lo que se promueve y comercializa con los KITS PREPAGO (al igual que con los planes POSPAGO) es concreta y específicamente el Servicio de Telefonía Móvil Celular, respecto del cual, por expreso imperativo legal, sólo COMCEL está facultada para prestar, promover y explotar, por su propia cuenta y responsabilidad (IESCO no puede prestar, promover y explotar servicios de telefonía móvil celular por su propia cuenta, puesto que la ley se lo impide y prohíbe).

En el mercado de la telefonía móvil celular no existe una dualidad de mercados (mayorista y minorista). En este mercado, los operadores autorizados para prestar estos servicios (p.e. Comcel, Movistar, Tigo, etcétera) se vinculan directamente con el cliente final, de tal manera que la promoción y explotación de dichos servicios se hace, necesariamente, por cuenta y riesgo de los operadores, en este caso, por cuenta y riesgo de COMCEL.

3.6.2.3. Los principales beneficios y riesgos del CONTRATO SUB IÚDICE fueron para COMCEL

La Corte Suprema de Justicia, al explicar el contenido de la actuación del agente por cuenta del empresario agenciado, además de los criterios que propuso el propio legislador cuando motivó las normas del Código de Comercio, recurre a otros más:

Sentencia de julio 26 de 2016. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-012-1999-00311-01. Páginas 28 y 29: "Ninguna duda queda, pues, de que son elementos estructurales de toda agencia comercial, en primer lugar, que el comerciante intermediario actúe por cuenta ajena, esto es, del empresario que le efectúa el encargo, premisa de la que se sigue que todos los efectos económicos que se deriven de la gestión realizada por aquél, positivos y negativos, deben trasladarse al último y, por ende, reflejarse en su patrimonio."

Sentencia de junio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 1998-21524-01: “(...) los efectos económicos de esa gestión (de agencia) repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente», de tal modo que «el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado”.

Para la Corte Suprema de Justicia, en un agenciamiento comercial,

- es el empresario agenciado el que, directa o indirectamente, percibe la mayor proporción de los beneficios que provienen de la comercialización de sus productos y servicios ante el cliente final; el agente, por su parte, devenga una remuneración;
- es el empresario agenciado y no el agente comercial, el que asume una posición propia en el mercado y, por lo tanto, es el que asume los riesgos que le son inherentes;
- la clientela que el agente gestiona es la clientela del empresario agenciado.

En los subsiguientes numerales se desarrollan cada uno de estos criterios.

a) COMCEL RECIBIÓ LOS PRINCIPALES EFECTOS POSITIVOS DERIVADOS DEL ENCARGO EJECUTADO POR ISESCO.

Los principales efectos económicos asociados con la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, los positivos y los negativos, se reflejaron, principalmente, en el patrimonio de COMCEL. En efecto, COMCEL, como empresario agenciado y como empresa autorizada para ofrecer, comercializar y operar el servicio público de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, fue la parte que quedó contractualmente vinculada con los suscriptores y abonados que ISESCO gestionó, de tal manera que fue COMCEL la que percibió los ingresos provenientes de sus clientes y fue la parte que asumió todos los riesgos derivados de la prestación del servicio a la que quedó obligada frente a ellos.

ISESCO, por imposibilidad jurídica y operativa, no pudo ofrecer ni comercializar, directamente y por su cuenta, Servicios de Telefonía Móvil Celular. Por este motivo, jurídica y operativamente, ISESCO no se vinculó contractualmente con las personas que adquirieron planes pospago o planes prepago a través suyo (entre otras, ver las Cláusulas 1.1.6. y 7.6. del CONTRATO SUB IÚDICE). ISESCO, entonces, promovió y explotó, por encargo y a cambio de la remuneración pactada, el negocio de COMCEL y lo hizo, necesariamente, por cuenta de esta última.

(i) Principal efecto positivo que repercutió en el patrimonio de COMCEL: COMCEL, en buena medida gracias al esfuerzo de su red de agentes/distribuidores, incluida ISESCO, obtuvo los ingresos que se generaron así, tal y como se prueba de las cláusulas del CONTRATO SUB ÍNDICE:

- COMCEL estableció las tarifas del servicio (pospago y prepago) y los precios de los productos (equipos terminales: Teléfonos celulares y Sim Cards) que ISESCO y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores debían ofrecerle al público (seguidamente las cláusulas contractuales pertinentes):

"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".

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

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

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

- Los clientes que se suscribieron a un plan pospago o prepago y que para tales propósitos adquirieron un equipo terminal (teléfono celular o sim card), suscribieron o se adhirieron a un contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular (seguidamente las cláusulas contractuales pertinentes):

"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".

- COMCEL fue la parte que quedó contractualmente vinculada con los clientes; en efecto, es COMCEL y no ISESCO la prestataria de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (seguidamente las cláusulas contractuales pertinentes):

*"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".*

- COMCEL, entonces, fue la parte que percibió los dineros que los suscriptores pagaron en contraprestación por los servicios de telecomunicaciones contratados y por los productos adquiridos (seguidamente las cláusulas contractuales pertinentes):

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

"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".

Quedo demostrado en el presente proceso, entonces, que COMCEL fue la parte que percibió los principales efectos económicos provenientes de las gestiones de promoción y explotación que ISESCO ejecutó por encargo de aquella.

b) COMCEL ASUMIÓ LOS PRINCIPALES EFECTOS NEGATIVOS Y RIESGOS DERIVADOS DEL CONTRATO SUBÍDICE.

- (i) Es COMCEL, no IESCO, la parte que asumió una posición propia en el mercado de la telefonía móvil celular: COMCEL, es un hecho notorio y así lo reconoce el A quo en la Sentencia participa con un número limitado de intervinientes (no más de diez) en el mercado de la telefonía móvil celular.

Al cierre del cuarto trimestre del 2016, la participación en el mercado de telefonía móvil en Colombia en base al número de abonados que tienen los Proveedores de Redes y Servicios Móviles, se encontraba distribuida de la siguiente manera: Comunicación Celular S.A. COMCEL S.A 49,34%; seguido de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. con una participación del 23,39%; Colombia Móvil S.A. E.S.P., 17,52%; Virgin Mobile S.A.S., 4,23%, y los demás proveedores de telefonía móvil (5) con una participación del 5,53%. Gráficos 34 y 34A.

Se reitera: IESCO, por imposibilidad jurídica y operativa, no pudo ofrecer ni comercializar, directamente y por su cuenta, Servicios de Telefonía Móvil Celular, de tal manera que IESCO no asumió una posición propia en dicho mercado.

- (ii) Efecto negativo: Asunción del riesgo operativo y garantía legal: Los riesgos operativos relativos al buen funcionamiento de la Red Física Celular de COMCEL, así como aquellos asociados a la recta prestación del servicio y al correcto funcionamiento de los equipos terminales que le son entregados al abonado o suscriptor al momento de suscribir el “Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, son riesgos que fueron asumidos por COMCEL. Sobre este tema, en el CONTRATO se pactó:

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

Garantía Legal: Como complemento de la cláusula 6.2., COMCEL asumió la denominada “garantía legal” que los estatutos de protección al consumidor han reglamentado históricamente en nuestro ordenamiento jurídico:

LEY 1480. ARTÍCULO 6. CALIDAD, IDONEIDAD Y SEGURIDAD DE LOS PRODUCTOS. Todo productor debe asegurar la idoneidad y seguridad de los bienes y servicios que ofrezca o ponga en el mercado, así como la calidad ofrecida. En ningún caso estas podrán ser inferiores o contravenir lo previsto en reglamentos técnicos y medidas sanitarias o fitosanitarias.

LEY 1480. ARTÍCULO 7o. GARANTÍA LEGAL. (...) En la prestación de servicios en el que el prestador tiene una obligación de medio, la garantía está dada, no por el resultado, sino por las condiciones de calidad en la prestación del servicio, según las condiciones establecidas en normas de carácter obligatorio, en las ofrecidas o en las ordinarias y habituales del mercado.

- (iii) Efectos negativos: Asunción de los riesgos regulatorios: COMCEL, asimismo, asumió los riesgos de mercado por la competencia y por las medidas regulatorias. Al respecto, la Comisión de Regulación de Comunicaciones (CRC), mediante la resolución 2062 de 2009, constató que COMCEL tenía una posición dominante en el mercado de la telefonía móvil celular. A partir de esta constatación, en la resolución 4002 de 2012, por ejemplo, se sostuvo (resolución de la CRC son de dominio público):

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.

(iv) Efectos negativos: Asunción de riesgos de Cartera: Finalmente, y como resultó probado en el presente proceso, COMCEL fue la parte que se vinculó contractualmente con los suscriptores que adquirieron un teléfono celular activado en la red celular de COMCEL (en planes pospago o prepago) a través de ISESCO. Por este motivo, fue COMCEL la que asumió los respectivos riesgos de cartera.

El riesgo de cartera de ISESCO, tal y como quedó probado en el presente proceso (Ver **Dictamen Pericial** obrante en el expediente), **era únicamente frente a COMCEL.**

Tal y como consta en el **Dictamen Pericial** obrante en el expediente, al verificar los estados financieros de ISESCO, se deduce que las cuentas por cobrar que se hallan en sus activos corresponden con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó. Para ISESCO, entonces, el riesgo de cartera se predicaba únicamente frente a COMCEL, no frente a los clientes de COMCEL que aquella gestionó, los cuales quedaban vinculados con COMCEL y pagaban o debían obligaciones a COMCEL.

(v) Efectos negativos: Asunción de los riesgos de liquidez, tasas y cartera: Fue COMCEL la parte que asumió directamente los riesgos de (i) liquidez, (ii) de fluctuación en las tasas de interés y las tasas de cambio y (iii) de crédito (cartera) asociados con la promoción, comercialización y operación de los Servicios de Telefonía Móvil Celular.

C) CONCLUSIONES SOBRE ASUNCIÓN DE PRINCIPALES BENEFICIOS Y RIESGOS.

Hasta acá se ha corroborado que en el preente proceso de probó lo siguiente:

- Que la clientela que ISESCO gestionó fue la clientela de COMCEL. En consecuencia, (i) Fue COMCEL la que le prestó los Servicios de Telefonía Móvil Celular al cliente final; (ii) fue COMCEL la parte que percibió los ingresos provenientes del cliente final; (iii) fue COMCEL, no ISESCO, la parte que asumió la cartera de esta clientela;

(iv) fue COMCEL, no IESCO, la parte que tuvo que responder ante el cliente final por el riesgo operativo y la garantía legal.

- Fue COMCEL, no IESCO, la parte que asumió una posición propia en el mercado de telefonía móvil celular y, por lo tanto, fue COMCEL la que asumió los riesgos que le son inherentes, entre ellos los derivados del cumplimiento de las normas de Promoción de la Competencia y las consecuencias de las medidas regulatorias.
- IESCO, por su parte, únicamente percibió la remuneración (comisiones + descuentos) pactada en el CONTRATO SUB IÚDICE y su principal riesgo fue el riesgo de contraparte con COMCEL.

Así las cosas, IESCO, en voces de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, actuó por cuenta de COMCEL.

3.6.2.4. Es FALSO que el contrato sub iúdice fuese un negocio de "compra para reventa"

El A quo en la Sentencia, sostiene que IESCO actuó por cuenta propia, no por cuenta de COMCEL y, a partir de ahí, sostiene como pilar fundamental de su razonamiento que, en ausencia de este elemento esencial, el CONTRATO SUB IÚDICE no puede ser calificado como un agenciamiento comercial. Seguidamente se debelarán estas alegaciones equívocas y podrá verificarse el yerro de las mismas.

SUMINISTROS DE KITS PREPAGO DE CONTADO Y SIM CADS: A partir de las facturas que COMCEL le emitió a IESCO por concepto de equipos terminales (Kits Prepago de contado), la Sentencia sostiene que IESCO los compró para posteriormente revenderlos; en esta operación, se dice por la Sentencia que IESCO, como propietario de los equipos, actuó por cuenta propia en su colocación, hizo suyo los beneficios obtenidos con su reventa, asumió los riesgos del propietario y el comercializador y, finalmente, al vender sus propios productos consolidó su propia clientela. Así se sostiene la Sentencia, de forma equivocada.

En el contexto del CONTRATO SUB IÚDICE, en su contenido obligacional y en la causa que impulsó su celebración, esta argumentación del a quo, inducida por COMCEL, es una entelequia; veamos:

a) LA AGENCIA COMERCIAL SE PUEDE EJECUTAR MEDIANTE ACTOS DE DISTRIBUCIÓN:

Desde su propia definición, la Agencia Comercial permite que el agente comercial actúe como DISTRIBUIDOR de uno o varios productos del empresario agenciado:

"ARTÍCULO 1317 CCO: Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente".

Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Sentencia de octubre 31 de 1995. Sala de Casación Civil. Expediente 4701. Páginas 29 y 30: "De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario."

En un agenciamiento comercial es legalmente viable que los productos del empresario agenciado, antes de llegar al cliente final, pasen por los inventarios del agente comercial: esto sucede cuando el agenciamiento comercial se ejecuta mediante actos de distribución.

Porque la Agencia Comercial es esencialmente estable y permanente, cuando ésta se ejecuta a través de actos de distribución, el empresario agenciado le entrega al agente comercial, sucesiva y periódicamente, los productos que este último promueve y comercializa en el respectivo mercado: se trata del cumplimiento de prestaciones continuadas, v. gr. de suministros, no de compraventas aisladas. Previendo esta posibilidad, el Art. 1330 del CCO remite expresamente a las normas del contrato de suministro, con lo cual se confirma, una vez más, que los actos de distribución no son ajenos al contrato de Agencia Comercial:

ARTÍCULO 1330 CCO: Al agente se aplicarán, en lo pertinente, las normas de Título III y de los Capítulos I a IV de este Título.

En el título III del Código de Comercio, título al que remite el Art. 1330 CCO, se define el contrato de Suministro, así:

TÍTULO III. DEL CONTRATO DE SUMINISTRO

ARTÍCULO 968 CCO: El suministro es el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir en favor de otra, en forma independiente, prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios.

Los suministros que COMCEL cumplió a favor de ISESCO (únicamente en lo relativo a KITS PREPAGO de CONTADO), se reflejaron, contable y tributariamente, en las facturas que COMCEL le emitió a ISESCO. Así mismo, los consecuentes actos de distribución que ISESCO ejecutó, quedaron reflejados en las facturas que esta última le emitió al cliente final.

La existencia de facturas de COMCEL a ISESCO y de ISESCO al cliente final es incuestionable. Estas facturas, que son el ariete de la Sentencia, merecen los siguientes comentarios complementarios:

✚ LAS FACUTARAS EMITIDAS POR COMCEL A ISESCO Y POR ISESCO AL CLIENTE FINAL, REFLEJAN UN MECANISMO DE REMUNERACIÓN QUE ES PROPIO DE LA AGENCIA COMERCIAL:

El legislador expresamente concibió el siguiente mecanismo remuneratorio para el agente comercial:

EXPOSICIÓN DE MOTIVOS CCO: Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. (...) Su remuneración -la del agente- 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.

Este mecanismo remuneratorio, así mismo, lleva implícito una de las formas de distribución que se puede adoptar al amparo de un agenciamiento comercial: El suministro de bienes del empresario agenciado al agente comercial (suministro que se ve reflejado en una factura emitida a nombre del agente) y la colocación de estos bienes en el cliente final por parte del agente comercial (colocación que se ve reflejada en la factura que el agente le emita al cliente final).

En el caso sub iúdice, la existencia de las referidas facturas, en lugar de diluir la existencia de un agenciamiento comercial entre las partes, la confirman, pues en ellas se halla uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial.



LOS TELÉFONOS Y SIM CARDS SE COMERCIALIZARON ATADOS A LOS SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL DE COMCEL QUE ISESCO PROMOVÍO Y EXPLOTÓ BAJO SU ENCARGO:

En el presente proceso resultaron probados los siguientes hechos: (i) COMCEL le encargó a ISESCO la promoción y explotación de los Servicios de Telefonía Móvil Celular (STMC). (ii) En cumplimiento de este encargo, ISESCO comercializó los Servicios de Telefonía Móvil Celular (STMC) en planes pospago y en planes prepago. (iii) Los planes prepago se comercializaron a través de los denominados Kits Prepago y Sim Cards. (iv) Un Kit Prepago está integrado por los siguientes elementos: una terminal (v. gr. un equipo de telefonía móvil celular) y una Sim Card.

En las cartas de comisiones que COMCEL le envió periódicamente a ISESCO obrantes en el expediente se estableció:

Se pagará por una sola vez la suma de \$12.500 por legalización de Kits, 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) 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) Legalización de la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme el Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL. (iv) Envío de los documentos físicos a Archivo Central de COMCEL dentro de los tiempos establecidos 96 horas para Distribuidores de Bogotá, Cali, Medellín, Barranquilla y Pereira, y 120 horas para Distribuidores de Eje Cafetero, Regionales Oriente, Occidente, Córdoba, Sucre, Guajira, Cesar, Atlántico, Bolívar y Magdalena.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como 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.

Entonces, si ISESCO incumplía el CONTRATO SUB IÚDICE y vendía un equipo terminal (teléfono o Sim Card) sin activarlo a la red celular de la convocada, COMCEL, ipso iure, compensaba contra las comisiones causadas a favor de la convocante: (i) el valor del equipo, (ii) el descuento otorgado y (iii) cualquier comisión que se le hubiera reconocido asociada al respectivo equipo terminal.

A partir de los hechos probados, se concluye: (i) ISESCO no podía comercializar los equipos terminales (v. gr. los teléfonos móviles celulares o Sim Cards) en sí mismos considerados. (ii) La comercialización de tales equipos terminales debía hacerse **necesariamente atada** a la prestación de los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL. (iii) En consecuencia, toda persona que adquiría un KIT PREPAGO de contado necesariamente pasaba a ser un suscriptor de COMCEL, v. gr. un cliente de los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL.



LOS SUMINISTROS QUE COMCEL LE FACTURÓ A ISESCO ÚNICAMENTE ABARCARON LOS KITS PREPAGO QUE EL CLIENTE ADQUIRÍA DE CONTADO: Como resultó probado en este proceso, ISESCO comercializó los Servicios de Telefonía Móvil Celular bajo las siguientes modalidades:

- Pospago: Para los planes pospago, ISESCO recibía los teléfonos celulares en depósito (v. gr. COMCEL no se los facturaba). Cuando un cliente adquiría un plan pospago, el cliente le paga directamente a COMCEL el valor del teléfono celular. En la modalidad pospago, ISESCO no obtenía una utilidad en la diferencia en precio (v. gr. un descuento).
- Prepago: Los planes prepago se dividían en dos: (i) KITS Prepago. (ii) Sim Cards. Los clientes de COMCEL, respecto de los Kits Prepago, podían adquirirlos de contado o financiados (a cuotas). Solamente en los KITS Prepago que el cliente adquiría de contado operaba el “descuento”, v. gr., la utilidad que ISESCO obtenía en la diferencia en precio entre el que le facturaba COMCEL y el que ISESCO le facturaba al cliente final. Así se lee en las cartas de comisiones obrantes en el expediente:

KIT PREPAGO DE CONTADO	
Por la venta de Kits de Contado por parte del Distribuidor, COMCEL otorgará al Distribuidor un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:	
RANGO DE PRECIOS	DESCUENTO SOBRE PRECIO AL PÚBLICO
Entre \$ 0 y \$ 50.000	\$ 12.500
Entre \$ 50.001 y \$ 75.000	\$ 18.750
Entre \$ 75.001 y \$ 100.000	\$ 25.000
Entre \$ 100.001 y \$ 200.000	\$ 32.000
Entre \$ 200.001 y \$ 230.000	\$ 37.000
Entre \$ 230.001 y \$ 380.000	\$ 44.000
Desde \$ 380.001	\$ 50.000

En los Kits Prepago que los clientes de COMCEL adquirirían a cuotas (v.gr. financiados), ISESCO recibía una bonificación (comisión); en estos casos, el cliente final le pagaba las cuotas por la compra del Kit directamente a COMCEL y COMCEL, al momento de cada pago, le expedía al cliente la respectiva factura. Así se lee en las cartas de comisiones obrantes en el expediente:

KIT A CUOTAS:

Por la venta de Kits a cuotas, el Distribuidor recibirá un valor de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS	VALOR
0 a \$59.000	\$25.000
\$59.001 a 89.000	\$31.250
\$89.001 a 138.999	\$37.500
\$139.000 a \$260.000	\$44.500
\$260.001 a \$290.000	\$49.500
\$290.001 a \$500.000	\$56.500
Desde \$500.001	\$62.500

En conclusión, La existencia de facturas emitidas por COMCEL a ISESCO únicamente abarcaron los KITS Prepago que el cliente de COMCEL adquiriría de contado. En los demás actos de explotación (v. gr. planes pospago y Kits Prepago-financiados), no se empleó el descuento (utilidad) como mecanismo remuneratorio de ISESCO.

PRECEDENTES ARBITRALES Y JUDICIALES: En los procesos arbitrales que otros agentes comerciales iniciaron en contra de COMCEL, los respectivos Procesos, a propósito de la distribución de Kits Prepago, han sostenido en sus Laudos (obrantes en el expediente):

Laudo Arbitral de febrero 23 de 2007. Tribunal de Arbitraje de PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A. Página 54: La distribución, aspecto debatido en este litigio, es una de las más sentidas necesidades económicas que pueden satisfacerse por la vía contractual. Y a semejanza de otro tipo de necesidades, como la de garantía por ejemplo, que no se satisfacen por medio de una única figura negocial, la de distribución encuentra una variada gama de formas contractuales, típicas y atípicas, a través de las cuales puede alcanzarse el fin práctico requerido por las partes. En efecto, la necesidad de distribución de bienes y servicios puede encontrar satisfacción, fundamentalmente, con (i) el impropio llamado "contrato de distribución", que más técnicamente hablando es una forma de suministro a la que se agrega un pacto de distribución; (ii) el contrato de agencia mercantil para la distribución; (iii) el contrato atípico de concesión mercantil; (iv) el también atípico contrato de franquicia y (v) el contrato de consignación o estimatorio.

Página 55: La norma transcrita muestra las variadas posibilidades que ofrece el contrato de agencia mercantil. El agente puede ser (i) representante de un empresario nacional o extranjero, (ii) fabricante, o (iii) distribuidor de uno o varios productos del mismo. Por tratarse de lo debatido en este litigio, el Tribunal circunscribirá su atención a la agencia como figura contractual idónea para satisfacer la necesidad económica de distribución.

Laudo Arbitral de noviembre 20 de 2014. Tribunal de Arbitraje de SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A. Página 101: El Tribunal estima que la compra y venta de los equipos y productos hace parte de la promoción y comercialización del servicio de telefonía celular y ante esa realidad no es extraño que

*el agente comercial actúe al mismo tiempo como distribuidor de los productos que pone a su disposición el agenciado, tal como lo prevé el propio artículo 1317 del Código de Comercio al advertir que el "comerciante que asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional", lo puede hacer "como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o **distribuidor** de uno o varios productos del mismo". (Se destaca la negrilla). Esto significa que la distribución de productos, entendida como la compra de productos para su reventa, no es ajena a las labores de promoción, ni a la agencia comercial. Tanto es así que al agente se le aplican, en lo pertinente, las normas que regulan el contrato de suministro, por expresa remisión del artículo 1330 del Código de Comercio. Por este aspecto, el Tribunal considera que la utilidad recibida por SIMTEC en virtud de la compra y venta de los equipos y productos, debe tenerse como ingreso para el cálculo de la cesantía comercial, si se tiene en cuenta, además, que el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio incluye expresamente la "utilidad" como parte de dicho ingreso y no hace la distinción que pretende la convocada.*

Laudo Arbitral de abril 4 de 2019. Tribunal de Arbitraje de CELUTEC S.A.S Vs COMCEL S.A. Páginas 93 y ss: *Con este marco de entendimiento, COMCEL en sus alegaciones finales manifestó que "debe tenerse en cuenta que, además de la distribución de servicios, CELUTEC también realizaba la distribución de productos –equipos terminales- los cuales adquiriría en un modelo de compra para la reventa. De esta manera, COMCEL ofrecía a CELUTEC los equipos terminales a un menor valor y el distribuidor a su vez lo vendía nuevamente al consumidor final." Se refiere a la distribución de un kit prepago, integrado por un equipo de telefonía celular móvil y una sim card. (...) Como bien se observa, ninguna utilidad tendría para un usuario o abonado adquirir el Kit Prepago (el teléfono celular y la sim card) si, adicionalmente, el aparato no fuera activado, de manera que pueda servir para lo que está hecho: recibir y hacer llamadas, servicio que solo comenzaría a disfrutar cuando OCCCEL, hoy COMCEL, hubiera recibido de su distribuidor, CELUTEC, los documentos exigidos por aquél y, además, que le hubiera impartido su expresa aprobación. Si además de las convenciones contractuales y las declaraciones mencionadas, se valoran las facturas de venta elaboradas por COMCEL a cargo de CELUTEC, habrá que concluir que, en principio, respecto a la actividad de prepago, CELUTEC no actuaba como agente, en la medida que, en efecto, compraba para revender los equipos y accesorios, asumiendo así una posición propia. Pero no obstante ello, para el Tribunal es claro que esa gestión por parte de CELUTEC de comprar los Kits para revenderlos formaba parte de su actividad integral de promover los negocios de COMCEL, puesto que la distribución de los productos "Kits prepago" consiste en una actividad de intermediación por parte del convocante destinada a contactar al usuario o "abonado" para que éste se vincule mediante un contrato de servicios directamente celebrado con COMCEL, cuyo objeto es la entrega de un aparato telefónico que conlleva, simultáneamente, la asignación de una línea para teléfono celular (...) De todo lo antes expuesto, se concluye que CELUTEC, en su actividad de promover y explotar los negocios de COMCEL, incluyendo las actividades de promover los productos prepago y los postpago, actuaba por cuenta ajena, por cuenta de COMCEL.*

En conclusión, en la facturación que COMCEL le emitió a ISESCO por los KITS PREPAGO DE CONTADO y en la facturación que ISESCO a su vez le emitió al cliente final, se halla un mecanismo remuneratorio propio de la Agencia Comercial. Este mecanismo remuneratorio, además, explica la manera como ISESCO distribuyó entre la clientela de COMCEL los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que fueron necesarios para activar los Kits Prepago que los clientes de COMCEL adquirieron de contado.

La distribución de estos equipos, entonces, se hizo bajo el amparo del CONTRATO SUB IÚDICE como un medio necesario para que COMCEL pudiera prestarle al cliente final los Servicios de Telefonía Móvil Celular en la modalidad prepago (Kits Prepago adquiridos de contado y Sim Cards).

b) No es cierto que ISESCO ASUMIÓ LOS RIESGOS DEL MERCADO: La Sentencia sostiene que ISESCO asumió los riesgos de mercado.

✚ ISESCO NO ASUMIÓ UNA POSICIÓN PROPIA EN EL MERCADO DE LA TELEFONÍA MÓVIL CELULAR, tal y como se ahondo en anteriores secciones de la presente sustentación.

✚ ISESCO, COMO EMPRESARIO INDEPENDIENTE, ASUMIÓ LOS RIESGOS PROPIOS DE SU EMPRESA Y, COMO PERSONA CONTRACTUALMENTE VINCULADA CON COMCEL, ASUMIÓ LOS RIESGOS DE CONTRAPARTE, tal y como se ahondo en anteriores secciones de la presente sustentación.

ISESCO, a propósito de la empresa que organizó para ejecutar el CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, entre otros, *tal y como lo señala la misma Sentencia*, los siguientes riesgos: (i) Riesgos asociados con su capital humano (riesgos laborales, riesgos de contraparte con contratistas, etcétera). (ii) Riesgos asociados con su planta y equipo e inventario disponible (iii) Riesgos asociados con la custodia de bienes y valores propiedad de COMCEL.

c) Conclusiones respecto del CONTRATO SUB IÚDICE como un contrato de agencia comercial y no como una simple "compra para reventa":

- Fue COMCEL, no ISESCO, la parte que asumió una posición propia en el mercado de la telefonía móvil celular; por lo tanto, fue COMCEL la que asumió los riesgos de mercado.

- Fue COMCEL, no ISESCO, la parte que se vinculó directamente con el cliente final, de tal manera que fue COMCEL la que asumió el riesgo de contraparte frente al cliente final - abonado o suscriptor- (p. e. los riesgos de cartera).
- COMCEL, como prestador del Servicio de Telefonía Móvil Celular, fue la parte que obtuvo los principales efectos económicos positivos relacionados con el encargo de promoción y explotación que ISESCO cumplió, v. gr. fue la parte que percibió los ingresos que sus clientes pagaron a cambio de la prestación del Servicio de Telefonía Móvil Celular.
- En contraste, todos los beneficios (comisiones y descuento en los suministros) que ISESCO obtuvo emanaron directamente de los mecanismos remuneratorios consagrados en el CONTRATO, y no de una posición propia en el mercado de la telefonía móvil celular.
- En consecuencia, en el presente proceso quedó demostrado a cabalidad que ISESCO actuó por cuenta de COMCEL.

El CONTRATO SUB IÚDICE de ninguna forma fue entonces, como lo señala la Sentencia, un mero negocio de “compra para reventa”. Al respecto quedó en el proceso de la referencia que sólo para el caso de los planes KITS PREPAGO DE CONTADO se utilizaba el mecanismo remuneratorio del suministro y la facturación de equipos de COMCEL a ISESCO, mientras que en los planes POSPAGO y los demás planes PREPAGO (que fueron la gran mayoría) no aplicaba este mecanismo y por ello en estos no había facturación de COMCEL a ISESCO.

Pero además, la “compra para la reventa”, según se ha dicho, no desnaturaliza, *per se*, la existencia de un agenciamiento comercial, puesto que cuando el agente comercial, como en este caso ISESCO respecto de KITS PREPAGO de CONTADO, ejecuta el encargo de explotación, entre otros actos, mediante actos de distribución anteceditos de suministros (o compraventas), se está en presencia de una agencia comercial si se demuestra, tal y como aconteció en el presente proceso, que la relación subyacente reúne todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, especialmente la existencia del encargo, la existencia de una remuneración y la consecuente actuación del agente por cuenta del empresario agenciado.

3.6.2.5. La clientela gestionada por ISESCO es clientela de COMCEL

Para la Corte Suprema de Justicia, la conquista, conservación y ampliación de la clientela constituyen la finalidad del encargo que el agente comercial asume y, al punto, son el motivo que impulsa al empresario agenciado a celebrar un contrato de agencia comercial; veamos:

Sentencia de octubre 22 de 2001. Sala de Casación Civil. Expediente 5817. Páginas 47 y 48: "Por el contrario, no hay duda de que entre las finalidades que constituyen la causa típica del contrato de agencia comercial y, por ende, que lo define y delimita, se encuentra la de "conquistar, conservar, ampliar o recuperar" en favor del agenciado, una clientela,..."

Sentencia de diciembre 2 de 1980. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 2407. Páginas 251 y 252: "Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a "conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente" para el agenciado o empresario. Según la feliz expresión de Ferrara, el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes". "... todo lo cual indica que el agente conquista, reconquista, conserva o amplía para el empresario y no para él mismo, la clientela del ramo."

Sentencia de febrero de 2005. Sala de Casación Civil. Expediente 750: ""Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida —en un comienzo— a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe —luego— ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada —a través de él— por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso"

Al resultar probado en el presente proceso, según se ha explicado en anteriores secciones de esta sustentación, que la clientela que ISESCO gestionó con objeto del CONTRATO SUB IÚDICE fue una clientela que le pertenece a COMCEL, en este proceso se corroboró entonces uno de los elementos para considerar que el CONTRATO SUB IÚDICE fue un típico negocio de agencia comercial.

Está probado que, durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, ISESCO amplió una clientela para COMCEL:

- a) ISESCO, durante los últimos años de ejecución del CONTRATO, tal y como consta en el **Dictamen Pericial** obrante en el expediente activó un número determinado de abonados y suscriptores en la red celular de COMCEL y, en consecuencia, conquistó y amplió la clientela de COMCEL.

En el presente proceso, entonces, resultó probado que ISESCO, según las cláusulas del CONTRATO y las instrucciones que COMCEL le impartió, v. gr. bajo encargo de COMCEL, promovió y explotó el negocio de telefonía móvil celular que solamente COMCEL está autorizada legalmente a ofrecer y prestar.

- b) Tal y como se ha dicho antes en la presente sustentación, los abonados y suscriptores gestionados por ISESCO se vincularon directamente con COMCEL a través de los contratos de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular que esta última extendió. Los abonados y suscriptores, entonces, pasaron a ser clientes directos de COMCEL, perteneciendo a esta compañía. ISESCO no podía desviar ni distraer la clientela que captó a favor de COMCEL. Al respecto, en el CONTRATO SUB IÚDICE claramente estableció:

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

"24. Convenio. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acuerda que los nombres de Abonados, personas autorizadas y potenciales abonados y los números telefónicos celulares constituyen información confidencial y que son de propiedad de COMCEL. 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.

COMCEL, respecto de los suscriptores que ISESCO gestionaba, decidía si lo admitía o no como cliente suyo. Al respecto el ANEXO A del CONTRATO SUB IÚDICE estableció lo siguiente:

ANEXO A. Tercer Párrafo. COMCEL, a su exclusiva discreción, se reserva el derecho de rechazar la activación de cualquier número de abonados que le entregue el DISTRIBUIDOR, sin que por ello asuma prestación alguna para con éste ni deba reconocerle suma alguna.

Al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, se hizo exigible la obligación contractual a cargo de ISESCO de poner a disposición de COMCEL los contratos de arrendamiento de los locales comerciales donde operaron los establecimientos a través de los

cuales ejecutó el encargo de promoción y explotación del negocio de COMCEL. Esta obligación contractual se pactó en el CONTRATO así:

"7.22 (...). Siempre que EL DISTRIBUIDOR, tome un inmueble, local, establecimiento o punto de venta en arrendamiento o abra en éstos un centro o punto de venta, propio o ajeno, pactará en el contrato respectivo con el Arrendador, una cláusula en virtud de la cual, a la terminación por cualquier causa de este contrato de DISTRIBUCION, COMCEL podrá continuar con el arrendamiento o celebrar directamente con el arrendador un nuevo contrato, sin que en tales casos y en los de terminación del arrendamiento o en los de restitución de tenencia por cualquier causa, deba reconocer suma alguna de dinero por ningún concepto al DISTRIBUIDOR, (...)"

En CONCLUSIÓN, la clientela que ISESCO gestionó durante y ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue la clientela de COMCEL, con lo cual se reafirma, esta vez desde su causa y sus finalidades, que el contrato sub iúdice fue una típica Agencia Comercial.

4. Conclusiones de la sustentación del tercer reparo de la Apelación

Tal y como ha quedado expuesto y demostrado, en el presente proceso, con el texto del CONTRATO SUB IÚDICE como prueba central y nuclear, además de las demás piezas probatorias obrantes en el sumario, quedó completamente probado que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne todos y cada uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, incluido el elemento de la actuación por cuenta ajena, único que la Sentencia señaló como no probado.

La prueba de la existencia de todos los elementos de la esencia del contrato de agencia en el CONTRATO SUB IÚDICE, aunado a la aplicación del Principio del Contrato Realidad y en la línea de los 28 precedentes judiciales y arbitrales que definieron controversias idénticas, conduce a que ese H. Tribunal Superior, tal y como acá se solicita, deberá revocar la Sentencia y declarar prosperas todas las pretensiones de la Demanda de ISESCO relativas a la declaratoria de existencia de un contrato de agencia comercial entre COMCEL e ISESCO.

D. SUSTENTACIÓN DEL CUARTO REPARO

La Sentencia no aplicó las consecuencias normativas derivadas de la existencia de un contrato de adhesión

RESUMEN DEL CUARTO REPARO

El A quo reconoció probado en el presente proceso que el CONTRATO SUB IÚDICE fue un contrato redactado y extendido por COMCEL, un contrato de adhesión para ISESCO, pero de esa relevante conclusión a la cual arribó el A quo por las pruebas del proceso, no extrajo las consecuencias que ordena la ley en relación con la interpretación de los contratos de adhesión, en especial, las relacionadas con la interpretación del contrato, solución de antinomias y la declaratoria de cláusulas abusivas. Al respecto el Recurso de Apelación señaló lo siguiente (págs 12, 13 y 14 de la Apelación):

Frente al extracto *“al absolver el interrogatorio, la representante legal de Comcel S.A., en agosto 25 de 2016, eludió las respuestas a las preguntas de la parte contraria, y tal circunstancia lleva a tener por cierto que Comcel S.A. elaboró y redactó los contratos base de la presente acción”* (pág. 57):

Estima el recurrente que debe dejarse claro, a manera de reparo sobre la sentencia apelada, que la aseveración surtida por el Juez de primera instancia evidencia con claridad uno de los elementos que configura el abuso de la posición de dominio, el cual es la imposición de contratos adhesivos a la contraparte, anulando así la voluntad que debe observarse de cada una de las partes y la consecuente autonomía que en todo momento de la causación y la ejecución de la relación contractual debe estar a disposición de los contratantes, situación que en el caso

Estima la parte recurrente que la consideración del Juzgado para el presente punto desvía lo que en realidad de él se desprende, como quiera que si bien por sí sola la adhesión que un contrato ostente no es un elemento suficiente para generar una agencia comercial, sí puede afirmarse, en

cambio, que constituye prueba razonable y creíble del advenimiento de un abuso de posición dominante contractual, como ya ha sido reiterado a lo largo del escrito de apelación.

Se probará en la sustentación del presente reparo que el carácter del CONTRATO SUB IÚDICE como contrato extendido por COMCEL y de adhesión para ISESCO (que el propio A quo reconoce probado en el presente proceso):

- (i) Es altamente relevante en relación con la interpretación en general del CONTRATO SUB IÚDICE.
- (ii) Es altamente relevante en relación con la interpretación del CONTRATO SUB IÚDICE en lo relativo a su naturaleza jurídica.
- (iii) Es elemento principal y preponderante al momento de definir en favor de ISESCO y en contra de COMCEL las antinomias del CONTRATO SUB IÚDICE y, en consecuencia, la existencia de un contrato de agencia comercial.
- (iv) Es elemento principal y preponderante al momento de definir la existencia de una posición dominio contractual y la existencia de cláusulas abusivas.

SUSTENTACIÓN DEL CUARTO REPARO

1. La Sentencia reconoce que el CONTRATO SUB IÚDICE fue de adhesión

Si tal y como se ha manifestado en la sustentación de los anteriores reparos, se encuentra probado en el presente proceso que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne y configura todos y cada uno de los elementos esenciales del contrato de agencia, es menester definir cómo debe interpretarse dicho contrato, en razón a que algunas cláusulas del contrato, ciertamente meramente nominativas, establecen que se excluye la existencia de un contrato de agencia comercial. En el CONTRATO SUB IÚDICE, entonces, se estipularon cláusulas que conforman el objeto contractual, aquellas que consagran obligaciones y prestaciones de dar, hacer o no hacer, de las cuales extraen y configuran todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial y se encuentran otras cláusulas, no contentivas de prestaciones de dar, hacer o no hacer, sino cláusulas que contienen definiciones, nominaciones o declaraciones, en las cuales se dice que el contrato no es de agencia comercial y se excluye esta naturaleza jurídica. Esta situación configura, lo que se ha denominado una **antinomia**. En la interpretación del CONTRATO SUB IÚDICE, para definir esta antinomia resulta preponderante el hecho probado y admitido por el A quo en su Sentencia, consistente en que el contrato fue redactado y extendido por COMCEL e ISESCO se adhirió al mismo.

Al respecto la Sentencia señaló respecto del carácter de adhesión del CONTRATO SUB IÚDICE lo siguiente:

Ahora, si bien los textos de esos contratos fueron propuestos por Comcel, lo que en principio daría pie para calificarlos de adhesión, esto no tiene la virtualidad de convertirlos en uno diferente al de distribución que nominaron y ejecutaron las partes y por tal motivo, aunado desde luego a las razones que vienen de

(Página 61 de la Sentencia)

Por otra parte, sin desconocer que al absolver el interrogatorio, la representante legal de Comcel S.A., en agosto 25 de 2016, eludió las respuestas a las preguntas de la parte contraria, y tal circunstancia lleva a tener por cierto que Comcel S.A. elaboró y redactó los contratos base de la presente acción, lo que no puede

(Página 60 de la Sentencia)

Adicionalmente, como el caudal probatorio que abunda en el informativo no da pie para que se declaren ineficaces ninguno de los apartes de tales contratos, dado que el supuesto abuso de posición dominante que por parte de Comcel denuncia Ilesco no está comprobado, en cuanto que, aun admitiendo que los textos de esos actos los redactó Comcel, tal circunstancia por sí sola no es determinante para

(Página 60 de la Sentencia)

conocían de antemano los miembros de Ilesco antes de firmarlo y además en palabras del declarante, ellos después de mirarse, decidieron asumir el riesgo; por otro lado, son condiciones uniformes para todos los que se vinculan como distribuidores de Comcel, porque se trata de contratos marco, según declaración de Mauricio Acevedo, pero lo ventral en torno al estudio de esta declaración es

(Página 58 de la Sentencia)

2. COMCEL, como predisponentes del CONTRATO SUB IÚDICE, extendió las siguientes cláusulas (las cuales ciertamente no establecen obligación alguna pues se trata de cláusulas meramente declarativas que pretenden denominar el contrato):

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

14. Marcas: (inciso 5º) Por consiguiente, aun cuando las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, (...)

Anexo F, numeral 4º: 4o. Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución (...) En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, (...).

3. Antinomia relativa a la calificación del CONTRATO SUB IÚDICE

Las citadas cláusula cuarta, el inciso 5º de la cláusula decimocuarta y el numeral 4º del Anexo F están amparados por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC). **PERO**, asimismo, tal y como se ha dicho antes, otras cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE en las que se hallan los elementos esenciales de la Agencia Comercial están también amparadas por el principio *pacta sunt servanda*.

Del texto contractual extendido por COMCEL (cláusula 4ª, inciso 5º de la cláusula 14, numeral 4º del Anexo F, etcétera), por una parte, y de los elementos esenciales del CONTRATO SUB IÚDICE, por la otra, se pueden deducir DOS VOLUNTADES NEGOCIALES que son contradictorias y excluyentes entre sí:

- Una primera voluntad negocial que se deduce de la cláusula cuarta que COMCEL redactó, y también de aquellas otras estipulaciones contractuales que intentan derrotar toda posibilidad de una Agencia Comercial, bien sea excluyéndola expresamente, o mediante una velada calificación del CONTRATO como un atípico negocio de Distribución.
- Otra 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 SUB IÚDICE incorpora 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 "antinomia":

RAE / Antinomia. (Del lat. antinomia, y este del gr. ἀντινομία, de ἀντί, contra, y νόμος, ley).

1. f. Contradicción entre dos preceptos legales. **2. f.** Contradicción entre dos principios racionales.

El CONTRATO no puede ser un negocio atípico de distribución y, al mismo tiempo, una Agencia Comercial; tampoco se puede manifestar la exclusión de un agenciamiento comercial y, simultáneamente, configurar sus elementos esenciales.

4. Las Partes celebraron y ejecutaron un contrato que reúne todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial

En las secciones anteriores secciones de la presente sustentación, se demostró que el CONTRATO SUB IÚDICE, a partir de su propio clausulado y en armonía con la manera como las partes lo ejecutaron, reunió los elementos esenciales de la agencia comercial.

COMCEL y ISESCO, entonces, celebraron y ejecutaron un típico contrato de Agencia Comercial.

5. La aplicación del principio del Contrato Realidad a la interpretación del CONTRATO SUB IÚDICE

5.1. Principio del "Contrato Realidad". Aproximación legal:

Este principio, en materia civil y por ende comercial⁴, 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 (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 en las relaciones contractuales comerciales, 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".

En suma, a partir de los artículos 1501 y 1618 del CC por una parte, y de los artículos 22 del CST y 8º de la Ley 153 de 1887 por la otra, se predica que sobre el contrato sub iúdice rige el principio del "Contrato Realidad".

⁴ 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."

5.2. 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 conjugaran 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 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 partis 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.

5.3. CONCLUSIONES sobre la aproximación al principio del Contrato Realidad

- 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.
- 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.
- El CONTRATO SUB IÚDICE, al reunir los elementos esenciales de un típico contrato de Agencia Comercial y al margen de la denominación y las demás condiciones accidentales que COMCEL extendió como predisponente, debe ser calificado como un típico agenciamiento comercial.
- En consecuencia, entre COMCEL como agenciado y ISESCO 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

6. El contrato de adhesión y la antinomia

En el presente proceso resultó probado, tal y como lo reconoce el A quo en la Sentencia, que COMCEL fue la parte que extendió el CONTRATO SUB IÚDICE y que este negocio, respecto de ISESCO, fue de adhesión. Son diversas las implicaciones que acarrea el que el CONTRATO SUB IÚDICE 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, en los siguientes casos:

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.

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. Al respecto la Corte Suprema de Justicia ha señalado lo siguiente:

"Sentencia de mayo 8 de 1974, CSJ 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"

ANTINOMIA: El CONTRATO extendido por COMCEL, incorpora una antinomia: Por un lado, están aquellas cláusulas que intentan derrotar toda posibilidad de una Agencia Comercial, bien sea excluyéndola expresamente o mediante una velada calificación del sub iúdice como un atípico negocio de Distribución. Por otro lado, está la causa originadora, el objeto estructural y las obligaciones emanadas del contrato celebrado y ejecutado, los que permiten deducir que el CONTRATO SUB IÚDICE incorporó los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

Esta Antinomia presente en el CONTRATO, en recta aplicación del Art. 1624 CC, se debe resolver a favor de la calificación del CONTRATO SUB IÚDICE como un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, v. gr, a favor de ISESCO como adherente y en contra de COMCEL la predisponente.

7. Conclusiones sobre las consecuencias de la prueba sobre la calidad de CONTRATO SUB IÚDICE como un contrato de adhesión

Las antinomias del CONTRATO SUB IÚDICE que han sido expuestas deben resolverse a favor de la su calificación como un contrato típico y nominado de Agencia Comercial, con fundamento:

- (i) En la interpretación hecha a favor del adherente (ISESCO)
- (ii) En atención a la manera como las partes ejecutaron el negocio
- (iii) En recta aplicación del principio del Contrato Realidad, la referida antinomia del CONTRATO se resuelve a favor de

8. Del error de derecho cometido por COMCEL como predisponente del contrato y por ISESCO como adherente y de la excepción propuesta por COMCEL relativa a la prohibición de actuar en contrato de actos propios.

COMCEL, tal como se probó, 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 ISESCO.

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 ISESCO 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".

Este "Error de Derecho", en voces del Código Civil, resultó ser completamente inerte no viciando el consentimiento:

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

De la Excepción de Mérito que COMCEL propone basada en la "Prohibición de actuar en contra de los Actos Propios": COMCEL, al contestar la demanda, acusa a ISESCO de ir en contra de sus propios actos. Esta acusación se fundamenta en el hecho de que ISESCO celebró el CONTRATO y, durante dos décadas, guardó silencio respecto de su calificación como un agenciamiento comercial para

luego, al momento de su terminación, "sorprender" de "mala fe" a COMCEL con una reclamación en este sentido.

Sostiene COMCEL que IESCO no puede suscribir un contrato atípico de distribución y, posteriormente, actuar en contravía de este acto propio, alegando que lo que celebró fue un contrato de Agencia Comercial.

La excepción de COMCEL, por las siguientes razones, está llamada a fracasar:

- 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 IESCO 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". Este error de derecho no constituyó un vicio del consentimiento que afectara la validez del negocio celebrado.
- Como resultó probado en este proceso, IESCO y COMCEL, en realidad, suscribieron un contrato de Agencia Comercial. El negocio celebrado, entonces, corresponde con las pretensiones que IESCO elevó en su Demanda, de tal manera que IESCO, lejos de ir en contra de sus propios actos, actúa coherentemente.

Paradójicamente, es COMCEL y no IESCO, la parte que está actuando en contra de sus propios actos, con lo cual se revela la "mala fe" que le es imputable, tanto como predisponente del CONTRATO, como ahora en su condición de sujeto procesal; veamos:

COMCEL ostentó una notoria posición de dominio contractual frente a IESCO y, (i) al momento de concebir y dictar el CONTRATO, (ii) durante su ejecución, y (iii) como sujeto procesal en la presente litis, ha intentado, por todos los medios, eludir o, en su defecto, minimizar las consecuencias económicas y normativas connaturales a la Agencia Comercial. Hacen parte de estos intentos los siguientes:

- ✚ COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución.
- ✚ COMCEL excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de IESCO.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas de indemnidad a su favor.

- ✚ COMCEL impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas que simulan débitos de IESCO que están llamados a compensarse con la prestación mercantil reclamada (cláusulas 14, Anexo C: comisiones copo, etcétera). Como se deduce de las pretensiones elevadas en su demanda de reconvención, COMCEL está tratando de hacer valer la fórmula elusiva de la cláusula 14.

En conclusión, COMCEL dictó, celebró y ejecutó un típico contrato de Agencia Comercial y, en un actuar contradictorio, alega que el CONTRATO fue un atípico negocio de distribución.

Esta actitud de COMCEL, reprochable en sí misma, se torna inexcusable hoy en día, cuando 28 laudos y sentencias, de manera consistente y uniforme, han declarado que esos contratos extendidos por COMCEL cuyos textos y formas de ejecución corresponden con los del CONTRATO SUB IÚDICE, fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial.

E. SUSTENTACIÓN DEL QUINTO REPARO

La Sentencia negó la nulidad de ciertas cláusulas contractuales, porque no se probó error, fuerza o dolo, cuando lo que se solicitó por IESCO fue diferente, a saber, la nulidad e ineficacia por el carácter abusivo de dichas cláusulas

RESUMEN DEL QUINTO REPARO

La Apelación reparo que el A quo en la Sentencia negó la nulidad e ineficacia de las cláusulas contractuales que trataron de excluir la existencia de un contrato de agencia comercial, porque consideró que no estaba probado un vicio en el consentimiento por error, fuerza o dolo de parte de IESCO, cuando realmente la nulidad e ineficacia solicitada en la Demanda no se fundaba en dichos vicios del consentimiento, sino en el carácter abusivo de las respectivas cláusulas, temas completamente diferentes.

Al respecto la Apelación señaló lo siguiente:

Así las cosas, las declaratorias pedidas por esta parte, relacionadas con los apartes citados y con las pretensiones elevadas y dirigidas a atacar los puntos contractuales viciados, fueron indebidamente acogidas por el a quo al observarles este de manera sesgada, **en el entendido de haberse ignorado que no se encuentra el presente caso inmerso en una violación flagrante o evidente de una norma de orden público o de un vicio del consentimiento en estricto sentido, sino que, violentando el Artículo 333 de la Constitución Política Colombiana y con ello toda la batería normativa y de principios que le coadyuva,** fueron impuestas a mi representada toda la serie de condiciones y disposiciones contractuales referidas a lo largo del entramado procesal y de la manera probada y reiteradamente señalada dentro del sumario de la referencia, **anexándose a tal situación el hecho de haberse dado con ocasión del abuso de una posición dominante ejercida por COMCEL S.A.;** no solo como extremo contractual dominante al evidenciarse su influencia por medio de su capacidad logística y de mercado en las condiciones en que debiera darse el vínculo contractual, sino también como empresa dominante en el sector de telecomunicaciones que era para el momento de los hechos alegados en el líbello demandatorio.

(Página 4 de la Apelación)

En la sustentación del presente reparo, se probará que, a contrario sensu de la Sentencia:

- (i) IESCO solicitó la nulidad e ineficacia de las cláusulas del CONTRATO SUB IUDICE que negaron la existencia de un contrato de agencia comercial, no por motivo de vicios en el consentimiento - error, fuerza o dolo-, sino porque las mismas fueron cláusulas abusivas impuestas por COMCEL a IESCO en ejercicio de una posición de dominio contractual.
- (ii) Se probó en el presente proceso que las referidas cláusulas se identifican como cláusulas abusivas impuestas por COMCEL a IESCO.
- (iii) Al ser cláusulas abusivas aquellas que negaron la existencia de un contrato de agencia comercial y al haberse probado que el CONTRATO SUB IÚDICE contiene todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, se corrobora, una vez más, que la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE lo ubica como uno de agencia comercial.

SUSTENTACIÓN DEL QUINTO REPARO

1. La Sentencia negó la nulidad de las cláusulas que excluyeron la existencia de una agencia comercial y las demás cláusulas frente a las cuales la Demanda solicitó declaración de nulidad, porque no se probaron vicios en el consentimiento de ISESCO derivado de error, fuerza o dolo. Al respecto la Sentencia señaló lo siguiente:

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

(Página 33 de la Sentencia)

Por otra parte, sin desconocer que al absolver el interrogatorio, la representante legal de Comcel S.A., en agosto 25 de 2016, eludió las respuestas a las preguntas de la parte contraria, y tal circunstancia lleva a tener por cierto que Comcel S.A. elaboró y redactó los contratos base de la presente acción, lo que no puede afirmarse es que forzó a Isecco a suscribirlos, pues esta dio su aquiescencia a tales textos, por cuanto el resto de las pruebas permiten verificar que ésta tuvo la oportunidad de abstenerse de firmarlos, pues no demostró de que hubiera mediado fuerza como vicio de su voluntad para tal fin, misma situación que debe

(Página 56 de la Sentencia)

arsenal probatorio en conjunto, acorde con las reglas de la sana crítica arroja como conclusión, es que todos esos actos pre contractuales los hizo para celebrar los contratos que finalmente suscribió con Comcel y que son los que a este expediente se aportaron y no otros diferentes.

(Página 53 de la Sentencia)

2. Lo que se alegó en la Demanda de ISESCO, respecto de la nulidad e ineficacia de una serie de cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE, no fue, como lo señala y analiza la Sentencia, la existencia de vicios en el consentimiento, por causa de error, fuerza o dolo. Aquello que se solicitó en la Demanda y pretensiones de ISESCO no fue que se declarase que ISESCO fue engañada para firmar el contrato, ni que fue forzada a firma el contrato, ni que firmó un contrato determinado creyendo que era otro distinto. NO. Eso no fue lo pedido en la Demanda y sus pretensiones. Lo realmente peticionado y así se puede corroborar en la Demanda y en el recurso de apelación que acá se sustenta, fue declarar que determinadas cláusulas del contrato se identifican como *cláusulas abusivas*, redactadas y extendidas por COMCEL en un ejercicio abusivo de su posición de dominio contractual. En las siguientes secciones se explica por qué fue probado en el presente proceso que las referidas cláusulas tienen ese carácter y, por lo mismo, a contrario sensu de la Sentencia, debe declararse su nulidad e ineficacia.
3. Tal y como lo concluyó el A quo en la Sentencia, se probó en el presente proceso que COMCEL redactó y extendió el CONTRATO SUB IÚDICE, al cual ISESCO se adhirió. Además, según consta en los documentos obrantes en el expediente del presente proceso y en los testimonios rendidos (Ver testimonio de funcionario de COMCEL Mauricio Acevedo, arriba citado en este memorial), COMCEL a lo largo de la relación contractual impartía las instrucciones e indicaciones a ISESCO sobre la forma de ejecutar el CONTRATO SUB IÚDICE, instrucciones que eran uniformes para todos los miembros de la red de agentes distribuidores de COMCEL, incluida ISESCO. Está probado y es evidente que COMCEL respecto de ISESCO tenía una posición de claro dominio contractual.
4. COMCEL fue la parte dominante que redactó y extendió las cláusulas contractuales que ISESCO ha solicitado en su demanda sean declaradas nulas e ineficaces, por ser cláusulas abusivas emanadas de un ejercicio abusivo de la posición de dominio contractual de COMCEL. Los diferentes antecedentes arbitrales y judiciales que han definido las controversias entre COMCEL y los miembros de su red de agentes distribuidores, se han pronunciado sobre la nulidad de estas cláusulas, **que tal y como se verá son idénticas a las cláusulas que ISESCO solicita anular.**

Seguidamente el análisis jurídico sobre la nulidad e ineficacia de cada una de las referidas cláusulas, que ha sido declarada en los referidos procesos arbitrales y judiciales, porque, como se verá, todas son cláusulas predispuestas e impuestas por la parte dominante COMCEL, que únicamente la benefician a este última y perjudican a la parte adherente, en este caso ISESCO:

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

LAUDO MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

"Como se estableció al estudiar la pretensión primera de la demanda los contratos celebrados por las partes reúnen los requisitos esenciales del contrato de agencia comercial motivo por el cual, más allá del nombre que las partes le hubiesen otorgado al convenio, lo que verdaderamente pactaron y ejecutaron fue un negocio de esa naturaleza. En ese sentido es claro que esta cláusula intenta desnaturalizar el verdadero contenido del contrato pues al darle una denominación diferente pretende no solo que de él se excluyan las disposiciones legales que expresamente lo regulan sino precisamente convertirlo en otro que no es para eludir las consecuencias económicas que le son propias y por ello, en lo que respecta a esta cláusula, se habrá de acceder a las pretensiones 24 y 25 (Página 94).

- 4.2. Cláusula 14, inciso 5º del CONTRATO SUB IÚDICE: *"(Inciso 5º) Por consiguiente, aun cuando las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en este tipo contractual, o también en el caso COMCEL deba reconocerle cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR-COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibido por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuera inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento o reconvencción alguno al que se renuncia expresamente."*

El carácter abusivo de esta cláusula quedó perfectamente establecido en la Ratio Decidendi del laudo arbitral dictado en el siguiente proceso:

LAUDO MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A.

Lo primero que se observa, por parte de este Tribunal es que en el texto del contrato, quien es llamado distribuidor posee diferentes obligaciones, que no derechos, ligados a alistar el establecimiento de comercio y ostentar en éste los signos distintivos del empresario, observar sus manuales de imagen y

posicionar su marca y, que al término de la relación, debe proceder a su desmonte integral, de modo que este conjunto de actividades en la realidad de los hechos está pactada en directo y mayor beneficio del empresario. El uso de la infraestructura del empresario resulta de la necesidad de ejecutar prestaciones a favor del propio empresario y la función del agente está más bien ligada a acreditar la marca del empresario en el mercado que a acreditar su propio establecimiento que, dicho sea de paso, al término de la relación no puede mantenerlo y distinguirlo con algún tipo de asociación de marca con el empresario. Esta sola consideración denota la ausencia de una causa negocial que fundamente la prestación indicada, pues la referida no corresponde a una causa real o seria que sirva como sustento para el reconocimiento de la prestación indicada a favor del empresario, por lo que no es posible hallar un vínculo de equivalencia entre las prestaciones pactadas. La falta de realidad y seriedad de la causa, se destaca tanto más, cuando la obligación posee un carácter condicional. La condición suspensiva de la que pende la obligación en cuestión, consiste en el evento en que el contrato sea calificado como agencia y se deba pagar la prestación correspondiente, lo que denota que el verdadero móvil de su inclusión ha sido esquivar el pago de la cesantía comercial, mediante la creación de una prestación a favor del empresario que mediante una imitación servil de la fórmula legal con un factor adicional de agravación, estaría llamada a neutralizar los efectos económicos que se derivarían de una condena en contra del empresario por este concepto y a inhibir las reclamaciones ante la justicia por parte del agente, lo que constituye un auténtico fraude a la ley. Pero, además, salta a la vista el abuso, esta vez dirigido a detraer al agente las sumas que haya podido obtener como producto de haber acudido al aparato de administración de justicia y, para incluso inhibirle de ello, ante la posibilidad de salir a deber una suma mayor. Lo anterior implica no solamente una vulneración al derecho sustancial del agente a la prestación en su favor, sino además, una violación al derecho constitucional fundamental a tutela judicial efectiva de sus intereses jurídicos. Concurrén, en consecuencia, de sobra, en el presente evento, las mismas razones que han llevado a este Tribunal a concluir la ineficacia negocial de las cláusulas que cambiaron la denominación de los contratos con el ánimo de sustraerlos de la regulación aplicable a los contratos de agencia, por lo que se decretará la prosperidad de las pretensiones correspondientes. (Página 165 a 168).

Laudo Arbitral dictado en el proceso de SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A. (Págs. 69 y 70): Sostuvo el Tribunal de Arbitraje:

c) Cláusula 14, inciso 5º: "(...)." Aparece como una constante en los diversos contratos que han sido estudiados por tribunales de arbitraje similares y no solo lesiona a la parte débil desvirtuando la naturaleza de contratos como la agencia mercantil sino que, además, le impone una carga adicional equivalente a una suma de cuantía casi idéntica a la prestación propia de la agencia mercantil. La convocada -COMCEL- en sus alegatos de conclusión afirma que no existe causa u objeto ilícito ni nada que impida a las partes que se reconozcan sumas determinadas o determinables de dinero con la finalidad que en el desarrollo de su actividad negocial se vean retribuidas patrimonialmente conductas que los benefician. La causa de la obligación pactada, continua, sin lugar a dudas es la contraprestación debida. Estas y otras razones vinculadas al carácter dispositivo irrestricto de las partes podrían ser defendidas en el caso de contratos

negociados; pero visto el carácter y características propias de los contratos de adhesión y su interpretación, el Tribunal encuentra que la cláusula redactada por COMCEL es fruto de un ejercicio abusivo en la posición de dominio contractual y resulta ineficaz.

Laudo Arbitral dictado en el proceso de DISTRICEL S.A.S. Vs COMCEL S.A. (Pág. 122): Sostuvo el Tribunal de Arbitraje:

Cláusula 14, inciso 5º: "(...)." Como se puede apreciar, esta cláusula consagra el pago de una prestación por parte del Distribuidor al agente en el caso en que se declare por un juez que el contrato tiene el carácter de agencia. A este respecto observa el Tribunal que independiente de la validez o no de una cláusula de renuncia a las prestaciones derivadas del contrato de agencia, una estipulación en la cual se establece que el Distribuidor debe pagar al empresario una prestación por el sólo hecho de que se reconozca que el contrato tiene el carácter de agencia mercantil o porque se le reconozcan prestaciones propias de este contrato, establece claramente un desequilibrio injustificado a la luz de la buena fe. En efecto, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 14 de diciembre de 2011 (Referencia: C-1100131030142001-01489-01):el concepto de cláusula abusiva no se restringe a los casos previstos por el legislador, como ocurre actualmente en las relaciones de consumo, sino que incluye otros casos en los cuales se celebran contratos de adhesión y una parte abusa de su poder para imponer determinadas condiciones desequilibradas que no puedan justificarse a la luz del ordenamiento. Por consiguiente, en casos como el que se analiza una estipulación que no fue objeto de negociación particular, que claramente introduce un desequilibrio injustificado a la luz de la buena fe, pues no existe ninguna razón merecedora de tutela jurídica que explique por qué una persona puede obligarse a pagar una suma de dinero porque un juez le dé a un contrato la calificación que corresponde al ordenamiento. Se trata de una cláusula dirigida a desestimular a una parte para acudir a la justicia y ella declare lo que de acuerdo con la ley corresponda y en esta medida pretende afectar el derecho de acceso a la justicia. Para el Tribunal es claro que esta estipulación no es conforme al ordenamiento y por ello accederá a declarar su nulidad".

Corte Suprema de Justicia, Sentencia de Casación Civil de octubre 19 de 2011: En el *obiter dicta*⁵ de esta providencia, la Corte Suprema sostuvo que la Prestación Mercantil, en principio, puede ser objeto de disposición. Sin embargo, en esta misma sentencia se confirmó que todo acto de disposición debe ser claro e inequívoco y su validez exige la ausencia de todo abuso; veamos:

⁵ En la Sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, la Corte señaló que lo dicho en la sentencia de octubre 19 de 2011 lo fue a título de Obiter Dicta y, como tal, no hace parte de la doctrina probable de la Corte Suprema. Asimismo, en la sentencia del 9 de noviembre de 2017, la Corte, esta vez a título de doctrina probable que reitera la posición que la propia Corte sentó desde 1980, confirmó que la Cesantía Comercial o Prestación Mercantil, mientras no se haya causado, es irrenunciable. Esta prestación, entonces, solamente puede ser objeto de renuncia cuando el agente comercial, una vez terminado el contrato de Agencia Comercial y causada dicha prestación, decide, motu proprio, renunciar a ella. En ese sentido, reitera la Corte, toda estipulación que tenga por objeto o por efecto la renuncia de la Prestación Mercantil, es INEFICAZ.

La renunciabilidad de la prestación mercantil, en todo caso, permanece ineficaz cuando su estipulación está inmersa en una cláusula abusiva: “Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma, es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, hace exigible a su terminación por cualquier motivo y es susceptible de disposición por las partes..., desde luego ceñidas a la ley, actos que en principio, se presumen ajustados al ordenamiento y podrán ser ineficaces hoc eiam valet por trasgresión del ius cogens, buenas costumbres, o deficiencias de los presupuestos de validez, ejercicio abusivo de poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc.

No obstante, la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección, probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez... Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, (...). Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente (...) para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas (...). En suma, no obstante el derecho de las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, en ejercicio legítimo de su libertad contractual y autonomía privada dispositiva para disponer de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio a través de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, el acto dispositivo está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su génesis, contenido, validez, eficacia y ejercicio.”

- 4.3. **Cláusula 5.3 del CONTRATO SUB IÚDICE:** “*Cláusula 5.3. del CONTRATO SUB IÚDICE: “EL DISTRIBUIDOR acepta y reconoce expresamente que al vencimiento de la Vigencia inicial de este Contrato, o de sus renovaciones automáticas por periodos mensuales, o de su renovación expresa, o al momento de la terminación por cualquier causa de este Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones, contribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa, a favor de EL DISTRIBUIDOR.”*

Dentro de los conceptos “créditos”, “prestaciones” o “pagos” que sean de “cualquier naturaleza” o provengan de “cualquier causa” a que se refiere la cláusula, caben, precisamente, la Prestación

Mercantil y las demás indemnizaciones que ISESCO reclama en el presente proceso. Esta cláusula, entonces, involucra veladamente una renuncia confusa y abusiva de los derechos de ISESCO y, en contracara, una exención todopoderosa a favor de COMCEL.

LAUDO EVER GREEN S.A. Vs COMCEL S.A.

De manera similar a lo expuesto respecto de la parte pertinente del Anexo A, el texto atacado de esta cláusula constituye un abuso del derecho porque no hay razón para que a la terminación del contrato no se paguen las comisiones causadas y no canceladas hasta ese momento, porque éstas remuneran la actividad de la convocante. Además de la invalidez de esta estipulación contractual por las razones anotadas, de no pagar la totalidad de las comisiones, Comcel incurriría en un enriquecimiento sin causa. (Página 58).

FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.

En este punto destaca el Tribunal que si bien actualmente es posible renunciar a la prestación de que trata la norma citada -Art. 1324 CCO-, en todo caso, han de observarse con estrictez, los móviles o propósitos que condujeron a ese pacto dispositivo de los contratantes, pues, por ejemplo si se llegara a establecer que transgreden las buenas costumbres o contiene cláusulas abusivas derivadas del poder dominante, o desconoce las condiciones de debilidad o inferioridad de una de las partes, o rompe de manera palmaria el equilibrio de las prestaciones, o simula un acto con propósitos torticeros, no puede otorgársele el efecto a la estipulación contenida en el contrato.

Si con lo que hasta este pasaje del laudo se viene afirmando, es claro que, de concierto, algunas de sus cláusulas muestran paladinamente la insinceridad, ausencia de buena fe, notoria asimetría en las prestaciones, el disfraz o ropaje mediante el cual se camufló el contrato sometido a consideración del Tribunal, el carácter condicionado de las renunciaciones, que las circunscriben al reconocimiento del contrato a la eventualidad de que se llegare a descubrir que la relación comercial era realmente de agencia comercial, lo que viene a demostrar, por contera, el comportamiento elusivo del empresario frente a los efectos propios de este tipo de convenios, o sea algunas conductas claramente demostrativas de cláusulas abusivas derivadas de la posición dominante, seguramente ante el poder que le otorgaron las estipulaciones predispuestas, ellos resultan ser algunos elementos de convicción suficientes que conducen a estimar cómo, por este lado también la cláusula puesta en conocimiento por la convocante se resiente de nulidad, de acuerdo con los textos legales citados. (Página 85 a 87).

En lo que a la Prestación Mercantil se refiere, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 2017, ratificó que esta prestación no es susceptible de ser renunciada durante la vigencia del respectivo agenciamiento comercial; veamos:

Sentencia de noviembre 9 de 2017. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona. Expediente: 73001-31-03-004-2011-00081-01: Página 26: Incluso, pueden los contratantes

acordar la renuncia al respectivo instituto, precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público, en razón a la misma volubilidad de este concepto; siempre y cuando revista voluntad expresa, y observe como límites infranqueables: las prohibiciones del uso abusivo del derecho, de la simulación, del fraude de regímenes legales protegidos, como el derecho laboral; o, de la imposición de cláusulas abusivas. Sin embargo, en el caso de la dimisión, ésta podrá abrirse paso, una vez consolidada, porque nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado a su patrimonio, mucho menos, cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente. A propósito, desde 1980 esta Sala ha sostenido que "(...) la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho es crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que, en tales circunstancias, no pueda renunciarse y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación." (*)

(*) PIE DE PÁGINA: CSJ. Sala de Casación Civil. Sentencia. Gaceta Judicial No. 240 M.P. Germán Giraldo Zuluaga, diciembre 2 de 1980. Por esta tesis aboga la Sala, a pesar de la obiter dicta que pueda derivarse de la sentencia del 19 de octubre de 2011, al admitir la renuncia anticipada, y por tanto, pudiéndose inferir, al momento de la celebración, ya en la ejecución. Esto no significa, desconocer el carácter eminentemente dispositivo de la regla 1324 en su inciso 1º del Código de Comercio y de la estirpe patrimonial de la prestación allí prevista; simplemente, se trata de la persistencia en aquella doctrina, por su raigambre de probable (art. 4 de la Ley 169 de 1896), bastión para la seguridad jurídica y confianza legítima; así como de observancia del principio de que nadie renuncia de un derecho o de un bien que no se ha incorporado en su haber; amén, de que el razonamiento de la sentencia del 19 de octubre no constituye una ratio decidendi, en el asunto juzgado para entonces, sino de una argumentación persuasiva e incidental sin carácter vinculante con la decisum.

- 4.4. Cláusula 14, inciso 3º del CONTRATO SUB IÚDICE: *"(inciso 3º) ... sin que EL DISTRIBUIDOR ni sus subdistribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncia expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de COMCEL por designarlo distribuido."*

La "contraprestación económica" a que se refiere esta cláusula puede abarcar la Prestación Mercantil y las demás indemnizaciones que ISESCO reclama en el presente proceso. En ese aspecto se reitera lo dicho respecto de la cláusula 5.3 (Ver inciso anterior).

En cuanto a la renuncia al derecho de retención, la justicia arbitral ha sostenido:

LAUDO MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

El derecho de retención en la agencia comercial está consagrado en el artículo 1326 del código de comercio norma según la cual “El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización”. No puede olvidarse que el derecho de retención es un privilegio en favor de un sujeto a fin de otorgarle una herramienta adicional para la realización efectiva de algún otro derecho que pueda estar amenazado. Y si bien este sería renunciable cuando las partes se encuentran en condiciones de igualdad negocial, lo cierto es que habiéndose encontrado demostrada la posición dominante de COMCEL y la imposición de cláusulas tendientes a desnaturalizar no solo el contrato de agencia comercial sino los derechos mismos del agente, la incorporación de una renuncia al derecho de retención previsto en el artículo 1326 del Código de Comercio – que es lo que en últimas se pactó en esta cláusula – constituye sin duda un desequilibrio contractual en la medida que impone a la parte débil del contrato la renuncia a un derecho que la ley le otorga precisamente para su protección.. (Página 99).

- 4.5. **Cláusula 16.5 del CONTRATO SUB IÚDICE:** “... y, si no se recibiere observación ninguna dentro de los tres (3) días siguientes a su envío, caducará el derecho de cualesquiera reclamación u observación y, será firme y definitiva.”

LAUDO MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A.

Se observa, por parte de este Tribunal, que en el contexto de la relación jurídica, el acta de liquidación se define como un acuerdo de naturaleza transaccional, lo que supone que las diferencias a ser transigidas han de ser por naturaleza, objeto de una mínima deliberación o discusión entre las partes. No obstante, nada impide que el acuerdo se procure por la vía de la oferta, como parece seguirse del procedimiento propuesto, en el que se sujeta un proyecto de acta de liquidación al estudio y aprobación de la otra parte. Varios problemas, sin embargo, se advierten en los textos en estudio, unos de mayor entidad que otros. En criterio del Tribunal, por regla general, que admite algunas excepciones, no pueden los particulares acordar términos de caducidad propiamente dichos, menos aún si se pactan en contra de la parte débil del contrato. No obstante, la expresión “caducidad” es susceptible de interpretarse en sentido largo, como un plazo dirigido a afianzar un acuerdo entre las partes, surtido el cual, el efecto no podría ser otro que declararse frustrada la oportunidad de alcanzar dicho acuerdo acerca de los términos de liquidación del contrato, sin que se inhiba su posibilidad de acudir a la justicia para resolver sus diferencias. Este no parece ser el caso de la disposición contractual, en la que de acuerdo a su contexto, de una parte se apunta a consagrar una auténtica caducidad negocial y la misma se asocia a una especie de voluntad ficta que tiene como consecuencia, incluso, el surgimiento de un título ejecutivo. (Páginas 169 y 170).

4.6. Cláusula 30, inciso 2º del CONTRATO SUB IÚDICE y "Anexo A, numeral 6º del CONTRATO SUB IÚDICE:

"30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos: (Inciso 2º) Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, COMCEL remitirá el acta de conciliación y si no 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.

"Anexo A, numeral 6º del CONTRATO SUB IÚDICE: "Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza."

Porque las dos disposiciones contractuales establecen la misma regla contractual, su análisis se hará conjuntamente.

El carácter abusivo de esta cláusula se fundamenta con los mismos argumentos que se expusieron respecto de la cláusula 16.5 previamente estudiada, así: "No pueden los particulares acordar términos de caducidad propiamente dichos, menos aún si se pactan en contra de la parte débil del contrato. No obstante, la expresión "caducidad" es susceptible de interpretarse en sentido largo, como un plazo dirigido a afianzar un acuerdo entre las partes, surtido el cual, el efecto no podría ser otro que declararse frustrada la oportunidad de alcanzar dicho acuerdo, sin que se inhiba su posibilidad de acudir a la justicia para resolver sus diferencias. Este no parece ser el caso de la disposición contractual, en la que de acuerdo a su contexto, de una parte se apunta a consagrar una auténtica caducidad negocial y la misma se asocia a una especie de voluntad ficta". (Laudo Arbitral dictado en el proceso de MUNDO CELULAR Vs COMCEL, Páginas 169 y 170).

Un mismo pago no puede extinguir simultáneamente dos obligaciones diferentes:

ARTICULO 1626 CC: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Para cada obligación existe la prestación de lo que se debe. Un pago extingue una sola obligación. Los dineros que COMCEL le pagó a ISESCO no pueden extinguir, primeramente, una comisión (remuneración) y, posteriormente, otra obligación cuyo objeto, además, no está determinado: "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”.

Jurídicamente no se puede extinguir una obligación mediante su pago para posteriormente, reversar parte de ese pago (en este caso el 20%) y destinarlo, esta vez, al pago de una segunda y diferente obligación. En este caso, para cumplir la segunda obligación se tendría que incumplir parcialmente la primera, situación que conduce al mismo callejón sin salida: la imposibilidad jurídica de extinguir con un mismo pago dos obligaciones diferentes.

Sin perjuicio de lo anterior, qué mejor argumento para soportar lo pretendido, que invocar los fundamentos que la justicia arbitral ha reiterado para soportar el carácter abusivo y la ineficacia de las disposiciones sub examine:

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 adeudársele 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. Así pues, prospera esta parte de la pretensión cuarta de la sección I de la demanda.

(...) Prosigue el Tribunal con el análisis de las cláusulas denunciadas como abusivas. 3) ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 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 la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza". El contenido de este aparte del anexo A del contrato, coincide íntegramente con el de la cláusula 30 del contrato, inciso final, al que se hizo alusión anteriormente. Por lo tanto, a ello se remite el Tribunal para concluir lo abusivo de la estipulación censurada. Así se declarará con efecto de nulidad absoluta de la cláusula impugnada." (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. Leídas 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).

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.

MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

Observa el Tribunal que la cláusula aquí analizada es totalmente contraria a muchas de las estipulaciones contractuales impuestas por COMCEL. En efecto, el análisis del contrato demuestra en no pocas ocasiones que se incluyó la negativa al pago de cualquier prestación prevista por la ley para la agencia comercial, e incluso se incluyó su renuncia por parte del agente en caso de que ésta se hubiere causado. Resulta totalmente incoherente y contradictorio que si en cláusulas contractuales se está negando la existencia de un derecho o se está disponiendo la renuncia a él, se afirme que en relación con ese mismo derecho las partes han convenido una forma de pagarlo anticipadamente. Se trata no solamente de una actuación incoherente y contraria a la buena fe sino encaminada a desconocer el derecho pleno a la comisión del agente y por lo tanto abusiva. En esos términos el Tribunal accederá a las pretensiones 24 y 25 en relación con esta disposición. (Página 102).

SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

Estas dos disposiciones, idénticas en su espíritu y letra resaltan el evidente desequilibrio contractual al establecer que una proporción del veinte por ciento (20%) de los valores que reciba el adherente constituye un pago anticipado de prestación, indemnización, o bonificación, que resulte exigible cualquiera que sea la naturaleza del contrato. Varias veces el Tribunal analiza en esta providencia no solo las cláusulas sino sus efectos y la forma en la cual se ejecutó el contrato. Se establece mediante este mecanismo una evidente agresión a los intereses y derechos de la convocante que en un supuesto resultaría a paz y salvo con las hipotéticas indemnizaciones a su favor y en el otro resultaría, como pretende la convocada, deudora de la suma que supuestamente se le anticipa mediante el referido veinte por ciento (20%). (Página 71).

MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A.

Para el Tribunal es de lógica elemental que unos recursos que poseen como destinación específica una actividad en concreto y son tanto imputados como registrados contablemente de manera consecuente en un momento dado del tiempo, no pueden simultáneamente imputarse como pago a otra prestación, en

otro momento del tiempo. Se trata nuevamente de una disposición con la que artificioosamente se busca eludir el pago de la prestación a favor del agente, a la que no es dable reconocer validez, por lo que prospera la pretensión pertinente. (Página 174)

4.7. **Anexo F, numeral 4º del CONTRATO SUB IÚDICE:** *"Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiera haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co."*

En lo que a la Prestación Mercantil se refiere, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de noviembre de 2017, ratificó que esta prestación no es susceptible de ser renunciada durante la vigencia del respectivo tal y como se citó en segmentos precedentes.

Seguidamente los argumentos para declarar el carácter abusivo de esta cláusula, reiterados por la jurisprudencia arbitral:

MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A.

No obstante, se observa por parte del Tribunal que el ANEXO F, se limita a contener un modelo o minuta de acta terminación, que no fue suscrita por las partes y, que en el caso de haberse remitido a la parte Convocante, no podría poseer carácter. vinculante con base en un supuesto consentimiento ficto, de conformidad con lo señalado párrafos atrás. En consecuencia, más allá de los reproches que merecen dichos textos, los mismos no poseen un valor normativo propiamente dicho. El Anexo en cuestión, no crea, ni modifica, ni extingue obligaciones entre las partes, por lo que por sustracción de materia, no es posible acceder a declarar la nulidad sobre una simple minuta de terminación, la que, vuelve y se insiste, no es vinculante para las partes. (Páginas 175 y 176)

MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

Sin necesidad de entrar en mayores análisis por cuanto el tema ha quedado estudiado con suficiencia precedentemente, es claro que esta estipulación constituye una prueba más del abuso de la posición contractual de COMCEL y de su deseo de defraudar la ley y de desconocer de manera flagrante los derechos en ella previstos. El objeto de esta cláusula se encamina no solo a desdibujar la esencia del contrato sino que adicionalmente impone desde antes del nacimiento mismo de los derechos legales, su

renuncia, lo cual como ha sido reiterado por la jurisprudencia es inadmisibile. En esos términos, se trata de una cláusula abusiva respecto de la cual han de prosperar las pretensiones. (Página 104).

SIMTEC S.A. Vs COMCEL S.A.

Esta cláusula pretende dos fines opuestos: de una parte, establece que se excluye de manera expresa la tipificación como agencia mercantil del contrato Sub Iudice y de la otra se renuncia a las prestaciones que la ley impone y en especial a la consagrada por el artículo 1.324 del Código de Comercio. Resulta notorio el desequilibrio entre las partes, dado que si bien circunstancias del concepto actual de orden público reconocidas por la jurisprudencia, admiten la renuncia a la prestación propia de la agencia mercantil, esa misma jurisprudencia destaca que dicha renuncia no puede tener su origen en cláusulas abusivas ni en posición dominante contractual. (Página 71)

- 4.8. El siguiente texto que se replica en las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas" que COMCEL extendió en desarrollo del inciso 2º de la Cláusula 30 y del Anexo F del CONTRATO SUB IÚDICE: "EL DISTRIBUIDOR expresamente acepta que dentro de los valores recibidos durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización, bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A., como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil".

Un mismo pago no puede extinguir simultáneamente dos obligaciones diferentes:

ARTICULO 1626 CC: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Para cada obligación existe la prestación de lo que se debe. Un pago extingue una sola obligación. Los dineros que COMCEL le pagó a IESCO no pueden extinguir, primeramente, una comisión (remuneración) y, posteriormente, otra obligación cuyo objeto, además, no está determinado: "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".

Jurídicamente no se puede extinguir una obligación mediante su pago para posteriormente, reversar parte de ese pago (en este caso el 20%) y destinarlo, esta vez, al pago de una segunda y diferente

obligación. En este caso, para cumplir la segunda obligación se tendría que incumplir parcialmente la primera, situación que conduce al mismo callejón sin salida: la imposibilidad jurídica de extinguir con un mismo pago dos obligaciones diferentes.

Sin perjuicio de lo anterior, qué mejor argumento para soportar lo pretendido, que invocar los fundamentos que la justicia arbitral ha reiterado para soportar el carácter abusivo y la ineficacia de las disposiciones sub examine: Seguidamente los argumentos para declarar el carácter abusivo de esta cláusula, reiterados por la jurisprudencia arbitral:

MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A.

La obligación contractual de las partes de suscribir las mencionadas actas, es enteramente válida y responde a un interés legítimo de poner un finiquito a las obligaciones causadas. Aunque las mismas han tomado la forma de actas de conciliación, compensación y transacción, en realidad responden mayormente a cortes o finiquitos de cuenta en una relación de larga duración en la que en su práctica, se perciben algunos rasgos próximos a una cuenta corriente mercantil. Todo parece indicar que con dicha cláusula se ha pretendido fijar de manera indeleble el contenido del acta, recortando los términos legales para extinguir la pretensión acerca de un derecho mayor, de suerte que el agente no pueda acudir exitosamente a la jurisdicción. (...)

En cuanto a las actas celebradas en desarrollo de la estipulación contractual, se estima que la calificación que se hace de la relación como no constitutiva de agencia mercantil, pese a revestir todos los elementos para ello, no resulta vinculante, por contrariar el ordenamiento jurídico. Adicionalmente, la disposición acerca del pago anticipado de ciertas obligaciones futuras y eventuales que no tienen una existencia cierta al momento de la transacción y que se plasman de manera absolutamente condicional en la cláusula, es inválida, a la luz del artículo 2475 del Código Civil que señala que "no vale la transacción... sobre derechos que no existen". Se podría argüir para el caso de la prestación a favor del agente que si bien ésta se hace exigible a la terminación del vínculo, correspondería a un derecho in nuce que le acompaña en el transcurso de la relación, no debiéndose confundir la existencia del derecho con su exigibilidad, pero tal no parece ser caso, al no existir plena certeza de que el derecho se llegue a perfeccionar, como si tratase de un derecho propiamente dicho desde la suscripción del contrato sujeto simplemente a plazo incierto, porque en la denominada cesantía comercial, no sólo juega el plazo, sino otros factores, la prueba es que la expectativa que se tiene sobre ella, no está llamada a realizarse en todos los eventos, piénsese, por ejemplo, en la fusión en cualquiera de los sentidos, entre la sociedad del empresario y la del agente. En todo caso, frente a un derecho que aún no se ha tornado en exigible, no se advierte la existencia en un momento previo a su causación, de un litigio pendiente o eventual, lo que es lo propio de una transacción. Por lo demás, consistente con la posiciones tomadas por este Tribunal, en relación con el carácter abusivo de la posición de dominio contractual de algunos de los textos antes analizados, nota el Tribunal que la fuente de pago a la que se echa mano en tales actas y la disposición pertinente del ANEXO A de los contratos, no es más que la disminución en un 20% de las comisiones debidas y no el aporte genuino de una suma dineraria para asumir el prepago de la obligación en cuestión, con lo que en lugar de conformarse la

hipótesis válida de prepago a la que aludió la Corte Suprema de Justicia en Sentencia de fechada el 28 de febrero de 2005, nos encontramos ante una nueva cláusula de estilo destinada a defraudar los intereses de la contraparte del predisponente. En consecuencia, se estiman nulos los apartes analizados de las actas en mención y por conexidad, la disposición coincidente del Anexo de los contratos, que al estar relacionada con derechos cuya exigibilidad apenas ha surgido con ocasión de la terminación del contrato, no han sido objeto de saneamiento alguno;... (Páginas 177 a 181)

4.9. **Cláusulas de renuncia a la prestación mercantil.** COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas de renuncia de la Prestación Mercantil, así:

En las Actas de Conciliación de Cuentas que COMCEL extendió y también en el Anexo F, anexo que las partes nunca completaron ni firmaron:

"Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor".

En la cláusula 5.3. relativa a la vigencia del CONTRATO, asimismo, se estableció:

"5. Vigencia del Contrato. (...) 5.3. (...) al momento de la terminación por cualquier causa de este Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa ..."

En la cláusula 14 del CONTRATO también se estableció:

"14. Marcas: (...) EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta que inmediatamente después de la terminación de este contrato por cualquier causa ...sin que EL DISTRIBUIDOR... pueda ... reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente ..."

En la cláusula 30 (inciso 3º) y en el numeral 6º del Anexo A se repite la misma regla:

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

En el numeral 5 del Anexo C (Plan Coop), asimismo, COMCEL extiende el siguiente pago artificioso, el cual también está llamado a compensarse con parte de la Prestación Mercantil a que tiene derecho ISESCO:

"5. (...) Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan COOP se imputan en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL S.A. al Distribuidor a la terminación del contrato de distribución".

Todas las anteriores cláusulas de renuncia, en voces de la Sentencia de noviembre 9 de 2017, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, Expediente: 73001-31-03-004-2011-00081-01, además de ser abusivas, resultan ineficaces. Según la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia, la única renuncia que válidamente podría hacer ISESCO de la Prestación Mercantil a que tiene derecho, sería un RENUNCIA LIBRE Y ESPONTÁNEA manifestada con POSTERIORIDAD a la terminación del CONTRATO, v. gr., manifestada una vez ha nacido y se ha hecho exigible este derecho económico.

5. **Conclusiones sobre la nulidad de las cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE** respecto de las cuales se solicitó su anulación e ineficacia en la DEMANDA de ISESCO

Las cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE a que se refiere la Pretensiones TERCERA, SEPTIMA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA SEXTA A TRIGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA OCTAVA de la Demanda nacieron a la vida jurídica amparadas por el principio *pacta sunt servanda* que recoge el Art. 1602 del CC. Ahora bien, la misma norma que incorpora el principio determina, a pie juntillas, su carácter relativo: La fuerza vinculante de un contrato o de una obligación no es absoluta porque puede ser objeto de invalidación, p.e. por causas legales.

En las siguientes líneas se condensan los argumentos que soportan y conllevan a la pérdida de la fuerza vinculante de las cláusulas sub examine, v. gr. se presentarán las causas legales que diluyen su carácter vinculante.

a) COMCEL ostentó una notoria posición de dominio contractual frente a ISESCO y, (i) al momento de concebir y predisponer el CONTRATO SUB IÚDICE, (ii) durante su ejecución, y (iii) como sujeto procesal en la presente litis, ha intentado eludir o, en su defecto minimizar las consecuencias económicas y normativas connaturales a la Agencia Comercial. Hacen parte de estos intentos de COMCEL por eludir y evitar la agencia comercial los siguientes:

- ✚ COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución.
- ✚ COMCEL excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de ISESCO.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas de indemnidad a su favor.
- ✚ COMCEL impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones.

- ✚ COMCEL impuso cláusulas que simulan débitos de ISESCO que están llamados a compensarse con la prestación mercantil reclamada.

b) NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUB EXAMINE: Las cláusulas extendidos por COMCEL constituyen estipulaciones ineficaces que el Juez del contrato debe declarar inoperantes, ora por nulidad, ora por ineficacia en sentido amplio, ora por ineficacia en sentido estricto. La inoperancia de estas cláusulas, sin perjuicio de las demás fuentes jurídicas auxiliares, se deduce de las siguientes normas:

- *Artículo 95-1 de la Constitución Política y artículo 6º del Código Civil*: COMCEL, contrariando una expresa prohibición constitucional (Art. 95-1 CP), abusó de sus derechos cuando concibió y extendió las cláusulas sub examine y lo vuelve a hacer cuando en la presente litis las pretende hacer valer:

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;"

La Constitución Política, es norma de normas (Art. 4º de la Constitución Política), de tal manera que cuando COMCEL abusó de sus derechos y de su posición de dominio contractual, contrarió la Ley.

Las cláusulas extendidas por COMCEL, al ser actos ejecutados contra la expresa prohibición de Ley, se sancionan, en voces del Art. 6º del CC, con la pena de nulidad:

ARTICULO 6º 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."

- *El Art. 830 del CCO*: El Código de Comercio, por su parte, establece:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En las cláusulas abusivas el perjuicio inmediato proviene de la fuerza vinculante que el ordenamiento, en principio, les otorga (*pacta sunt servanda*), al punto que el perjuicio mediato es la consecuencia normativa o patrimonial de su exigibilidad.

Una forma de indemnizar un perjuicio es a través de su reparación *in natura*, es decir, mediante la conservación de la relación contractual en todas sus partes, excepto en las que constituyen actos abusivos: se trata de la reconstrucción de la realidad negocial para adaptarla al ordenamiento jurídico, esta vez dentro de los lindes del ejercicio lícito de los derechos.

Tratándose de cláusulas abusivas, y a partir del Art. 830 del CCO, el afectado puede solicitar la reparación in natura del perjuicio sufrido, reparación que se obtiene mediante la anulación de las respectivas cláusulas. Con su anulación se elimina el carácter vinculante de la cláusula (perjuicio inmediato) y se evita todo daño que se produzca con su exigibilidad (perjuicio mediato).

- La Sentencia dictada el 19 de octubre de 2011 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, expediente: 11001-3103-032-2001-00847-0: La Corte Suprema de Justicia, en octubre 19 de 2011, sostuvo, en el Obiter Dicta de la sentencia, que la Prestación Mercantil es susceptible de ser pagada de manera anticipada durante la ejecución del agenciamiento comercial, y agregó que también puede ser objeto de renuncia, incluso desde el momento mismo de la celebración de este tipo contractual:

La prestación mercantil se considera ahora renunciable: "La doctrina elaborada por la Corte en el año de 1980 respecto de la imperatividad del precepto legal y la indisponibilidad del derecho a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, se inspiró en la prudente interpretación del orden público social o económico dentro del contexto que se estimó imperante entonces, caracterizado por la supremacía de los empresarios agenciados, la desprotección de los agentes, la presencia de relaciones de mercado asimétricas y situaciones inequitativas e injustas en intereses considerados bajo esa perspectiva vitales en la industria y el comercio, y que la Sala juzgó necesario tutelar.

Empero, el concepto de orden público, es dinámico, mutable y cambiante, aunque no esencialmente variable y sus modificaciones se advierten en intervalos relativamente largos en el tiempo. Así, lo considerado hace unos lustros de orden público, no lo es hoy, como lo del presente puede variar mañana, y en verdad, los profundos cambios contemporáneos gestados en la vertiginosa mutación del comercio, las relaciones comerciales y el tráfico jurídico, han modificado

el contexto socio-económico de la época en la cual la Corte sentó la doctrina jurisprudencial de las sentencias de 2 diciembre de 1980.

Con estos lineamientos, en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo, y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes, que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu, a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular, específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas.

En esta misma sentencia, sin embargo, la Corte Suprema advirtió la ineficacia que tienen las cláusulas que establecen pagos anticipados o la renuncia de la Prestación Mercantil cuando estas son ABUSIVAS, v. gr., cuando son extendidas por el empresario agenciado con el propósito de eludir el pago de la prestación mercantil o las indemnizaciones derivadas del agenciamiento comercial. Estas cláusulas continúan siendo, en todo caso, ANULABLES. Al respecto se lee en la sentencia:

La renunciabilidad de la prestación mercantil, en todo caso, permanece ineficaz cuando su estipulación está inmersa en una cláusula abusiva: "Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma, es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, hace exigible a su terminación por cualquier motivo y es susceptible de disposición por las partes, legitimadas aún desde el pacto o durante su ejecución, sea para excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo, ya aumentándolos, bien disminuyéndolos, y también para celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñidas a la ley, actos que en principio, se presumen ajustados al ordenamiento y podrán ser ineficaces hoc eiam valet por trasgresión del ius cogens, buenas costumbres, o deficiencias de los presupuestos de validez, ejercicio abusivo de poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc.

No obstante, la facultad dispositiva de las partes, no es absoluta, ni comporta el reconocimiento de un poder libérrimo e incontrolado. Contrario sensu, su ejercicio está sujeto al orden jurídico, y por consiguiente, a los presupuestos de validez del acto dispositivo, a la buena fe, corrección,

probidad o lealtad exigibles en el tráfico jurídico, y exclusión de todo abuso del derecho. El acto dispositivo, cualquiera sea su modalidad, a más de claro, preciso e inequívoco, debe acatar el ius cogens y las buenas costumbres y los requisitos de validez. Es menester la capacidad de las partes, la legitimación dispositiva e idoneidad del objeto o, la capacidad de los contratantes, la licitud de objeto y de causa, ausencia de vicio por error espontáneo o provocado, dolo, fuerza, estado de necesidad o de peligro. Asimismo, la estipulación dispositiva en forma alguna debe configurar ejercicio de posición dominante contractual, cláusula abusiva, abuso del derecho, (...). Tampoco, implicar un fraude a la ley, ni utilizarse el contrato de agencia comercial para simular un acto diferente...

(...) Ahora, cuando el contrato de agencia o la estipulación dispositiva, sea por adhesión, (...), en línea de principio, se entienden lícitas, ajustadas a la buena fe y justo equilibrio de las partes. Con todo, dándose controversias sobre su origen, eficacia o el ejercicio de los derechos, el juzgador a más de las normas jurídicas que gobiernan la disciplina general del contrato, aplicará las directrices legislativas singulares en su formación, celebración, contenido, interpretación, ejecución o desarrollo y terminación, para verificar su conformidad o disparidad con el ordenamiento y, en particular, el ejercicio de poder dominante contractual o la existencia de cláusulas abusivas, o sea, todas aquellas que aún negociadas individualmente, quebrantan la buena fe, probidad, lealtad o corrección y comportan un significativo desequilibrio de las partes, ya jurídico, ora económico, según los derechos y obligaciones contraídos (cas.civ. sentencias de 19 de octubre de 1994, CCXXXI, 747; 2 de febrero de 2001, exp. 5670; 13 de febrero de 2002, exp. 6462), que la doctrina y el derecho comparado trata bajo diversas locuciones polisémicas, tales las de cláusulas vejatorias, exorbitantes, leoninas, ventajosas, excesivas o abusivas (...).

En suma, no obstante el derecho de las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, en ejercicio legítimo de su libertad contractual y autonomía privada dispositiva para disponer de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio a través de las modalidades admitidas por el ordenamiento jurídico, el acto dispositivo está sujeto a control judicial cuando se presenta una controversia en su génesis, contenido, validez, eficacia y ejercicio."

- Sentencia de noviembre 9 de 2017. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona. Expediente: 73001-31-03-004-2011-00081-01: En esta sentencia, la Corte Suprema de Justicia (i) aclaró que la Sentencia de octubre 19 de 2011 que la propia Corte Suprema de Justicia dictó (M.P. William Namen), cuando señaló que la prestación mercantil es renunciable, lo hizo a título de Obiter Dicta y, (ii) ratificó la jurisprudencia (doctrina probable) que la Corte Suprema, desde 1980, ha reiterado y según la cual la Prestación Mercantil, durante la ejecución de un contrato de Agencia Comercial, es irrenunciable, de tal manera que cualquier acto de renuncia al respecto resulta ineficaz.

Aunque la sentencia de octubre 19 de 2011 es criterio auxiliar suficiente para soportar la pretensión sub examine (aún si su contenido se dictó a título de *Obiter Dicta*), la Corte Suprema de Justicia, en la sentencia de noviembre 9 de 2017, ratificó que la Prestación Mercantil no es susceptible de ser renunciada durante la vigencia de un agenciamiento comercial, de tal manera que toda cláusula de renuncia, aún si no fuera una cláusula abusiva, resulta ineficaz; veamos:

Sentencia de noviembre 9 de 2017. Sala de Casación Civil. Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona. Expediente: 73001-31-03-004-2011-00081-01: Página 26: Incluso, pueden los contratantes acordar la renuncia al respectivo instituto, precisamente porque su regulación no constituye norma de orden público, en razón a la misma volubilidad de este concepto; siempre y cuando revista voluntad expresa, y observe como límites infranqueables: las prohibiciones del uso abusivo del derecho, de la simulación, del fraude de regímenes legales protegidos, como el derecho laboral; o, de la imposición de cláusulas abusivas. Sin embargo, en el caso de la dimisión, ésta podrá abrirse paso, una vez consolidada, porque nadie abdica de aquello que no posee o de cuanto no se ha incorporado a su patrimonio, mucho menos, cuando no se puede renunciar a una expectativa o a un derecho inexistente. A propósito, desde 1980 esta Sala ha sostenido que "(...) la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho es crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que, en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación." ()*

Las estipulaciones sub examine, en voces de la Corte Suprema de Justicia, constituyen cláusulas que, por su causa y naturaleza abusivas, están viciadas con nulidad absoluta, nulidad que se confirma incluso con la sentencia de la Corte Suprema de Justicia de octubre 19 de 2011 y que se reafirma con la más reciente sentencia de noviembre 9 de 2017.

c) CONCLUSIONES SOBRE LA NULIDAD DE LAS CLÁUSULAS SUB EXÁMINE

Con fundamento en el Art. 95-1 de la Constitución Política, Arts. 6º, 1522, 1519, 1524, 1603, 1741 del CC, Arts. 830, 871 y 899 del CCO, y las demás normas concordantes, y a partir de la doctrina inmersa en las sentencias dictadas (i) el 19 de octubre de 2011 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: William Namén Vargas, expediente: 11001-3103-032-2001-00847-01, y (ii) el 9 de noviembre de 2017 por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabona, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, el H. Tribunal, en su laudo arbitral, deberá declarar la INOPERANCIA (por ineficacia en sentido amplio, por nulidad absoluta o por ineficacia en sentido estricto) de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión décima principal.

F. SUSTENTACIÓN SEXTO REPARO

El registro del CONTRATO SUB IÚDICE en el registro mercantil no es requisito de existencia de la agencia comercial

La Apelación reparo lo siguiente citando a la Sentencia:

- Frente al aparte: ***“A más de los anteriores, no puede perderse de vista que para que un contrato pueda catalogarse como de agencia mercantil, debe contener: la ESPECIFICACION DE LOS PODERES O FACULTADES DEL AGENTE, EL TIEMPO DE DURACION Y SER INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (ART. 1320 lb.) y sobre estos particulares aspectos, vemos que si bien los dos primeros están presentes, no acaece así con el atinente al registro” (pág. 36):***

Estima el recurrente que el fallador interpreta de manera errónea el Artículo 1320 del Código de Comercio al expresar que solo puede denominarse contrato de agencia mercantil aquel que

En este punto bastará dejar sentido, sin necesidad de mayores elucubraciones que es un completo yerro de la Sentencia negar la existencia de una agencia comercial porque el CONTRATO SUB IÚDICE no fue inscrito como tal en el registro mercantil.

Sobra decir que este registro tiene un carácter de mera publicidad y oponibilidad frente a terceros, pero no es un requisito de existencia.

G. CONCLUSIONES DE LOS REPAROS DE LA APELACIÓN SUSTENTADOS

Teniendo en cuenta que los reparos de la Apelación sustentados mediante la presente, como se ha explicado en detalle deben prosperar, en consecuencia, ese Honorable Tribunal deberá revocar la Sentencia y en su lugar:

1. Declarar la prosperidad de la pretensión SEGUNDA respecto del carácter de adhesión del CONTRATO SUB IÚDICE.
2. Declarar la prosperidad de las pretensión TERCERA, CUARTA y demás pretensiones en las cuales se solicitó interpretar el CONTRATO SUB IÚDICE, resolviendo sus antinomias bajo los principios del Contrato Realidad, en favor del adherente ISESCO y según su aplicación práctica, y, en consecuencia, interpretar su naturaleza jurídico como de agencia comercial y no como de distribución.
3. Declarar la prosperidad de las pretensiones QUINTA de la Demanda y demás pretensiones relativas a la existencia de la agencia comercial entre ISESCO como agente y COMCEL como empresario agenciado.
4. Deberá la prosperidad de las pretensiones TERCERA, SEPTIMA, VIGÉSIMA, VIGÉSIMA SEXTA A TRIGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA PRIMERA, CUADRAGÉSIMA OCTAVA y todas las demás pretensiones en las cuales se solicitó declarar la nulidad e ineficacia de las cláusulas del CONTRATO SUB IÚDICE respecto de las cuales se solicitó en la Demanda su anulación, entre ellas:
 - Las cláusulas que excluyeron la agencia comercial.
 - Las cláusulas mediante las cuales se renunció a la cesantía comercial o prestación mercantil del ART. 1324 del CC.
 - Las cláusulas mediante las cuales se declaró pagada anticipadamente la cesantía comercial o prestación mercantil del ART. 1324 del CC.
 - Las cláusulas de los documentos denominados Actas de Transacción, en los cuales se estableció que en virtud de las mismas fueron pagados cualquier tipo de deudas de COMCEL para con ISESCO.

5. En la Sentencia, el A quo al haber descartado de forma equivocada las pretensiones relativas a la existencia de la agencia comercial, señaló que no era necesario entonces pronunciarse sobre las demás pretensiones consecuenciales de este, entre ellas, la Sentencia dejó de pronunciarse sobre las siguientes pretensiones consecuenciales de la declaratoria de la existencia de una agencia comercial:

- Las pretensiones OCTAVA, NOVENA, DÉCIMA y demás relativas al pago de la cesión comercial o prestación mercantil del ART. 1324 del CCO.
- La pretensión UNDÉCIMA relativa al pago de los intereses de mora generados sobre la cesantía comercial o prestación mercantil del ART. 1324 del CCO.
- Las pretensiones DÉCIMA TERCERO a DÉCIMA NOVENA y demás pretensiones relativas a la inexistencia de pagos anticipados por parte de COMCEL de la cesantía comercial o prestación mercantil.

Al respecto la Sentencia señaló lo siguiente, al momento de descartar las referidas pretensiones por considerarlas consecuenciales de las pretensiones relativas a la declaratoria de la agencia comercial:

Por ende, como el resultado del estudio de esa forma de ejecutar tal relación entre las partes trenzadas en esta disputa, descarta la opción de tenerla como algo distinto a un contrato atípico de distribución, el aplicar el principio del contrato Realidad, impide declarar la antinomia a que se refiere la pretensión de la actora en ese sentido, así como que "entre Comcel como agenciado, y la actora como agente, se celebró y se ejecutó la relación jurídico negocial típica nominada de agencia comercial, regulada en los artículos 1317 y siguientes del código de Comercio" lo que de contera, lleva al ristre todas las demás pretensiones relativas "A LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LA RELACION JURIDICO NEGOCIAL SUB IUDICE" .

Por descontado debe darse que también debe negársele prosperidad a todas las RELATIVAS A LA PRESTACION MERCANTIL INCISO 1º ART. 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, pues si, tal como lo enuncia Isesco al plantearlas, el que Comcel nunca hubiere reconocido que el contrato ejecutado fuera de Agencia Comercial y negó tal naturaleza en varias de las estipulaciones contractuales por

Por esa razón, esa negativa se extiende a las peticiones relacionadas con el pago de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 Co. Co., y de los intereses moratorios sobre esta deprecados; y en lo que atañe a la petición de declarar que entre julio de 2006 y marzo de 2007, la facturación que Ilesco emitía a Comcel por concepto de la remuneración a su labor, única y exclusivamente contemplaba el pago de "comisiones", destaca irrelevante, circunstancia que también irradia la petición de que se declare "que aunque a partir de abril de 2007, Comcel ordenó a Ilesco facturar dividiendo el valor del 100% la comisión que se le venía pagando en un 80% para su pago y un 20% para supuestos "pagos

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

En esa misma línea, deben negarse las pretensiones relativas a que se declare que las subcuentas auxiliares que Comcel creó con los Nos. 2605101210, 5295050017, pertenecen, en su orden, a los PUCs 260510 y 529505 y que corresponden a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones /Para Costos y Gastos/Comisiones y a Gastos/Operacionales de Venta/ Diversos/Comisiones, así como la de que en las subcuentas auxiliares que Comcel creó con los Nos. 2605101210 y 5295050017 y que llamó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones", no se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del artículo 1324 del Co.Co., ni relativos al pago de indemnizaciones, ni pagos anticipados ni anticipos para el pago, sino a título de comisiones, porque ello solo sería viable si los contratos sub iudice hubieran sido de agencia comercial. lo que acá no acece, destacando que la male fe que Ilesco

(Página 62 de la Sentencia)

Teniendo en cuenta que en estricto derecho por la prosperidad de los reparos de a Apelación deberá declararse la existencia del contrato de agencia comercial, corresponde a ese Honorable Tribunal Superior, y así se solicita, pronunciarse sobre las referidas pretensiones relativas a la prestación mercantil, los intereses moratorios sobre la misma y la inexistencia de pagos anticipados de dicha prestación mercantil, las cuales, como se ha dicho, no fueron decididas de forma alguna por el A quo al considerarlas consecuenciales de la pretensión sobre la existencia de la agencia comercial. Al respecto el INC. 2 del ART. 287 CGP, el cual establece: *"El juez de segunda instancia deberá complementar la sentencia del inferior siempre que la perjudicada por la omisión haya apelado ..."*.

Se solicita a ese H. Tribunal examinar y decidir esas pretensiones consecuenciales de la declaratoria de la existencia de la agencia comercial, respecto de las cuales seguidamente se exponen los argumentos en virtud de los cuales deberán declararse probadas.

LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1º DEL ART. 1324 CCO.

La Prestación Mercantil está regulada en el inciso 1º del Artículo 1324 CCO, así:

"ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) 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 (i) se hace exigible a partir de la terminación de un contrato de Agencia Comercial y (ii) se hace exigible por el solo hecho de la terminación del contrato. 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."

En el presente proceso resultó probado que (i) el CONTRATO SUB IÚDICE es un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, y (ii) que la relación jurídica patrimonial terminó el 27 de febrero de 2011. COMCEL, el 27 de febrero, le ha debido pagar a ISESCO la Prestación Mercantil causada y no lo hizo. El dictamen pericial obrante en el expediente calculó el valor de la referida prestación mercantil en una suma de **TRESCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES TRESCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS (\$364.342.427).**

Ese H. Tribunal Superior deberá declarar la prosperidad de las pretensiones OCTAVA, NOVENA y DPECIMA y condenar a COMCEL a pagar a ISESCO la prestación mercantil del ART. 1324 CCO.

INTERESES MORATORIOS CAUSADOS SOBRE LA PRESTACIÓN MERCANTIL.

1. El contrato de agencia comercial es un contrato mercantil, tipificado y regulado en el Código de Comercio, a partir del ART 1317.

Las obligaciones constitutivas y emanadas del contrato de agencia comercial son obligaciones mercantiles.

Para ratificar lo anterior es pertinente acudir al ART. 20 del C.CO: *"Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 8) El corretaje, las agencias de negocios y la representación de firmas nacionales o extranjeras (...) 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.*

2. Al igual que en todos los contratos en el contrato de agencia, en los términos del ART.1501 del C.C. se distinguen los elementos u obligaciones de su esencia, los elementos u obligaciones connaturales y los elementos u obligaciones accidentales. Detengámonos en los elementos de la naturaleza **"ART 1501. 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"**.

Entonces los elementos u obligaciones son aquellos que emanan la normatividad y de la ley y se aplican y heterointegran el contrato, que sin necesidad cláusula especial de las Partes.

3. La prestación mercantil o cesantía comercial consagrada en INC del ART 1324 es un elemento de la naturaleza del contrato de agencia comercial, consagrado en la ley que heterointegra al contrato celebrado entre las Partes. Al respecto, señala: **"ARTÍCULO 1324. <TERMINACIÓN DEL MANDATO>. 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. Ahora bien, la cesantía comercial o prestación mercantil se identifica como una obligación dineraria de la naturaleza del contrato de agencia; en la cual el **acreedor** es el agente, el **deudor** es el empresario agenciado y el **objeto** de la obligación es el pago de una suma dineraria.

El termino suma debe entenderse según lo ordena el ARTICULO 28 del C.C. en su sentido natural y obvio, según el uso general de las mismas palabras, que es aquel dado por el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española:

Del lat. *summa*.

1. f. Acción y efecto de sumar.
2. f. Agregado de muchas cosas, y más comúnmente de dinero.

Entonces la cesantía comercial o prestación mercantil es una obligación dineraria contenida en la ley, emanada de la naturaleza del contrato de agencia, que tiene un carácter mercantil.

5. Respecto de las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el ART 65 de la Ley 45 de 1990 establece lo siguiente:

Ley 45 de 1990. Artículo 65. 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.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA, SALA DE CASACIÓN CIVIL, EN SENTENCIA DEL 7 DE DICIEMBRE DE 2012, EXPEDIENTE 00327, M. P.: RUTH MARINA DÍAZ RUEDA: La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la disimilitud de los intereses en materia mercantil y el civil: Sobre el tema de la causación de réditos de la especie exigida, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en lo pertinente reza: "En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella". Obsérvese, que el precepto alude al concepto de "obligaciones mercantiles", por las cuales se entiende aquellas que provienen de "actos o negocios comerciales", y también que tengan carácter "dinerario", es decir, que su objeto consiste en la entrega por el deudor a su acreedor de una suma de "dinero";

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."

En consecuencia, sobre el pago de la cesantía comercial, en su calidad de obligación dineraria de carácter mercantil, se causan intereses moratorios en caso de mora y partir de ella.

6. ¿Cuándo se está en mora de pagar la cesantía comercial?

La obligación de pago de la cesantía comercial nace y se hace exigible con la terminación del contrato y en a partir de allí que se empieza a estar en mora de cumplir.

"ART. 1608. <MORA DEL DEUDOR>. 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.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor".

El pago de la cesantía comercial no es una obligación que carezca de termino, por el contrario, tiene un término claramente definido en el INC 1 DEL ART 1324 del CCO:

"ART 1324. <TERMINACIÓN DEL MANDATO>. 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".

Las obligaciones en cuento al termino para cumplirse pueden ser obligaciones puras y simples, cuando confluyen el nacimiento de la obligación con su exigibilidad, obligaciones a plazo, cuando la obligación nace pero sólo se hace exigible tiempo después de su nacimiento y las obligaciones condicionales que quedan en suspenso para nacer dependiendo del cumplimiento de una condición, momento en el cual nacen y se hacen exigibles.

ART 1530 CC. DEFINICION DE OBLIGACIONES CONDICIONALES. Es obligación condicional la que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no.

ART 1536 CC. CONDICION SUSPENSIVA Y RESOLUTORIA. La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho.

El hecho futuro de la terminación del contrato de agencia, genera que la obligación de pagar la cesantía comercial nazca y se haga exigible. El termino para pagar la cesantía comercial es entonces el simple hecho de la terminación del contrato, sin importar su causa.

Entonces, el empresario agenciado está en mora de cumplir la obligación de pago desde la fecha de terminación del contrato de agencia comercial y en consecuencia, al ser una obligación mercantil de carácter dinerario los intereses de mora se generan desde esa fecha.

Al respecto la jurisprudencia ha señalado lo siguiente:

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 venero 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."

Sentencia T-901/02 24 de octubre de 2002 Magistrado Ponente: Dr. MARCO GERARDO MONROY CABRA

"Lo anterior implica que, como es conocido, la mora, en sentido estricto, no se genera de manera inmediata con el incumplimiento de una obligación⁶, sino que cuando no hay un término estipulado para el cumplimiento de la misma y no se trate de una

⁶ El tratadista Ospina Fernández afirma que: "idiomáticamente las expresiones mora y retardo son sinónimas; pero jurídicamente, la noción de la primera es más compleja que la segunda, porque aquella estructura una institución que aparea consecuencias diferentes y más importantes que las del simple retardo. En principio, el deudor tiene que cumplir su obligación cuando esta se hace exigible: si es pura y simple, desde su nacimiento; si es a plazo, al vencimiento de este; y si es condicional, al cumplirse la condición. Ahora bien, si el deudor no realiza la prestación debida en la respectiva oportunidad, incurre en retardo y da lugar a la acción ejecutiva del acreedor, siempre que este se encuentre provisto de un título que reúna las condiciones de fondo y de forma requeridas por las normas procesales (C.de P. C., art. 488). A falta de dicho título, el acreedor tiene que obtener, por la vía del juicio ordinario, el decreto o sentencia de cumplimiento contra el deudor. Pero el simple hecho del retardo en el pago no basta para que el deudor quede constituido en mora. Es además necesario, y en principio, que el acreedor requiera o reconenga al deudor para que cumpla la obligación." (el subrayado es nuestro) (Ospina Fernández, ob cit. p. 101)

obligación que sólo podía ser ejecutada dentro de cierto tiempo, se requiere de reconvencción judicial para la constitución en mora, excepto en obligaciones dinerarias. (...) La mora, como título jurídico para hacer efectivo el cobro de perjuicios en obligaciones dinerarias, se constituye desde el momento en que la persona que tiene a su cargo tal tipo de obligación, incumple con el pago de la misma de acuerdo con el plazo estipulado. Se trata de un retardo sin reconvencción. El perjuicio que se cobra es aquél que el legislador ha presumido; se trata de un perjuicio que al no poder ser dividido claramente entre lucro cesante y daño emergente se ha tasado acorde con la propiedad del dinero, la cual es producir más dinero. En esa medida, el sólo retardo en ese cumplimiento, es indicio claro de perjuicio, que por producirse en una obligación dineraria, genera intereses de mora.

Téngase en cuenta que frente a las obligaciones dinerarias, el momento de constitución en mora es claramente precisable si se tiene en cuenta que la mora se da cuando se incumple con la obligación de acuerdo con el plazo establecido. Lo anterior es fácilmente aplicable a obligaciones dinerarias derivadas de la responsabilidad civil contractual puesto que las partes pueden fijar una fecha cierta en la cual deba ser cumplida la obligación dineraria".

Entonces, el pago de la cesantía comercial como obligación mercantil de carácter dinerario, por disposición legal expresa, se hace exigible desde la fecha de terminación del contrato y por el sólo hecho de la terminación del contrato.

En este punto debe señalarse que los intereses de mora de empiezan a causar en los términos del Numeral 1 ART 1608 del Código Civil desde la fecha de la terminación, **el 27 DE FEBRERO DE 2011** porque este fue el termino señalado en la ley para el cumplimiento de la obligación.

En consecuencia, y al aplicarle al capital debido (\$**364.342.427**) las tasas certificadas por la Superfinanciera, se tiene que los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado entre el 28 de febrero de 2011 y el 5 de agosto de 2020, ascienden a la suma de **\$1.416.869.427**.

Ese H. Tribunal Superior deberá declarar la prosperidad de la pretensión UNDÉCIMA y en consecuencia condenar a COMCEL a pagar a ISESCO los referidos interese moratorios.

INEXISTENCIA DE PAGOS ANTICIPADOS DE LA CESANTÍA COMERCIAL.

Respecto de este punto deberá señalarse lo siguiente, para concluir que está probado en el presente proceso que no se presentaron pagos anticipados por parte de COMCEL en favor de ISESCO de la cesantía comercial del ART. 1324 del CCO:

1. Tal y consta en el presente proceso COMCEL se negó a exhibir los documentos relacionados con su contabilidad que le fue ordenado exhibir por la autoridad judicial. Motivo por el cual, aplica a este hecho lo referido en el ART. 267 del CGP el cual señala:

"ARTÍCULO 267. RENUENCIA Y OPOSICIÓN A LA EXHIBICIÓN. Si la parte a quien se ordenó la exhibición se opone en el término de ejecutoria del auto que la decreta, o en la diligencia en que ella se ordenó, el juez al decidir la instancia o el incidente en que aquella se solicitó, apreciará los motivos de la oposición; si no la encontrare justificada y se hubiere acreditado que el documento estaba en poder del opositor, tendrá por ciertos los hechos que quien pidió la exhibición se proponía probar, salvo cuando tales hechos no admitan prueba de confesión, caso en el cual la oposición se apreciará como indicio en contra del opositor".

En el presente caso la exhibición de la contabilidad de COMCEL buscaba probar que en la misma no consta que se hubiesen efectuado pagos anticipados de la cesantía comercial o prestación mercantil y, en consecuencia, la falta de exhibición injustificada de la contabilidad de COMCEL, según el ART. 267 del CGP genera que se tenga por cierto el hecho que se pretendía probar, a saber, que COMCEL no efectuó a ISESCO pagos anticipados de la cesantía comercial o prestación mercantil.

2. Además, el Dictamen Pericial obrante en el expediente concluye que COMCEL nunca realizó pagos anticipados de la cesantía o prestación mercantil. Al respecto el referido **Dictamen Pericial** señala lo siguiente:

*"(...) 5.2.5.2. Que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de COMISIONES a ISESCO. **Respuesta:** Comcel no tiene contratos de Agencia Comercial por tal razón no se efectúa ningún registro tal como lo enuncia la pregunta (...)*

*5.2.5.3. Que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1º. del art. 1324 C. Co. **Respuesta:** ... en la cuenta 233520 no se reconocen hechos económicos con referencia a la prestación mercantil (...)*

*5.2.5.4. Que el registro de una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1º. del art. 1324 del C. Co. solo opera cuando esta se hace exigible; esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial. **Respuesta:** ... en la cuenta 233520 no se reconocen hechos económicos con referencia a la prestación mercantil (...)*

5.2.5.5. *Que, en consecuencia, COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO SUB IUDICE, nunca le pagó a la DEMANDANTE suma alguna a título de "pago anticipado" de la prestación mercantil del inciso 1º. del art. 1324 del C. Co. Respuesta: ... en la cuenta 233520 no se reconocen hechos económicos con referencia a la prestación mercantil y si hubiera prestación mercantil el registro contable debía ser otro (...).*

3. En relación con el hecho de que en las cuentas en las cuales COMCEL registra el 20% facturado a ISESCO bajo el concepto de pagos anticipados de cualquier tipo de indemnizaciones, la jurisprudencia arbitral ha señalado que en las cuentas contables en las que se contabilizan por parte de COMCEL estas facturas no se registran y contabilizan pagos anticipados de la cesantía comercial o prestación mercantil. Al respecto se cita una de dichas providencias, obrantes en el expediente del presente proceso:

PARTES: LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL SA
FECHA DEL LAUDO: Mayo 15 de 2013

RESUELVE

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.

Ese H. Tribunal Superior deberá declarar la prosperidad de las pretensiones DÉCIMA TERCERO a DÉCIMA NOVENA y en consecuencia declarar que COMCEL no efectuó a ISESCO pagos anticipados de la prestación mercantil.

H. SUSTENTACIÓN DEL REPARO FINAL. EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y ABUSOS DE POSICIÓN DOMINANTE.

Se deja de última la sustentación de este reparo por la **gravedad** económica que la misma conlleva y por la **grosera** de la violación a la normatividad en la cual incurriré el A quo.

1. En la Sentencia el A quo negó la prosperidad de las excepciones de ISESCO frente a la Demanda de Reconvención de COMCEL, porque consideró que no se presentó el abuso de posición dominante alegado por ISESCO. Al respecto la Sentencia señaló lo siguiente:

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

Acerca de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ENORME, recuérdese que en términos del artículo 1601 del código civil, "Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él.", y que acorde con ello, el juez tiene el deber de moderarla cuando apareciere enorme atendiendo las circunstancias, lo que no puede soslayarse es que esa regla general sobre el tema, tiene como excepción, entre otras el que se trate de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, siendo esta última circunstancia la que rodea el caso concreto, dado que de solo otear los contratos en sus literalidades y la

aplicación práctica que le dieron las partes, se verifica que en los mismos no se estableció cuantía, lo que descarta la posibilidad de considerar "enorme" la cláusula penal pactada, eso en primer lugar, porque de allí deriva que no pueda el juez moderarla; argumentos que se extienden para desestimar la excepción que llamó Iseco VIOLACION DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN LA CLAUSULA PECUNIARIA.

En lo que atañe a la que se llamó LA CLAUSULA 27.3.2. DE LOS CONTRATOS PREDISPUESTA POR COMCEL ES UNA CLAUSULA ABUSIVA Y POR TANTO DEBERA SER DECLARADA NULA, ya acotamos que el abuso denunciado por Iseco a lo largo de sus intervenciones no está demostrado, lo que adicionado al hecho de que la nulidad pedida no se amolda a las exigencias de los artículos 1740, 1741 del código Civil, en cuanto que no hay prueba de que esos actos estén maculados por objeto o causa ilícitos, o que reporten falencias en cuanto a los requisitos formales, así como tampoco que se reúnan los presupuestos que indican los artículos 899 a 902 del estatuto mercantil, dirigen a negarle prosperidad a esta defensa.

(Página 71 de la Demanda)

2. En el presente proceso quedó demostrado, como lo señala la Sentencia y tal y como consta en el Dictamen Pericial y en las demás piezas probatorias, que ISESCO, al momento de la terminación del contrato sub iúdice se encontraba en mora de pagar a COMCEL **una suma que no superaba los \$50.000.000**, consecuencia de la mora en la cancelación de 4 cuotas pactadas en un acuerdo de pago suscrito entre las Partes. Al respecto la Sentencia señaló lo siguiente:

Como ya se escudriñó y concluyó que el nexo contractual de distribución que ligó a Comcel e Iseco, se extinguió por el incumplimiento de esta, las pretensiones tanto principales como subsidiarias RELATIVAS A LA TERMINACION SIN JUSTA CAUSA IMPUTABLE A ISESCO, deben negarse en su totalidad, máxime cuando el pago total de los \$877'549.335 que señala Iseco en esta parte de sus aspiraciones, no está acreditado en los términos del artículo 1757, en consonancia con las previsiones de los artículos 1626 y ss, del código Civil; y en cuanto a la mora confesada además, por Iseco, frente al acuerdo de pago suscrito en noviembre 13 de 2009 (cuota mensual de \$36'943.365), durante noviembre de 2010 (\$9'850.950), diciembre de 2010 (\$18'000.000) y enero de 2011 (\$10'000.000), si tuvo la entidad suficiente para acarrear la terminación del contrato porque el simple incumplimiento de un contrato bilateral, por regla general, da lugar a su terminación por parte del extremo que lo cumplió o se allanó a cumplirlo, independientemente del porcentaje o proporción en que tal incumplimiento afecte la economía de la parte cumplida.

3. Si como se ha demostrado en el presente proceso, desde la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, el 27 de febrero de 2011, COMCEL se encuentra en mora de pagar a ISESCO la cesantía comercial del ART. 1324 CCO y, por ser un contrato de agencia comercial, el agente, en este caso ISESCO, ostenta el derecho de retención consagrado en el ART 1326 del CCO, deberá concluirse necesariamente **que ISESCO desde el 27 de febrero de 2011 no se encuentra en mora de pagar a COMCEL ningún tipo de obligación dineraria hasta tanto COMCEL le pague la cesantía comercial o prestación mercantil.**
4. Como consecuencia de que en virtud de la presente apelación se deberá declarar la existencia de la agencia comercial entre ISESCO y COMCEL y la mora de COMCEL en el pago de la cesantía comercial, ese Honorable Tribunal, deberá necesaria y consecuencialmente declarar, tal y como se solicitó en el Demanda, que ISESCO no se encuentra en mora de pagar a COMCEL ninguna obligación dineraria hasta tanto COMCEL cumple con sus mencionadas obligaciones.
5. Ahora bien, tal y como se ha señalado en la presente Apelación, está probado en el presente proceso el incumplimiento de COMCEL al CONTRATO SUB IÚDICE, tanto por la mora en el pago de la cesantía comercial, como por los abusos de posición dominante de COMCEL que igualmente se han probado en la presente sustentación (ver Sustentación Quinto Reparó), EN CONSECUENCIA, derivadas de estas declaraciones que deberán darse en virtud de la apelación, surge necesariamente que se han igualmente PROBADO las excepciones de CONTRATO NO CUMPLIDO y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE que fueron propuestas por ISESCO frente a la Demanda de Reconvención de COMCEL.
6. Demostradas y debiendo declararse las excepciones propuestas por ISESCO frente a la Demanda de Reconvención denominadas CONTRATO NO CUMPLIDO y ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE, las pretensiones de la Demanda de Reconvención deberán ENTONCES despacharse desfavorablemente tal y como se solicitó en la Apelación que acá se sustenta:

Solicito señor juez, conceda el presente recurso de apelación, se ordene desestimar la totalidad de las excepciones de la demandada, y en su lugar proceda a acceder favorablemente con las pretensiones de la demanda con las consecuencias procesales que aquello implica, además de declarar probadas las excepciones surtidas respecto de la demanda de reconvención, sin fundamento alguno.

7. A lo cual debe aunarse la flagrante y grosera violación en la que incurrió el A quo al condenar a IESCO al pago de una cláusula penal **exorbitante y enorme**, lo cual fue reparado y denunciado en la Apelación y acá se ahonda.

Debe esgrimir la parte recurrente que tal aseveración por el Juzgado de primera instancia solo constituye otro de tantos elementos de prueba de la existencia de una posición dominante contractual dentro de la cual COMCEL S.A. abusó de su condición de dominio e impuso una serie de cláusulas y **determinaciones contractuales desorbitadas** y atentatorias contra la equidad que debe regir las relaciones entre contratantes.

(Página 13 de la Apelación)

Una de dichos abusos de posición dominante e imposición de medidas exorbitantes se traduce en la aplicación de una cláusula penal de 5.000 smmlv, equivalentes a \$ 4.130.580.000, es decir a más de 4000 millones de pesos, por motivo de cuotas de pago de IESCO atrasadas que según quedó ampliamente probado en el presente proceso no ascendían a más de 50 millones de pesos. Pretensión que no se entiende como fue aceptada por el A quo.

El A quo erradamente señaló en la Sentencia frente a esta cláusula penal a todas luces exorbitante y abusiva que no aplicaba el art. 867 del CCO porque la cuantía de la obligación debida era indeterminada, lo cual es **COMPLETAMENTE FALSO** según se puede probar el Honorable Tribunal en el expediente del proceso en el cual diversas pruebas, incluido el Dictamen Pericial y la confesión de COMCEL, dan cuenta de que las obligaciones pendientes de IESCO para con COMCEL sólo eran 4 cuotas de un acuerdo de pago que no ascendían a más de 50 Millones de Pesos.

Tal y como lo señala el ART. 867 CCO cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella.

*"ART. 867 CCO: (...) Cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero **la pena no podrá ser superior al monto de aquella** (...).*

Aplicar COMCEL por una deuda que no asciende a una superior a \$50.000.000 (Ver Dictamen Pericial y demás pruebas del proceso) una cláusula penal de \$ 4.130.580.000 resulta exorbitante a todas luces y evidente, lo cual, en el presente caso, por las condiciones explicadas, constituye un claro abuso de derecho y de posición dominante de COMCEL. Así

debía haberse declarado por el A quo en la Sentencia, en lugar de haberse aceptado tal y paradójicamente lo hizo (como si lo que quisiera el A quo fuese castigar a IESCO por estar reclamando la existencia de una agencia comercial se ha probado existió).

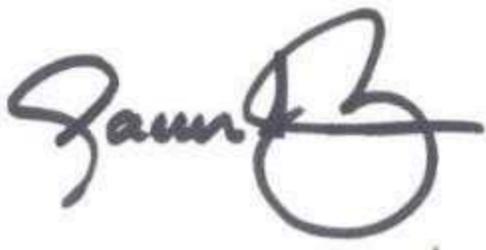
8. Teniendo en cuenta lo referido en los anteriores numerales, ese H. Tribunal Superior, deberá declarar probadas las excepciones de IESCO denominadas CONTRATO NO CUMPLIDO, ABUSO DE POSICIÓN DOMINANTE DE COMCEL Y CLÁUSULA PENAL ENORME, y, como consecuencia, revocar la Sentencia y denegar las pretensiones de la Demanda de Reconvención de COMCEL.

CONCLUSIONES FINALES

Por los argumentos expuestos en la presente sustentación de la Apelación, respetuosamente se solicita a ese Honorable Tribunal, revocar y adecuar la Sentencia en todos y cada uno de los puntos que fueron señalados en los anteriores capítulos A, B, C, D, E, F, G y H.

En consecuencia, se solicita que se declare la prosperidad de las Pretensiones de la Demanda de IESCO relacionadas y referidas en los capítulos A, B, C, D, E, F y G del presente memorial y se solicita se declare la prosperidad de las Excepciones de mérito formuladas por IESCO frente a la Demanda de Reconvención relacionadas y referidas en el capítulo H del presente memorial.

Atentamente,



CAMILO ALBERTO ARGÁEZ C
T.P. 218319 del C. S. de la J.

Señores
TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTÁ - Sala Civil
M.P. Dr. Julián Sosa Romero
E. S. D.

Ref.: Proceso declarativo de Martha Cecilia Arenas contra Davivienda y Seguros Bolívar.

Expediente: 2018-329.

Asunto: Sustentación recurso de apelación.

Señora Juez,

HÉCTOR MAURICIO MEDINA CASAS, de las condiciones que obran en el expediente, actuando como apoderado de COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR, dentro del término legal concedido por el Tribunal, me permito sustentar el recurso de Apelación presentado en contra de la sentencia de primera instancia, notificada mediante anotación en estado el día 29 de enero de 2020.

1. Tesis principal de la parte recurrente.-

La revocatoria de la sentencia que se busca a través del recurso de Apelación es procedente, toda vez que se encuentra demostrada dentro del proceso la reticencia en la que incurrió el señor Jever Barreto, al sufrir y no revelar, entre otras, las enfermedades de Diabetes Mellitus e Hipertensión Arterial. Esta reticencia da lugar a la anulación del contrato, excepción que no se encuentra prescrita.

2. Sustentación de la Apelación.-

Como sustentación del recurso, a continuación, se abordarán los siguientes puntos: En primer lugar, la existencia de la reticencia como condición necesaria para declarar la nulidad relativa (2.1.), en segundo lugar, la inexistencia de prescripción (2.2.), y por último y como argumento subsidiario, la necesidad de corrección de los intereses en caso de mantenerse la condena (2.3).

2.1. Es evidente que el señor Jever Barreto fue reticente al contratar el seguro.

Sea lo primero advertir que es evidente que el asegurado incurrió en reticencia al contratar el seguro con mi representada.

Así lo encontró probado el despacho a partir del folio 18 de la sentencia y, en particular a folio 19, cuando afirmó

“Conforme con lo anterior, es viable afirmar que el asegurado no atendió sus deberes de información y transparencia al diligenciar el formulario declaración de asegurabilidad, ello

si se toma en consideración que omitió declarar sinceramente los hechos o circunstancias que llevarían a la aseguradora a determinar su estado del riesgo, pues cierto es que la compañía dependía necesariamente de la información que aquél le suministrara en el referido formulario”.

La primera instancia arribó a esta conclusión al encontrar que efectivamente el asegurado no declaró las enfermedades de Diabetes Mellitus y de Hipertensión Arterial sobre las cuales se le cuestionó en la declaración de asegurabilidad.

Lo anterior era suficiente para declarar la nulidad relativa del contrato en virtud de lo dispuesto en el artículo 1058 del C.Cio., y así se solicita de forma respetuosa al Honorable Tribunal.

No obstante, el Despacho no declaró la nulidad del contrato al considerar, con fundamento en la sentencia de tutela T-027 de 2019, que mi representada no había cumplido las cargas que el deber de buena fe le impone a las Compañías de Seguros al momento de celebrar un contrato de seguro.

Sobre el punto, dispone la sentencia citada por el Despacho lo siguiente:

“Esta correspondencia se logra a través de acciones tales como: a) elaborar una declaración de asegurabilidad que le permita al tomador (o asegurado), informar sinceramente sobre su estado de salud -en otras palabras, elaborar declaraciones con cuestionarios adecuados y no simples declaraciones generales-; b) Solicitar la autorización a la historia clínica y realizar una verificación de la declaración hecha por el tomador o asegurado, para poder establecer las condiciones contractuales y; c) en algunos casos, realizar los exámenes médicos pertinentes para corroborar lo declarado por el tomador o asegurado.”

Al respecto, debe indicarse que Compañía de Seguros Bolívar sí cumplió con las cargas que la buena fe le impone al momento de la contratación del seguro, pues tal y como lo indica la sentencia de tutela traída al caso, le fue presentado al asegurado una declaración de asegurabilidad en la que se le preguntaba sobre los antecedentes médicos que padecía para efectos de medir el riesgo que se estaba asegurando.

Nótese que las acciones que menciona la Corte Constitucional no son acumulativas y que el examen médico no se califica como obligatorio, sino como una posibilidad adicional que tiene la aseguradora, pues al ser un contrato de ubérrima buena fe y tal como lo menciona el Dr. Hernán Fabio López en su obra sobre el derecho de seguros “no [se] puede partir de la base errada de que es necesario verificar hasta la saciedad lo que el tomador afirma antes de contratar, porque jamás puede suponerse que él miente”.

Lo anterior, en adición a lo que tiene dicho la Corte Suprema de Justicia sobre la declaración de asegurabilidad, Corporación que ha sostenido que al presentarse dicha declaración por el asegurador se entiende que todas las preguntas son relevantes para la determinación del riesgo. Veamos:

“Cuando el asegurador, en esos cuestionarios, hace una pregunta, ésta tiene el sentido de que el hecho a que se refiere es considerado por él como esencial para determinar su

consentimiento en el contrato, en cambio, otros hechos que el asegurador pasa en silencio deben considerarse como que no tienen importancia para él (...)"¹

E, Igualmente, en sentencia del 1 de septiembre de 2010, en la que afirmó:

"La pérdida de fuerza normativa del contrato de seguro por reticencia, no requiere la demostración específica de que la omisión llevaría a la aseguradora a desistir del negocio, pues precisamente la existencia misma de la pregunta en el formulario es significativa de su importancia como insumo para ilustrar su consentimiento, es decir, si contrata o no, o si lo hace bajo ciertas condiciones económicas (...)"²

Pues bien, puestas así las cosas tenemos que en el caso analizado mi representada cumplió con las cargas que le correspondían como asegurador, toda vez que suministró un cuestionario con preguntas claras sobre las enfermedades que le interesaba conocer; no obstante, a pesar de esta claridad y de poner a disposición del asegurado dicha declaración, éste, actuando de mala fe, desconoció sus deberes con la compañía de seguros.

Por lo anterior no puede afirmarse ni aceptarse que la compañía de seguros incumplió su deber cuando claramente suministró un cuestionario para que fuera diligenciado con la verdad. Este cuestionario es suficiente para demostrar que la compañía de seguros cumplió con el deber que se extraña en la sentencia, mucho más cuando el mismo cuestionario indica lo siguiente: NO FIRME SIN ANTES LEER Y ENTENDER EL CONTENIDO DEL PRESENTE DOCUMENTO.

No es razonable entonces exigirle más a la compañía de seguros, pues ella tomó las medidas para que el asegurado le dijera la verdad, informó que no debía firmarse sin entender el contenido del documento, y dejó un espacio - contrario a lo que indica el despacho a folio 510- para que en caso de no firmarse la declaración de asegurabilidad el asegurado indicará por qué no lo hacía. Significa lo anterior que no es cierto que no se diera espacio para aclaraciones, pues perfectamente el asegurado podía hacerlas para que la compañía de seguros definiera si debía someterlo a un examen médico o no, lo cual es facultativo.

Así las cosas, no es cierto que Compañía de Seguros Bolívar no hubiese tomado todas las precauciones para celebrar un contrato de buena fe, pues entregó el cuestionario y claramente dio instrucciones sobre su diligenciamiento, lo cual cumple las exigencias legales y constitucionales, y evidencia que no podía dejar de declararse la reticencia por esa razón, cuando además la falta de verdad y mala fe de Jever Barreto al diligenciar el cuestionario es evidente, pues conociendo claramente sus enfermedades y con un cuestionario libre de ambigüedad las negó.

En suma, dentro del proceso está probada (i) la reticencia y (ii) que Compañía de Seguros Bolívar cumplió las cargas que le impone la ley frente al asegurado, situación que debe llevar a la declaración de la nulidad relativa del contrato.

¹ Corte Suprema de Justicia, sala civil, sentencias de 30 de noviembre de 2000 (Exp. 5743) y de 19 de julio de 2005 (Exp. 5665).

² Corte Suprema de Justicia, sala civil, Expediente: Expediente 05001-3103-001-2003-00400-01.

2.2. No está prescrita la excepción de nulidad relativa.

En el presente asunto no operó el fenómeno de la prescripción extraordinaria de la excepción de nulidad relativa (acción igualmente por la demanda de reconvencción), toda vez que operó la interrupción del término prescriptivo en virtud de la aplicación del artículo 94 C.G.P.

Conviene solicitar en este punto al Tribunal una revisión especial con el fin de dar claridad al alcance de esta disposición, en la medida en que la aseguradora tiene derecho a invocar la reticencia con la objeción que hace al asegurado y esa objeción debe tener el efecto del artículo 94 C.G.P., pues de lo contrario se encontraría en una situación de desigualdad frente a la otra parte contractual. En efecto, así como como para el asegurado se interrumpe la prescripción cuando le reclama a la aseguradora el pago del siniestro, para la aseguradora también debe existir un efecto igual cuando alega la nulidad relativa.

En nuestro concepto, el artículo 94 del Código General del Proceso debe aplicarse teniendo como faro el principio de igualdad ante la ley, es decir, que toda persona contra la que corra un término prescriptivo tiene derecho a interrumpirlo cuando da las razones por las que tiene el derecho o por las que considera que no debe el pago.

Esta aplicación igualitaria que se propone alcanza especial relevancia en la prescripción de las acciones derivadas del contrato de seguro, dado que un trato desigual entre el asegurado o beneficiario y la aseguradora puede conllevar a que se configure un abuso del derecho, habida cuenta de que si se admitiera que sólo el asegurado puede interrumpir la prescripción y la aseguradora no, se tomaría ventaja sobre ese hecho para que el asegurado o beneficiario presente una reclamación que interrumpe su prescripción y esperar a que pase el tiempo para que la nulidad relativa del contrato de seguro que puede alegar la aseguradora prescriba, o lo que es peor aún, presentar una demanda y notificar a la aseguradora una vez que tenga certeza que se ha configurado el fenómeno prescriptivo.

El Despacho de primera instancia negó la interrupción de la prescripción al indicar lo siguiente:

“mucho menos, puede ser factible acoger la tesis propuesta por Seguros Bolívar S.A. en torno a la aplicación del inciso final del artículo 94 del Código General del Proceso, pues para el despacho es claro que la objeción al pago de la reclamación emitida por la aseguradora no se equipara al requerimiento del que trata la disposición en cita, dado que en el contrato de seguro la aseguradora no funge como acreedora, como tampoco el asegurado o sus beneficiarios son o pueden ser considerados deudores”

Lo anterior fue el único análisis que se realizó sin tener en consideración lo relacionado con el derecho a la igualdad ante la ley, que en este caso adquiere relevancia para evitar la práctica de esperar a que se cumpla el término de prescripción ordinaria o extraordinaria para proceder a interponer la demanda y dejar a la aseguradora sin medios de defensa. Además, si lo que el juzgador de primera instancia extraña es la relación acreedor y deudor entre la aseguradora

y los beneficiarios, se advierte que, como consecuencia de la declaración de la nulidad relativa por reticencia, en aplicación del artículo 1059 del Código de Comercio, mi representada adquiere el derecho de conservar la totalidad de la prima a título de sanción, por lo tanto, al alegar en la objeción la nulidad relativa por reticencia, ejerce su derecho de conservar la prima y así se expresó en la demanda de reconvencción.

Por último, conviene tener en consideración que sería contradictorio y violatorio de los derechos al debido proceso y a la igualdad, sostener que la aseguradora tiene derecho de acción para alegar la nulidad relativa y a partir de ahí determinar que está prescrita la oportunidad para alegarla, pero a la vez argumentar que no tiene la posibilidad de interrumpir la prescripción del artículo 94 del Código General del Proceso, siendo este un derecho de cualquier potencial demandante. Aceptar dicho razonamiento es dejar a la aseguradora en una desventaja material y procesal, tal y como se dejó a mi representada en este proceso.

Por las razones anotadas se considera que no operó en este asunto el fenómeno prescriptivo de la excepción de nulidad relativa.

2.3. No hay lugar al pago de intereses de mora.

De forma subsidiaria me refiero a los intereses moratorios ordenados por el Juzgado.

En este caso, no hay lugar al reconocimiento de intereses moratorios en caso de condena. Lo anterior, bajo el entendido que la mora es el retardo culpable, según se ha definido doctrinal y jurisprudencialmente, del cumplimiento de una obligación, y en el caso bajo análisis no hay culpa en el retardo pues la objeción de mi representada fue real, seria y fundada, pues como lo indica la misma sentencia recurrida el asegurado faltó a la verdad al momento de contratar el seguro.

Significa lo anterior que para el momento en que se realizó la objeción existía claramente la reticencia y no había operado de ninguna forma la posibilidad de una prescripción de dicha nulidad. De hecho, fue necesario adelantar el proceso para que se declarara la prescripción de la nulidad, situación que confirma que al momento de objetar la aseguradora contaba con serios motivos para hacerlo y que solo se obtiene sentencia favorable por la ocurrencia del fenómeno prescriptivo, situación que evidencia la falta de culpa en el retardo del pago de la indemnización.

En este sentido conviene recordar que la sala civil de la Corte Suprema de Justicia tiene dicho que cuando es necesario adelantar el proceso para demostrar el derecho, o en nuestro concepto cuando es necesario adelantarlos para obtener sentencia favorable por prescripción, existiendo una clara reticencia, no pueden correr intereses desde el mes siguiente a la objeción, sino solo desde la sentencia

en firme, o en gracia de discusión, desde el momento que operó la prescripción. (CSJ. Exp. 6230 del 14 de diciembre de 2001 y 12789 de noviembre 9 de 2004).

Al respecto, es pertinente tener en cuenta lo mencionado por la Corte en sentencia del 29 de abril de 2005 expediente 0037 y MP. Edgardo Villamil Portilla, en la cual explicó lo siguiente:

“En relación con el cargo quinto, relativo a la negación de reconocimiento de intereses, tiene dicho la Corte que “a la luz de los principios generales relativos al retardo en el cumplimiento de las obligaciones, principios en los que claramente se sustenta el precepto contenido en el Art. 1080 del C de Co., desde el momento en que de acuerdo con este precepto ha de entenderse que comienza la mora del asegurador, es decir desde el día en que la deuda a su cargo es líquida y exigible, o mejor, lo habría sido racionalmente si no hubiere diferido sin motivo legítimo la liquidación de la indemnización y el consiguiente pago, dicho asegurador, además de realizar la prestación asegurada, está obligado al resarcimiento de los daños...” (sent. cas. civ. sustitutiva de 12 de agosto de 1998, Exp. No. 4894). Subrayado fuera de texto.

En esta sentencia se indica que si en el proceso judicial se comprueba que los hechos sustento de la objeción son desacreditados, en consecuencia, nace la obligación de reconocer los intereses moratorios; por lo tanto, en efecto contrario, de demostrarse que la objeción fue fundada, no hay derecho a intereses moratorios. Veamos:

“Acontece entonces que el asegurador demandado no sólo objetó la reclamación, sino que además opuso resistencia a las pretensiones bajo la contundente afirmación de que la muerte no fue accidental. No obstante, el Tribunal desatendió el fundamento conceptual de la objeción, que es el mismo de la excepción, y concluyó que la muerte sí fue accidental. Esa calificación del Tribunal, que se infiere de que haya juzgado infundada la excepción de la demanda, no fue combatida en casación, circunstancia que la hace intangible para la Corte. Síguese de lo anterior que si el debate sobre el carácter accidental de la muerte quedó clausurado en el Tribunal, esa sola circunstancia apareja la improcedencia de la objeción hecha en su momento y como secuela que el asegurador deba pagar los intereses moratorios desde cuando debió atenderse el reclamo del beneficiario, y no desde la sentencia, pues no corresponde a la Corte revivir el debate sobre la naturaleza de la muerte, en tanto el Tribunal determinó positivamente que esa muerte fue accidental y la aseguradora declinó la resistencia que hasta ahí había mantenido al respecto.

Dicho en breve, si la obligación de pagar la suma asegurada viene de que el Tribunal desestimó la objeción y si tal determinación no fue recurrida en casación, al tema de los intereses debe aplicarse idéntico criterio, pues no podría la Corte decidir que el asegurador debe pagar lo principal, porque la objeción fue infundada, pero que no debe pagar los intereses porque sí fue justa. El asegurador asintió en que la muerte fue accidental, porque no recurrió la sentencia del Tribunal que así lo decidió, de manera que tal asentimiento se comunica al pago de los intereses moratorios, pues por una secuela de índole procesal, el silencio del asegurador, para todos los efectos debe tomarse como accidental la muerte, e infundada la objeción, en atención a que el demandado se resignó en casación, pues no combatió esa conclusión del Tribunal.

En consecuencia, considera la Corte que el Tribunal incurrió en el yerro de apreciación probatoria señalado en la demanda cuando concluyó que el derecho al pago de intereses consagrado en el artículo 1080 del C. de Co., “tan solo obtiene acreditación en esta sentencia”, pues las pruebas señaladas anteriormente demuestran que la beneficiaria del seguro de vida demostró extrajudicialmente ante la aseguradora la ocurrencia del

siniestro, como lo impone el artículo 1077 ib., mientras que la demandada sin fundamento plausible - a juicio del ad quem, no protestado en casación- decidió objetar la reclamación. Por todo lo dicho, se juzga que desde allí surgió el derecho del beneficiario a ser indemnizado por la tardanza, pues, repítese, el Tribunal calificó como infundada la objeción basada en el alegato de exclusión, ante lo cual la demandada cesó en la protesta.

El error del Tribunal no solamente es manifiesto, sino trascendente, porque al cometerlo se abstuvo de condenar a la aseguradora al pago de los intereses sobre la suma debida, con lo cual quebrantó indirectamente el artículo 1080 del C. de Co., por falta de aplicación.

Por tanto, el cargo resulta próspero y conduce a la casación del fallo, circunstancia que impone a la Corte el deber de proferir la sentencia sustitutiva que ha de reemplazarlo."

De modo que, en atención al extracto jurisprudencial, se concluye que si en el proceso judicial se comprueba que la objeción fue fundada y ello se demuestra, no hay lugar a condenar a la aseguradora al pago de intereses moratorios. Todo esto ocurrió en el presente asunto, en el cual COMPAÑÍA DE SEGUROS BOLÍVAR S.A. objetó justificada y fundadamente el pago del valor asegurado, circunstancia que fue aceptada por el juez de primera instancia al indicar lo siguiente:

"Examinado el acervo probatorio, logra colegir el despacho que, en efecto, el señor Barreto incurrió en error al diligenciar la declaración de asegurabilidad, pues con su firma asintió en que su estado de salud era normal y no padecía ninguna de las patologías incluidas en el mismo, pese a que para entonces, tal y como se constata con la historia clínica aportada, padecía "Hipertensión arterial y Diabetes Mellitus".

(...)

Conforme con lo anterior, es viable afirmar que el asegurado no atendió sus deberes de información y transparencia al diligenciar el formulario de declaración de asegurabilidad, ello si se toma en consideración que omitió declarar sinceramente los hechos o circunstancias que llevarían a la aseguradora a determinar su estado de riesgo, pues cierto es que la compañía dependía necesariamente de la información que aquel le suministrara en el referido formulario"

Conforme con lo expuesto, adquiere total relevancia que el Tribunal estudie y modifique las aseveraciones de la primera instancia sobre la inexistencia de reticencia, dado que es totalmente claro que sí hubo, y por contera, aunque las pretensiones prosperen porque la defensa de la nulidad relativa estuviera prescrita, no es justo ni procedente condenar a pagar intereses moratorios, en la medida que el derecho de la parte demandante no nació cuando presentó la reclamación porque los hechos claramente mostraban su nulidad, siendo necesario adelantar el proceso judicial para lograr el reconocimiento del derecho por prescripción.

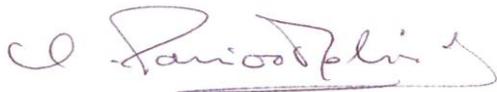
Por lo anterior, se solicita que, de no revocarse la sentencia, se proceda a su modificación y se absuelva del pago de intereses moratorios.

3. Petición. -

En vista de lo expuesto, solicito a la Sala Civil del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá se acceda a las siguientes peticiones:

1. Revocar en su totalidad la sentencia del 28 de enero de 2020 proferida por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá D.C., toda vez que se comprueba que el contrato de seguro base de la acción es nulo relativamente y que la excepción, así como la acción para que se declare la nulidad relativa del contrato, no está prescrita.
2. Como consecuencia de lo anterior, ruego el favor de declarar probada la excepción de nulidad relativa del contrato de seguro.
3. En el remoto evento de no acoger las peticiones anteriores, solicito se revoque el numeral tercero (3) y cuarto (4) de la sentencia del 28 de enero de 2020 proferida por el Juzgado 20 Civil del Circuito de Bogotá D.C. y que en su lugar se declare que el señor Jever Barreto fue reticente y se absuelva del pago de intereses moratorios.

De Usted, atentamente,



HÉCTOR MAURICIO MEDINA CASAS
C.C. 79'7950.035 de Bogotá D.C.
T.P. No. 108.945 del C.S.Jra.