

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C. Sala Civil.

Vía e-mail: secstribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; secstribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Atención: H. Magistrado Oscar Fernando Yaya Peña.

Bogotá D.C.

DATOS DEL PROCESO

RADICACIÓN	110013103024 2019 00350 01
PROCESO	Declarativo. Verbal de mayor cuantía.
DEMANDANTE	SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S.
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 14 DEL DECRETO LEY 806 DE 2020: Sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. como miembro de la sociedad ZEAbogados Dos SAS, sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 14 del Decreto 806 de 2020, sustento el recurso de apelación interpuesto por SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 8 de julio de 2021:

DE LA PRESENTACIÓN DE LA SUSTENTACIÓN

El presente memorial de sustentación se radica mediante su envío a los correos electrónicos que el H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, ha dispuesto para ello. Porque el archivo digital pesa 22 MB, el mismo memorial, en la comunicación de envío, se adjunta en formato PDF y, además, se acompaña en un vínculo de Dropbox para que el H. Tribunal descargue los siguientes dos archivos: (i) Un archivo en PDF del presente memorial. (ii) Un archivo en Word del presente memorial.

Para facilitar su consulta, este memorial incorpora “marcadores” que permiten acceder directamente a los diferentes títulos que lo componen:

- En los archivos PDF, al abrir el documento, se selecciona el menú Vista (View) / Mostrar (show) / Navigation Pane (Panel de Navegación) / Bookmarks (marcadores).
- En el archivo de Word, al abrir el documento, se selecciona el menú Vista (View) / Mostrar (show) / Navigation Pane (Panel de Navegación).

En ambos casos se despliega, al lado izquierdo de la pantalla, el índice del documento. Al seleccionar con el “mouse” algún título en particular, se accede, directamente, a la página a partir de la cual se desarrolla el respectivo contenido. De esta manera se puede navegar fácilmente por el documento.

G L O S A R I O

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

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

PREÁMBULO: Información relevante & Sustentación General de los reparos propuestos en sede ordinaria de apelación relacionados con (i) la naturaleza jurídica del CONTRATO, (ii) la Prestación Mercantil (Art. 1324 CCO) que se causó a favor de LA DEMANDANTE y (iii) los intereses moratorios que sobre dicha Prestación se han venido causando.

Actualmente, ante los Jueces Civiles del Circuito de Bogotá D.C. se tramitan en contra de COMCEL S.A. los siguientes veintiún (21) procesos declarativos (verbales de mayor cuantía), entre los cuales se halla el proceso de la referencia:

DEMANDANTE	DEMANDANDO	JUZGADO	EXPEDIENTE 1100131030
Vergara de Vergara & Cía Ltda	COMCEL S.A.	24	2018-00479-00
Celldigital SAS		2	2018-00488-00
Celline SAS		17	2020-00004-00
Celucel Ltda		33	2018-00607-00
Inversiones & Compañía SAS		35	2020-00036-00
Raigoza y Villegas SAS		19	2019-00326-00
Salcedo Domínguez Comerciantes SAS		24	2019-00350-00
Comline SAS		37	2019-00330-00
Comunicaciones Móviles Cartagena SAS		37	2019-00158-00
Digimóvil SAS		23	2019-00576-00
Distritiek SAS		34	2019-00309-00
Inversiones Gutiérrez García & Cia S en C		40	2018-00378-00
Globalcom SAS		19	2018-00455-00
Konicell SAS		28	2019-00095-00
Multinegocios de Colombia Ltda		23	2018-00767-00
Panacell Comunicaciones SAS		23	2018-00542-00
Premium Phone Ltda		25	2020-00250-00
Procom SAS		35	2019-00063-00
Simóvil Comunicaciones SAS		30	2020-00144-00
Telincel Comunicaciones SAS		35	2019-00403-00
Unicell SAS		27	2018-00469-00

Estos procesos comparten las siguientes características:

- a) Todos los demandantes hicieron parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL.

- b) Son procesos en los cuales los contratos demandados corresponden con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores.
- c) Son procesos en los cuales el suscrito actúa como apoderado de los agentes/distribuidores demandantes y en los que: (i) Las demandas comparten, literalmente, las mismas pretensiones. (ii) COMCEL propuso, sustancialmente, las mismas excepciones de mérito, todas las cuales se fundamentan en los esfuerzos que COMCEL misma, como parte dominante y como predisponente de los contratos demandados, realizó para eludir la Agencia Comercial y sus consecuencias económicas. (iii) Las pretensiones de todos los demandantes se soportan, cualitativamente, en los mismos hechos. (iv) Los demandantes aportaron los mismos elementos probatorios, entre ellos dictámenes periciales que fueron realizados por el mismo perito y cuyos contenidos son cualitativamente idénticos; incluso, los interrogatorios y el grueso de los testimonios que se han practicado en estos procesos se han rendido por las mismas personas y en todos ellos se han repetido una y otra vez los mismos hechos. (v) La fundamentación jurídica es la misma.
- d) En estos procesos se debaten los mismos problemas jurídicos; los principales son: (i) Incorporaron los contratos demandados los elementos esenciales de la Agencia Comercial? (ii) Con la terminación de los contratos demandados, ¿nació y se hizo exigible la denominada Prestación Mercantil que regula el inciso 1° del Art. 1324 CC? (iii) Los intereses moratorios que sobre la denominada Prestación Mercantil se reclaman, ¿se causan a partir de la terminación de los contratos demandados (Art. 1608 CC, Num. 1), o se causan a partir de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas (Art. 1608 CC, Num. 3 y Art. 94 CGP)? (iv) Terminaron los contratos demandados por justa causa provocada por COMCEL?

En estos veintiún (21) procesos declarativos, hasta la fecha, se han dictado cinco (5) sentencias de primera instancia y dos (2) sentencias de segunda instancia, con los siguientes resultados:

SENTENCIAS DE PRIMERA INSTANCIA

- **SENTENCIA DE LA JUEZA 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ:** A esta Jueza, por reparto, le correspondió el proceso de GLOBALCOM S.A.S. Vs COMCEL. En la sentencia dictada el 27 de septiembre de 2021, entre otros asuntos, se resolvió:

TERCERO: Declarar que entre COMCEL S.A. como agenciado y GLOBALCOM S.A.S. como agente, se celebraron y ejecutaron 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 los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

CUARTO: Declara la existencia de posición dominante de COMCEL respecto de GLOBALCOM en el contrato de agencia comercial.

DECIMO NOVENO: Condenar a COMCEL S.A. a pagar GLOBALCOM S.A.S. las condenas que a continuación se relacionan: 1) La suma de ocho mil ciento ochenta y cuatro millones ochocientos sesenta y siete mil ciento sesenta y un pesos (\$8.148'867.161) por la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, que se causó por el agenciamiento comercial. 2) La suma de \$5.647'746.466 correspondiente a los intereses moratorios causados sobre la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, los cuales se seguirán causando hasta que se verifique el pago de la suma referida.

En cuanto a los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil (Cesantía Comercial), en la página 16 de la sentencia se lee:

Por todo lo expuesto se liquidará la cesantía comercial, tomando en cuenta que no se le han efectuado abonos, anticipos o pagos parciales a la misma, contando para ello que se hizo exigible desde la fecha de terminación del contrato, pero los intereses moratorios serán calculados a partir de la constitución en mora, lo que se produjo con la notificación del auto admisorio de la demanda.

- **SENTENCIAS DE LOS JUECES 37 Y 40 CIVILES DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ:** En la sentencia dictada el 13 de octubre de 2020 en el procesos de Inversiones Gutiérrez García Vs COMCEL (Juez 40 Civil del Circuito de Bogotá), entre otros asuntos, se resolvió:

QUINTO: DECLARAR que entre Comcel S.A. e Inversiones Gutiérrez García Y Cía. S. en C., se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial, documentado en el instrumento suscrito el 4 de noviembre de 2004, el cual perduró sin solución de continuidad desde el 4 de noviembre de 2004 hasta el 22 de febrero de 2018.

SEXTO: CONDENAR a la entidad demandada a pagar a la demandante, dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria de esta providencia, las sumas correspondientes a \$3.168'291.131, por valor de la cesantía comercial para la época en que finalizó del contrato, y \$225'365.775 por concepto de las comisiones adeudadas durante la última etapa del contrato, montos que deberán indexarse conforme al Índice de Precios al Consumidor desde la fecha de terminación del contrato hasta la fecha de emisión de esta decisión. Ese valor, causará intereses moratorios comerciales a la tasa máxima legal, a partir del vencimiento del término fijado al inicio de este ordinal.

En la sentencia dictada el 15 de febrero de 2021 en el proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena SAS Vs COMCEL (Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá), por su parte, se resolvió:

SEGUNDO: DECLARAR que entre las partes existió un contrato de agencia comercial vigente en el período comprendido desde el 10 de mayo de 2003 y el 8 de marzo de 2018.

TERCERO: Como consecuencia de lo anterior, se condena a COMCEL S.A. a pagar a favor de COMUNICACIONES MÓVILES CARTAGENA S.A.S. la suma de \$723'199.189 a título de cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, más los intereses de mora liquidados a la tasa máxima comercial desde la fecha de ejecutoria de la sentencia y hasta que se verifique el pago total de la obligación.

En ambas providencias, y en franco desconocimiento de lo establecido en los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990 y 1608 CC, los jueces 37 y 40 condenaron a COMCEL a pagar los intereses moratorios de la Prestación Mercantil a partir de la ejecutoria de las respectivas sentencias, y no a partir de la terminación de los contratos demandados o, en subsidio, a partir de la notificación a COMCEL de los respectivos autos admisorios de las demandas, como en derecho corresponde; veamos:

El Art. 65 de la Ley 45 de 1990 establece que "En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella"; porque la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO es una "obligación mercantil" de "carácter dinerario", sobre ella se causan intereses moratorios a partir de la constitución en mora del deudor (COMCEL). Para los jueces 37 y 40 Civiles del Circuito de Bogotá, COMCEL quedará constituida en mora de pagar la prestación mercantil a partir de la ejecutoria de la sentencia, **decisión que viola, abiertamente, lo establecido en el Art. 1608 CC, norma que regula la constitución en mora en materia de contratos y obligaciones.** El Art. 1608 CC establece que la constitución en mora se perfecciona, o "cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado" (Num. 1), o "cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor" (Num. 3), **reconvención que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto admisorio de la demanda.** La autonomía judicial de la que gozan los Jueces no puede pretermitir el marco del Art. 1608 CC: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de

terminación del contrato (Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.

Al respecto, el Tribunal Superior de Manizales, en la sentencia dictada el 10 de agosto de 2020 en el proceso de COMUNIDAD CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A. (expediente: 17001-40-03-002-2017-00188-02), señaló:

Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o reconocitivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de aquel reconocimiento. (...) Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado: "(...) El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser notificada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)". Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2° del artículo 94 del Código General del Proceso. (...) Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria.

- SENTENCIAS DE LA JUEZA 24 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ: A esta Jueza, por reparto, le correspondieron el proceso de Vergara de Vergara & Cía Ltda Vs COMCEL y el presente proceso de SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. Vs COMCEL. En ambos procesos, y contra toda la evidencia probatoria, la Jueza 24 Civil del Circuito de Bogotá resolvió que los contratos demandados no fueron de Agencia Comercial.

SENTENCIAS DE SEGUNDA INSTANCIA

En los veintiún (21) procesos referidos, el Tribunal de Superior de Bogotá, hasta la fecha, ha dictado las siguientes dos (2) sentencias de segunda instancia:

- Sentencia del 27 de julio de 2021 dictada en el proceso de Vergara de Vergara & Cía. Ltda. Vs Comcel S.A. (Exp. 110013103024 2018 00479 01). **Esta sentencia tuvo un SALVAMENTO DE VOTO.**
- Sentencia del 31 de agosto de 2021 dictada en el proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S. Vs Comcel S.A. (Exp. 110013103037 2019 00158 01).

A través del siguiente link de Dropbox se pueden descargar estas dos sentencias.

Asimismo, y con el fin de otorgarle a la Sala de Decisión Civil una visión más amplia y acertada de los asuntos debatidos, también podrá descargar los laudos arbitrales más recientes que también se han dictado; estos son: (i) Laudo del 20 de noviembre de 2014, proceso SIMTEC Vs COMCEL. (ii) Laudo

del 4 de febrero de 2016, proceso MELTEC Vs COMCEL. (iii) Laudo del 3 de febrero de 2020, proceso CELLNET Vs COMCEL. (iv) Laudo del 1 de junio de 2021, proceso CELCOM Vs COMCEL. (v) Laudo del 18 de marzo de 2021, proceso BONNCEL Vs COMCEL:

https://www.dropbox.com/sh/hiq4fhr8nvvnz7p/AAACoFPCWVnG_Xf1qA8pLgYea?dl=0

En las dos sentencias del Tribunal Superior de Bogotá las respectivas salas de decisión resolvieron que los contratos demandados no fueron de Agencia Comercial.

La sola existencia de estas decisiones podría impulsar a la presente Sala de Decisión Civil a resolver, en este caso, que el contrato sub iúdice no fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial.

Con el fin de contrarrestar este posible efecto, y a título de introducción y sustentación general de la apelación interpuesta en el presente proceso, se explicarán, sucintamente, los yerros que, en relación con la naturaleza jurídica del modelo contractual extendido por COMCEL y suscrito por los exmiembros de su red de agentes/distribuidores demandantes, se cometieron en estas dos providencias. Estos yerros cometidos impulsaron la interposición de los respectivos recursos de CASACIÓN.

Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO, es preciso señalar, primeramente, que en los laudos que han sido dictados recientemente, particularmente los expedidos en los años 2020 y 2021, se explica, con suma claridad y contundencia jurídica, las razones por las cuales el modelo contractual que COMCEL elaboró y extendió para ser suscrito por los exmiembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, corresponde a un típico y nominado negocio de Agencia Comercial. Estas razones, asimismo, sirven para identificar los yerros cometidos en las dos sentencias que fueron recientemente dictadas por el Tribunal Superior de Bogotá.

- 1) Sentencia del 27 de julio de 2021 dictada en el proceso de Vergara de Vergara & Cía. Ltda. Vs Comcel S.A. (Exp. 110013103024 2018 00479 01).

La sala decisión que emitió la sentencia estuvo conformada por los H. magistrados Martha Patricia Guzmán, José Alfonso Isaza y Liana Aida Lizarazo. La sentencia se dictó por mayoría, con los votos de los H. magistrados Martha Patricia Guzmán y José Alfonso Isaza.

La H. Magistrada Liana Aida Lizarazo SALVO SU VOTO.

- a) Yerros cometidos en cuanto a la Naturaleza Jurídica del contrato demandado: En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato demandando, dicha sala de decisión civil sostuvo:

Págs. 16 y 17 de la Sentencia: La primera tesis de la Corte considera que los contratantes sólo tienen facultad dispositiva para acordar la renuncia de la prestación económica consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, una vez consolidada, es decir, a la terminación de la agencia. Para esa postura, la referida prestación es de orden público e irrenunciable antes de la celebración del contrato o durante su ejecución, pero a una vez este haya terminado por cualquier causa, es posible la renuncia. Se concibe al agente comercial como la parte débil de la relación contractual que merece tutela especial del ordenamiento jurídico. (Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 2 de diciembre de 1980, 9 de noviembre de 2017 (SC18392-2017), 23 de junio de 2021 (SC2498-2021).

A diferencia, la segunda tesis de la Corte expuesta en sentencia de 19 de octubre de 2011 plantea que la enunciada prestación mercantil no atañe al orden público sino al provecho de los contratantes *"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 esa línea, acentuó la Corte, que aún en la formación del contrato o durante su ejecución se acepta la renuncia a la prestación mercantil, mediante actos dispositivos como *"pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones"* siempre que no emanen de un *"ejercicio abusivo de poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc."*.

Doctrina reiterada en sentencia de casación de 24 de junio de 2016, en la cual se explicó que las condiciones actuales del desarrollo de la agencia mercantil *"no permiten sostener que en dicha relación patrimonial cuyo interés está circunscrito a las partes del contrato, se encuentren implicados bienes jurídicos cuya disposición no pueda dejarse al arbitrio de los contratantes"*.

Esta última interpretación será la que acoge la Sala, pues sumado a los argumentos expuestos en precedencia, el artículo 1324 del Código de Comercio que regula el contrato de agencia comercial, en ninguno de sus apartes prohíbe la renuncia voluntaria a las prestaciones allí contenidas, además, dicho precepto únicamente atañe a las partes del respectivo contrato.

En esa medida, en línea de principio, no hay ningún impedimento para que los contratantes, en ejercicio de la autonomía de la voluntad y libertad negocial decidan renunciar y/o excluir el contrato de agencia comercial, por cuanto tal acto de disposición, insístase, no está prohibido por la ley ni atañe al orden público.

Bajo tal óptica, resulta inútil indagar si en el presente asunto se configuró un contrato de agencia comercial, pues al margen de ello las partes renunciaron en forma expresa a esta forma contractual, y en el derecho comercial debe privilegiarse la libre voluntad de los contratantes, lo que deviene el fracaso del primer grupo de pretensiones.

Los H. magistrados Martha Patricia Guzmán y José Alfonso Isaza, después de debatir y tomar partido frente a la renunciabilidad de la denominada Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, señalaron: Bajo tal óptica, resulta inútil indagar si en el presente asunto se configuró un contrato de agencia comercial, pues al margen de ello las partes renunciaron en forma expresa a esta forma contractual, y en el derecho comercial debe privilegiarse la libre voluntad de los contratantes, lo que deviene el fracaso del primer grupo de pretensiones.

Los dos magistrados que formaron mayoría confundieron, entremezclaron y finalmente equipararon la RENUNCIA a la Prestación Mercantil del Art. 1324 CCO, con la RENUNCIA a la calificación jurídica del contrato celebrado. Este monumental yerro jurídico fue develado, de manera clara y concisa, en el SALVAMENTO DE VOTO de la H. Magistrada Liana Aida Lizarazo, así:

Páginas 36 a 38 de la Sentencia: 2.5. En consecuencia, es claro que el fundamento jurisprudencial aducido en la sentencia del Tribunal no es idóneo, por cuanto las ratio decidendi y los obiter dicta de las sentencias citadas de la Corte Suprema de Justicia no versaban sobre la validez de la estipulación de excluir de un contrato la aplicación de las reglas de la agencia comercial, ni tampoco sobre la naturaleza o tipo contractual que fuera pactado, sino que trataban sobre la naturaleza dispositiva del derecho a la prestación mercantil establecida en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, tal como se mostró ampliamente en los párrafos precedentes.

3. Por lo tanto, estimo que era imprescindible el examen de la naturaleza real del contrato que suscribieron las partes contendientes, debido a que justamente ese era el objetivo planteado por el actor con la principal pretensión formulada, a saber, que la relación jurídica surgida con la parte pasiva para la promoción y venta de servicios de telefonía celular correspondía a una agencia comercial.

3.2. En ese orden de ideas, considero que la Sala debió estudiar cual fue el verdadero contrato que celebraron las partes, lo que no se abordó en la sentencia de la que me aparto.

3.3. Puestas así las cosas, considero que se debieron analizar dos asuntos trascendentales para dirimir la controversia surgida entre las partes, a saber, (i) el examen de la naturaleza verdadera del contrato realidad que acordaron y ejecutaron los extremos del litigio, a fin de verificar si las estipulaciones contenidas en el pacto denominado de distribución ciertamente correspondían a una agencia comercial, sin que se estuviera atado a la nomenclatura usada por aquellos, y (ii) la indagación sobre el abuso de posición dominante contractual de la parte pasiva o el carácter abusivo de las cláusulas contractuales en la relación jurídica que emergió entre los contratantes. Lo anterior, debido a que esas cuestiones jurídicas eran imperativas para determinar si era válido o no el pacto por el cual se descartó del contrato la aplicación de las reglas de la agencia comercial.

Si la sala de decisión civil hubiera abordado el examen de los elementos esenciales del contrato celebrado, se habría decidido que el contrato demandado fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial. La calificación del contrato como un típico negocio de Agencia Comercial, incluso, habría prevalecido sobre la calificación que COMCEL, como predisponente del texto contractual, le asignó al negocio celebrado.

- b) Yerros cometidos en cuanto a la renunciabilidad de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO: En la sentencia se señaló: ... la segunda tesis de la Corte expuesta en sentencia de 19 de octubre de 2011 plantea que la enunciada prestación mercantil no atañe al orden público sino al provecho de los contratantes *"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 esa línea, acentuó la Corte, que aún en la formación del contrato o durante su ejecución se acepta la renuncia a la prestación mercantil, mediante actos dispositivos como *"pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones"* siempre que no emanen de un *"ejercicio abusivo de poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc."* (...) Esta última interpretación será la que acoge la Sala, pues sumado a los argumentos expuestos en precedencia, el artículo 1324 del Código de Comercio que regula el contrato de agencia comercial, en ninguno de sus apartes prohíbe la renuncia voluntaria a las prestaciones allí contenidas, además, dicho precepto únicamente atañe a las partes del respectivo contrato.

La sala de decisión civil acudió a la sentencia dictada el 19 de octubre de 2011 por parte de la Sala de Casación Civil de la H. Corte Suprema de Justicia en el proceso ordinario de la sociedad Instrumentación Ltda contra Hewlett Packard Company (HP) y Agilent Technologies Inc. (AT) (Exp. 11001-3103-032-2001-00847-01). A propósito de esta sentencia, resultan pertinentes las siguientes anotaciones:

- Uno de los magistrados de la Corte Suprema de Justicia que suscribió la referida sentencia del 19 de octubre de 2011 fue el Señor Doctor Arturo Solarte Rodríguez.
- Durante los años 2018 a 2021, el Señor Doctor Arturo Solarte Rodríguez, en su calidad de árbitro, presidió el Tribunal de Arbitraje de BONNCEL S.A.S. Vs COMCEL S.A.
- En el proceso de BONNCEL S.A.S. Vs COMCEL S.A se discutió la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre las partes, contrato que correspondió con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores. El contrato que fue arbitrado en dicho proceso, entonces, fue idéntico a los contratos celebrados entre Vergara de Vergara & Cía. Ltda y COMCEL y Comunicaciones Móviles Cartagena SAS y COMCEL, y también fue idéntico al contrato demandado en el presente proceso de SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. Vs COMCEL.

- El proceso de BONNCEL S.A.S. Vs COMCEL S.A. culminó con el laudo arbitral dictado el 18 de marzo de 2021 en cuya parte resolutive se lee:

2. Declarar que las cláusulas que integraron el contrato suscrito por las partes fueron extendidas y dictadas por Comcel S.A. de tal manera que respecto de Bonncel Distribuciones y Mercadeo S.A.S., este fue de adhesión. En consecuencia prospera la pretensión segunda de la demanda principal reformada.

3. Declarar que en virtud del contrato celebrado entre las partes el 22 de marzo de 2002, Bonncel Distribuciones y Mercadeo S.A.S., como comerciante independiente asumió, por cuenta de Comcel S.A. y a cambio de una remuneración, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de Comcel en la zona oriente del país. En consecuencia prospera la pretensión tercera de la demanda principal reformada.

4. Declarar que, si bien la cláusula cuarta, el inciso 5º de la cláusula décimo cuarta y el numeral 4º del Anexo F del Contrato suscrito entre las partes, así como las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó la Agencia Comercial como calificación del negocio, o en las que este se calificó como un atípico e innominado negocio de distribución, son estipulaciones contractuales antinómicas en relación con aquellas otras estipulaciones que incorporaron los elementos esenciales de un típico y nominado negocio de agencia comercial, antinomia que es aparente pues aquellas estipulaciones son nulas de nulidad absoluta por su carácter abusivo, como lo declarará el Tribunal. En consecuencia se niega la pretensión cuarta de la demanda principal reformada.

5. Declarar, (i) con fundamento en la interpretación hecha a favor del adherente, (ii) en atención a la manera como las partes ejecutaron el negocio, y (iii) en recta aplicación del principio del Contrato Realidad, que el Contrato suscrito por las partes es un típico y nominado contrato de Agencia Comercial. En consecuencia, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, prospera la pretensión quinta de la demanda principal reformada.

10. Declarar que Comcel S.A., en ejercicio de su posición de dominio contractual, le impuso a la Convocante las disposiciones contractuales del contrato suscrito entre las partes el 22 de marzo de 2002, a que hace referencia la pretensión décima de la demanda principal reformada, la que en consecuencia prospera.

11. Declarar: a) Que son absolutamente nulas por su carácter abusivo las siguientes cláusulas y disposiciones contractuales: Cláusula 4, Cláusula 15 en sus incisos 3 y 5; cláusula 17.2, cláusula 17.4; cláusula 17.5; cláusula 31; Anexo A, numeral 5; Anexo C, numeral 5; Anexo F, numeral 4, así como la referencia al pago anticipado del 20 por ciento incluida en las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas". Lo anterior, en tanto tuvieron por efecto "(i) la elusión, minimización y/o exclusión, en perjuicio de la Convocante, de las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de Agencia Comercial que se hicieron exigibles a partir de la terminación del Contrato; (ii) la posibilidad de Comcel de establecer, unilateralmente, el contenido de sus propias obligaciones contractuales y/o (iii) la exclusión de la responsabilidad civil de Comcel S.A. que se le imputa en el presente proceso. Por las razones y con las particularidades expuestas en la parte motiva de este Laudo, prospera la pretensión undécima en sus literales a) y b) y la duodécima en su literal a). Por tanto, al darse prosperidad a las pretensiones antes mencionadas, el Tribunal no realizará pronunciamiento sobre la pretensión vigésima cuarta, formulada como subsidiaria. b) Declarar que toda estipulación celebrada en un momento anterior a la terminación de Contrato suscrito entre las partes que, directa o indirectamente, parcial o completamente, implique una renuncia de la Prestación Mercantil, es absolutamente nula, por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo. En estos términos prospera el literal c) de la pretensión undécima.

16. Condenar a Comcel S.A. a pagarle a Bonncel Distribuciones y Mercadeo S.A.S. a título de Prestación Mercantil, la suma de NUEVE MIL DOSCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES QUINIENTOS CUARENTA Y UN MIL DOSCIENTOS DIEZ PESOS (\$9.233.541.210), cifra esta que resultó probada en el proceso. Con lo anterior prospera la pretensión décima séptima de la demanda principal reformada.

17. Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de Bonncel Distribuciones y Mercadeo S.A.S. la suma de CINCO MIL SEISCIENTOS OCHENTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS DIECISÉIS MIL CIENTO TREINTA Y OCHO PESOS (\$5.682.516.138) por concepto de los intereses moratorios a la máxima tasa legal establecida, causados sobre la Prestación Mercantil, liquidados a partir del 25 de septiembre 2018, fecha de notificación del auto admisorio de la demanda, y hasta la fecha del presente laudo.

- **Respecto de la renunciabilidad o no de la Prestación Mercantil, el Señor Doctor Arturo Solarte Rodríguez ACLARÓ SU VOTO así:**

Teniendo en cuenta que, como magistrado de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, suscribí la sentencia proferida el 19 de octubre de 2011 (Radicación 11001-3103-032-2001-00847-01), en la que la corporación señaló que la prestación mercantil consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio es renunciable por no comprometer “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”, debo aclarar el voto frente a la decisión adoptada en el laudo proferido unánimemente en la fecha, en cuanto que considero que la renuncia a la mencionada prestación, incorporada en el contrato celebrado entre las partes el 22 de marzo de 2002, ciertamente es nula de nulidad absoluta, pero por su carácter abusivo, más no por las razones incorporadas en la nueva doctrina de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, contenida en la Sentencia SC18392-2017 de 9 de noviembre de 2017 (radicación 3001-3103-004-2011-00081-01), a la que se hace referencia en el Laudo, y con fundamento en la cual se consideró que “no es posible que las partes pacten la renuncia anticipada a la prestación consagrada en favor del agente consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, esto es, antes de que termine el contrato de agencia”.

En esta aclaración de voto se hallan las razones que explican el otro yerro cometido por los H. magistrados Martha Patricia Guzmán y José Alfonso Isaza: la renuncia a la mencionada prestación, incorporada en el contrato extendido por COMCEL y suscrito por Vergara de Vergara & Cia Ltda el 22 de marzo de 2002, ciertamente es nula de nulidad absoluta, pero por su carácter abusivo. En efecto, y como resultó probado en el presente proceso (en otro acápite del presente escrito se abordará con profundidad esta cuestión), COMCEL, como predisponente de los contratos que suscribieron los miembros de su red de agentes/distribuidores y como parte dominante en las relaciones resultantes, extendió cláusulas abusivas con las cuales intentó eludir las consecuencias económicas de la Agencia Comercial, entre ellas las que tuvieron por objeto o por efecto una renuncia total o parcial, directa o velada de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO.

- 2) Sentencia del 31 de agosto de 2021 dictada en el proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S. Vs Comcel S.A. (Exp. 110013103037 2019 00158 01): En este proceso, el Juez 37 Civil del Circuito de Bogotá declaró, en la sentencia de primera instancia, que el contrato demandado fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial. Por su parte, la sala de decisión civil del Tribunal Superior de Bogotá integrada por las H. Magistradas Clara Inés Márquez Bulla, Adriana Saavedra Lozada y Aida Victoria Lozano Rico, revocó, en sede de apelación, la sentencia

de primera instancia y negó las pretensiones invocadas por Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S. En cuanto a la naturaleza jurídica del contrato demandado, en la sentencia de segunda instancia la sala de decisión civil sostuvo:

Págs. 24 a 26 de la Sentencia: En términos generales de las precedentes elucubraciones despuntan que lo concertado por las partes no haya sido una agencia comercial, pues memórese que lo que caracteriza esta clase de vínculo, según la jurisprudencia nacional, es que: "... como su objeto es "promover o explotar negocios" del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquel. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados... 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. ...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 ibidem. ... tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales. ... el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional.... (Corte Suprema de Justicia. Sentencia de 24 de julio de 2012, expediente 1998-21524-01).

Para identificar los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, la sala de decisión civil acudió a la sentencia del 24 de julio de 2012 dictada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, sala en la cual hizo también parte el Señor Doctor Arturo Solarte Rodríguez. Una vez identificados los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, la sala de decisión civil estimó, en los siguientes términos, que el contrato demandado no los reunía:

Acorde con la argumentación que viene de plantearse, de acudir a la hermenéutica del contrato, no se celebró entre las partes una agencia mercantil, toda vez que varios de los presupuestos antes enunciados no se configuran, dado que no existía independencia de la compañía promotora en la publicidad, por cuanto dependía de las directrices y recursos de la demandada, cuyo patrimonio no se veía afectado en la comercialización de productos y servicios.

Agregado a ello, la sociedad precursora actuaba por cuenta propia y no en representación del Comcel S.A. en la negociación de kits prepago.

Conforme con lo discurrido, anduvo desafortunado el Juzgador de primer grado en acceder a las pretensiones y declarar la existencia de una agencia mercantil, cuando, de la intención negocial, escaseaban varias de las exigencias para su configuración.

Yerros cometidos en cuanto a la Naturaleza Jurídica del contrato demandado: Para explicar los yerros cometidos en la sentencia, basta prohiar las razones que el Tribunal de Arbitraje de BONNCEL SAS Vs COMCEL expuso en su laudo arbitral para concluir que el modelo contractual extendido por COMCEL constituye un típico y nominado contrato de Agencia Comercial; se reitera que el Señor Doctor Arturo Solarte Rodríguez presidió dicho Tribunal de Arbitraje. Previamente a transcribir los apartes pertinentes del referido laudo arbitral, es preciso señalar que las pretensiones elevadas por BONNCEL y las pruebas documentales y el dictamen que se aportaron al proceso arbitral, son sustancialmente idénticos a las pretensiones y a las pruebas documentales y dictámenes que se aportaron al proceso de Comunicaciones Móviles Cartagena S.A.S. Vs Comcel S.A., al de Vergara de Vergara & Cía. Ltda. Vs Comcel S.A. y al presente proceso de SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. Vs COMCEL:

Págs. 66 y 67 del Laudo: 1.2.1. **Noción y elementos esenciales.** Siendo la agencia comercial un contrato tipificado en la legislación mercantil colombiana, la noción del referido negocio jurídico solo debe corresponder a la definición que trae el artículo 1317 del Código de Comercio, que la condensa en los siguientes términos: "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.” De la definición que trae la disposición mercantil surgen los elementos esenciales que tipifican o no un acuerdo de voluntades como agencia comercial. Para el Tribunal, tales elementos son los siguientes: (...) (ii) La independencia del agente frente al empresario agenciado. El agente o la agencia debe tener independencia frente al empresario, lo cual significa que no puede formar parte de su estructura administrativa ni encontrarse dentro de los órdenes jerárquicos del agenciado. El agente o la agencia debe tener una organización propia con trabajadores dependientes o colaboradores independientes ajenos a la pirámide de subordinación y dependencia del empresario. La independencia no se desvirtúa por las instrucciones que el agenciado le puede impartir al agente, las cuales son mencionadas por el artículo 1321 del Código de Comercio, el cual dispone como un deber del agente “(...) cumplir el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas (...)”. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha precisado que el contrato de agencia se caracteriza, entre otras cuestiones, porque “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”²⁷. A juicio del Tribunal, la independencia no descarta que esas instrucciones puedan referirse a temas relacionados con pautas publicitarias y de protección de la marca del empresario, la localización y ubicación de los establecimientos del agente dentro del área geográfica asignada y con estrategias de mercadeo, entre otros aspectos que resultan relevantes para la labor del agente mercantil. Se reitera que la independencia que reclama la normativa incorporada en el artículo 1317 del Código de Comercio se refiere a la organización e infraestructura propia, distinta y separada de la del agenciado, concepto este que debe distinguirse de la autonomía que hace referencia a la facultad de tomar decisiones y que, en la agencia comercial, como en toda modalidad de mandato, aparece obviamente limitada por las instrucciones que da el agenciado. (...) (iv) La actuación del agente por cuenta del agenciado. Para la configuración del contrato de agencia se requiere que el agente comercial obre por cuenta del empresario y no por cuenta propia, razón por la cual siempre se la ha considerado una modalidad del mandato en lo que a este elemento esencial se refiere. Los riesgos inherentes al ejercicio del encargo están en cabeza del agenciado en razón a que el agente, si bien tiene un negocio propio, gestiona una actividad cuyo resultado necesariamente repercute patrimonialmente en el agenciado.

Págs. 71 y ss del Laudo: **1.2.3. Análisis del caso concreto y calificación del contrato celebrado entre Bonncel y Comcel.** Consta en el expediente, y su existencia no ha sido discutida, que entre las partes se celebró el 22 de marzo de 2002 un contrato definido en su cláusula 4 como de “distribución”. La controversia que nos ocupa estriba esencialmente en la diferencia surgida entre las partes sobre el carácter de ese negocio jurídico y las consecuentes implicaciones de carácter económico que de allí se desprenden. Para el Tribunal es claro que la naturaleza de los contratos no deriva de la denominación que les den las partes sino de sus elementos constitutivos y específicamente de su objeto, por lo que para decidir si en el caso presente nos encontramos frente a un contrato de agencia comercial o a uno innominado de simple distribución, es decir, para realizar la labor de calificación³³ del contrato objeto de este trámite arbitral, será necesario examinar el negocio jurídico celebrado por las partes.

En primer lugar, está probado que las dos partes realizan actividades que la ley califica como mercantiles y se ha acreditado, igualmente, con los respectivos certificados de existencia y representación legal aportados al expediente, que las dos partes tienen registro y matrícula mercantil y por tanto tienen la calidad de comerciantes. De esta manera, para el Tribunal se cumple el primer elemento esencial del contrato de agencia comercial.

En segundo lugar, se encuentra que las dos partes del contrato son sociedades independientes, sin subordinación o dependencia entre ellas, pues no existe en el registro mercantil de cada una constancia de ello³⁵, ni se acreditó una relación de carácter laboral entre Comcel y los directivos o representantes de Bonncel. Además, en la contestación de la demanda, la Convocada afirmó que la Convocante no es filial ni subsidiaria de Comcel. De otra parte, en la Sección 3 del Contrato, Bonncel, bajo la denominación de Distribuidor, se obligó a cumplir sus obligaciones “(...) con su propia organización, personal e

infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos". La Corte Suprema de Justicia, en pronunciamiento reciente que el Tribunal comparte, ha expresado sobre lo que significa la independencia del agente lo siguiente: "Las características de independencia y permanencia, aludidas en la norma, suponen en el agente, para dichos propósitos, dueño de una empresa organizada, en todo caso, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por lo tanto, no puede haber interferencias o injerencias recíprocas de ninguna índole. En palabras de esta Corte, '[e]n el lenguaje jurídico actual, solo puede entenderse como agente (...) al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro (...) [CSJ. Casación Civil. Sentencia de 2 de diciembre de 1980 (CLXVI-251)]. Esto explica, según en otra ocasión se señaló, '(...) la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado (...) el desempeño de esa labor' [CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1286)]. "La autonomía empresarial indicada, sin embargo, no se predica, stricto sensu, del objeto preciso y directo de la agencia comercial, como es el "encargo" de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio patrio, porque cuando el intermediador así actúa ante el público consumidor, lo hace por cuenta de un tercero, en los términos del transcrito artículo 1317 del Código de Comercio, bien '(...) como representante o agente de un empresario nacional o extranjero (...)', ya en calidad de '(...) fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo (...)'. " Respecto de las instrucciones que le puede impartir el empresario al agente, la Corte en la misma sentencia indica que la presencia de tales orientaciones o directrices no desvirtúa la independencia: "Por esto, al ejecutar el distribuidor actividades de promoción o explotación a nombre del empresario, tenga o no su representación, la intervención de este último en dichos campos se justifica. La razón de ser de la intromisión estriba en que los riesgos económicos del encargo que el agenciado ha confiado, verbi gratia, la pérdida o daños de los productos, o las alzas o bajas de los precios, repercuten directamente en su patrimonio. "De ahí, en sentir de la doctrina, '[e]l agente no es (...) totalmente libre de fijar la manera de hacer la distribución y la propaganda, sin consultar con el empresario, porque ello toca con el propio interés de éste. En efecto, no puede fijar precios, preferir o excluir ciertos sectores o grupos de clientes, ni realizar la propaganda a su antojo, a menos que no tenga especiales instrucciones del empresario, quien puede darlas en cualquier tiempo y exigir modificaciones' [ESCOBAR SANIN, Gabriel. *Negocios Civiles y Comerciales. Negocios de Sustitución*. Bogotá. Universidad Externado de Colombia: 1987, p. 432.]. "En iguales términos esta Corporación, al hacer notar que la independencia y autonomía '(...) no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con éste las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia (...) [CSJ. Casación Civil. Sentencia 199 de 15 de diciembre de 2006, expediente 09211]. "Como recientemente también precisó la Corte, '(...) el empresario no es del todo ajeno a la forma como se lleva a cabo la promoción de sus mercancías, pudiendo hacer sugerencias y recomendaciones, que deberá tomar en cuenta el agente, para un adecuado mercadeo, máxime cuando el productor o comerciante a mayor escala es quien conoce las virtudes, ventajas y riesgos del bien ofertado en el medio, con mayor razón si de ello dependen las consecuencias económicas adversas o favorables que asume'[CSJ. Casación Civil. Sentencia de 10 de septiembre de 2013, expediente 00333]. "Desde luego, la intervención del agenciado en la ejecución del objeto jurídico de la agencia comercial, en sí mismo considerado, que no en la organización establecida por el agente para ejecutarla, se repite, abrevia en las facultades o poderes de los cuales el empresario se ha desprendido (artículo 1320 del Código de Comercio). "Igualmente, al tenor del artículo 1321, ibídem, en los correlativos derechos del productor de bienes o servicios de velar no solo porque el agente cumpla el encargo confiado conforme a las instrucciones impartidas, sino de la obligación que éste tiene de informar a aquél las condiciones del mercado en la zona asignada y las demás circunstancias que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio." Así las cosas, no son de recibo para el Tribunal las afirmaciones de la Convocada y Convocante en Reconvención en su alegato de conclusión³⁸, según las cuales no hubo independencia de Bonncel por cuanto los asuntos que a continuación se relacionan, tenían que tener la aprobación de Comcel como empresario: (i) los horarios mínimos de atención al público; (ii) las

condiciones de funcionamiento de los establecimientos de comercio, incluidas la formas y papelería a utilizar; (iii) la aprobación de movimientos en las estructuras de capital de Bonncel; (iv) la publicidad y el material promocional; y (v) las estrategias promocionales. Todas estas instrucciones, como se mencionó anteriormente, no son otra cosa que las orientaciones que se le reservan al agenciado según el artículo 1321 del Código de Comercio³⁹, para consolidar en una sola dirección sus estrategias para enfrentar los mercados sin incurrir en presencias multiplicadas, unificando políticas para atenderlos, evitando esfuerzos repetidos o paralelos bajo circunstancias de tiempo y lugar generales para toda la fuerza comercial. Igualmente, son directivas indispensables para la protección de sus marcas y signos distintivos y tratándose de un contrato intuitu personae, le permiten al empresario conocer de antemano las personas que ostentan el capital de su contraparte contractual. Por lo expuesto, concluye el Tribunal que Bonncel era independiente frente a Comcel y por tanto se encuentra cumplido este elemento esencial del contrato de agencia mercantil.

En tercer lugar, en lo que respecta a la estabilidad del encargo se aprecia que el contrato que suscribieron las partes existió entre el 22 de marzo de 2002 y el 22 de diciembre de 2017, es decir que la relación contractual permaneció vigente por más de 15 años. Ese periodo de vigencia contractual, no obstante haberse pactado que las renovaciones del plazo eran mensuales, comporta en últimas la estabilidad que se pregona como elemento esencial de la agencia mercantil, lo que se encuentra probado con la aceptación por parte de la Convocada de lo expresado en el hecho 44 de la demanda reformada, en el que se manifestó que “EL CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 22 DE MARZO DE 2002 hasta el 22 DE DICIEMBRE DE 2017”. En efecto, este hecho fue respondido como cierto por Comcel. Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que este elemento de estabilidad del encargo existió en la relación sub iúdice.

Como cuarto elemento de la agencia se ha hecho referencia a la promoción o explotación de los negocios del empresario por parte del agente. Para Bonncel, según el alegato de conclusión, las labores de promoción y explotación se materializaron a través de las siguientes actividades:“(i) Mediante la realización de actividades mercadotécnicas y de promoción. (ii) Mediante la explotación del negocio de COMCEL mediante la consecución de suscriptores que se vincularon con COMCEL a través de los respectivos contratos de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular. (iii) Mediante los servicios posventa a los clientes de COMCEL, entre ellos el servicio de recaudo en los CPS/CVS de BONNCEL. (iv) Informes de Mercado: Finalmente, las actividades de promoción y explotación de los servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL que BONNCEL ejecutó, se complementaron con los informes de mercado (condiciones locales de mercado, quejas y reclamos de los clientes, etcétera) que BONNCEL se obligó a rendirle a COMCEL”. Agrega Bonncel en su alegato que esas labores de promoción y explotación las llevó a cabo en los establecimientos de comercio que abrió en Bogotá (4), Zipaquirá (1), Chía (1), Tabio (1) y en Honda (1). Comcel, por su parte, negó la existencia de este elemento del contrato de agencia, respondiendo que no era cierto el hecho 73 de la demanda reformada en los siguientes términos: “BONNCEL no promovió el negocio de COMCEL por cuenta de esta última, como se ha indicado a través de la contestación de la demanda. BONNCEL actuó por cuenta propia (...)”. Al respecto observa el Tribunal que, a partir de 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, Comcel ha tenido y tendrá la concesión del Estado colombiano para prestar y comercializar los servicios de telefonía móvil celular. Esta afirmación realizada por Bonncel fue aceptada como cierta por Comcel al responder el hecho 14 de la demanda reformada. Para los efectos de la comercialización de esos servicios de telefonía, Comcel procedió a suscribir contratos que denominó de “distribución”, entre ellos el celebrado con Bonncel en el que entre otras estipulaciones se acordó lo siguiente: “3.- COMCEL concede a BONNCEL DISTRIBUCIONES Y MERCADEO LTDA., como DISTRIBUIDOR CV-COMCEL la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. “Por consiguiente EL DISTRIBUIDOR se obliga para COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de estas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos. “El Distribuidor, según decisión e instrucciones de COMCEL podrá tener la función y obligación adicional de promover el servicio de post-

venta a los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico.”

Del texto anteriormente transcrito se desprende lo siguiente:

a) La existencia de una intermediación comercial por parte de Bonncel respecto de los productos y servicios de Comcel, consistente en su distribución y comercialización. Esa intermediación se concretó, en la práctica, en la realización de operaciones que involucraban tres elementos: un teléfono celular; un chip o “sim card” que permite la activación del teléfono y contiene el número desde y hacia el cual se realizan las llamadas; y el servicio de telefonía celular que se utiliza con el teléfono. El teléfono y la “sim card” son elementos que el usuario adquiere y que, en consecuencia, independientemente de que se mantenga o no como usuario del servicio de telefonía celular de Comcel, no estará obligado a reintegrar. En este caso la relación se trababa, en principio, directamente entre el usuario y Bonncel y la “intermediación” y la promoción a cargo del agente surgía porque Bonncel recibía los elementos de Comcel y los transfería al usuario. En cuanto al servicio de telefonía celular, es claro que el usuario lo contrataba con Comcel a través de la intermediación de Bonncel que ponía en contacto al primero con la segunda, ya que es claro que el servicio de telefonía celular contratado solo podía prestarlo Comcel, como concesionario del mismo⁴⁶. Esa relación usuario-Comcel podía establecerse de dos maneras: mediante el prepago de un tiempo determinado de servicio, o por el pospago, a través de facturación por períodos vencidos del servicio consumido en un lapso determinado.

b) Bonncel llevaba a cabo el mercadeo y la comercialización de los servicios de telefonía celular en nombre de Comcel, y en su favor, servicios que sólo ella podía prestar. Lo que Bonncel mercadeó fueron (i) servicios de Comcel, a través de una intermediación que consistía en poner en contacto al cliente con el empresario; y (ii) productos de Comcel en cuanto provenían de ella y eran necesarios para la prestación del servicio de telefonía móvil, que Bonncel colocaba entre los clientes. Esto es, desempeñó una actividad encaminada a conquistar clientela, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, Comcel, que le encargó realizar esa labor.

Así, los negocios que Bonncel comercializó y promovió no son los suyos propios, sino los servicios de telefonía celular de Comcel y los productos que esta proveía. En otras palabras, las actividades de Bonncel, dentro del Contrato, estaban inequívocamente dirigidas a la promoción de los negocios de Comcel y por esa labor recibió una retribución que fue pactada con referencia a cada negocio realizado. (...) Así las cosas, concluye el Tribunal que a través de la efectiva promoción de Bonncel se vincularon suscriptores o abonados a los servicios y productos de Comcel, lo cual generó el pago de comisiones o el reconocimiento de descuentos o diferenciales por concepto de distribución de productos de ésta última, por lo cual se concluye que también está probado este elemento esencial del contrato de agencia en la relación contractual que existió entre Comcel y Bonncel.

En quinto lugar, el siguiente elemento que corresponde analizar es si los actos de promoción que ejecutó Bonncel eran por cuenta de Comcel. Como se mencionó respecto del anterior elemento de la agencia comercial, cuyas consideraciones, en su mayoría, también sirven respecto de la actuación de Bonncel por cuenta ajena, para operar en Colombia el servicio de telefonía móvil celular se requiere celebrar un contrato de concesión con la Nación, conforme lo establece el artículo 3° de la Ley 37 de 1993, que regula la prestación del servicio de telefonía móvil. Por lo tanto, los usuarios o consumidores que querían acceder a este servicio suscribían —y hoy todavía ocurre así— contratos con los distintos operadores, que, en el caso de Comcel, según aparece probado en el expediente, correspondían a los planes que ella estructuraba para los potenciales clientes respecto de los cuales Bonncel adelantaba sus gestiones de promoción y que una vez se vinculaban contractualmente con Comcel eran sus clientes. La parte Convocada y Convocante en Reconvencción en el alegato de conclusión, al referirse a si Bonncel actuaba por cuenta de Comcel y negando que ello fuera así, expresó: “En efecto, no basta entonces con que un sujeto se comporte en interés de otro para que se tenga por probada la “actuación por cuenta”, por cuanto, lo que importa de esa noción es que el pretendido agente no asuma los riesgos propios de esa

operación. "Al detenernos en el estudio concreto del objeto del litigio, se observa con meridiana claridad que este elemento solo estaría presente en lo atinente a los servicios pospago, en tanto que COMCEL dejaba en consignación los equipos de telefonía móvil celular, y el distribuidor tenía que venderlos única y exclusivamente a los precios que le indicara la compañía; por otro lado, en lo que tiene que ver con los productos denominados "kit Prepago" y Sim cards el distribuidor generaba de forma periódica órdenes de compra de cada uno de los anteriores elementos y, como propietario de los mismos, era quien asumía los riesgos que sobre ellos recaían, incluyendo los riesgos de pérdidas de los equipos, así como la cartera que surgiera de su venta." De acuerdo con lo anterior, la Convocada acepta que Bonncel actuó por cuenta de Comcel en lo que se refiere a los planes pospago. Queda entonces por dilucidar si ello también ocurría con los planes prepago. Para el Tribunal, el Contrato es uno solo y debe interpretarse de manera integral, apreciando en conjunto todas las aristas que convinieron las partes, para lo cual es necesario tener en cuenta lo siguiente: (i) El objeto principal del contrato que celebraron Comcel y Bonncel fue la vinculación de clientes al servicio de telefonía móvil celular bajo los planes pospago y prepago. (ii) Solo se podía tener acceso al servicio en el plan prepago a través del respectivo kit, el cual era proveído por Comcel; (iii) Si el usuario no disponía de una sim card Comcel, no podía tener acceso al servicio de telefonía móvil proveído por dicha compañía; (iv) Los kit prepago y las sim cards solo podían provenir de Comcel y no de un tercero ajeno a los contratantes; (v) Los precios de los kits y las sim cards que tenían que pagar los usuarios, eran fijados por Comcel y Bonncel no podía acordar condiciones distintas o diferentes a las determinadas por Comcel. (vi) Los clientes de los planes prepago que se vinculaban con Comcel para el servicio de telefonía móvil celular necesariamente debían adquirir los kits prepago o las sim cards. (vii) El contrato celebrado entre Comcel y Bonncel, sin entrar a considerar su naturaleza, tenía por objeto la vinculación de usuarios a la telefonía móvil celular operada por Comcel, a través de cualquiera de los planes fijados y establecidos por Comcel. Para ello era necesario, en el plan prepago, la sim card o el kit. (viii) Bonncel tenía la obligación de consignarle a Comcel, sin distinguir el plan al que se vinculaba el usuario, "todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o por cualquier otro concepto, deba pagar a Comcel, a mas 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".

Lo anterior permite concluir que si un usuario quería adquirir el servicio de telefonía móvil celular prepago, le era imprescindible el kit o la sim card con una carga de tiempo al aire. En otras palabras, sin kit o sin sim card, no era posible acceder al servicio. Esto lleva a considerar que los acuerdos o convenios a través de los cuales se adquiría el kit o la sim card eran complementarios y necesarios para el servicio y que el cliente que requería la telefonía móvil celular prepago tenía que acceder a los dos acuerdos o convenios que conformaban un todo indivisible. Desde el punto de vista del consumidor se trataba de una operación única, y era Bonncel quien le ofrecía el paquete comercial completo por cuenta de Comcel, en el marco de su actividad de promoción.

Ahora bien, Comcel manifiesta en su alegato de conclusión que "(...) por otro lado, en lo que tiene que ver con los productos denominados 'Kit Prepago' y Sim cards, el distribuidor generaba de forma periódica órdenes de compra de cada uno de los anteriores elementos y, como propietario de los mismos, era quien asumía los riesgos que sobre ellos recaían, incluyendo los riesgos de pérdida de los equipos, así como la cartera que surgiera de su venta". Se observa, entonces, que, según la Convocada, respecto del servicio de telefonía Bonncel sí actuaba por cuenta de Comcel, mientras que en lo que tenía que ver con los kits prepago y las sim cards actuaba por cuenta propia, todo para concluir que Bonncel no era agente comercial sino distribuidor de Comcel.

Sobre esta conclusión, debe tenerse en cuenta, en primer término, como lo ha manifestado la doctrina nacional que "'comprar para revender' no impide la existencia de un verdadero agenciamiento, que aparece cada vez que el intermediario recibe el encargo de promover los negocios del fabricante y que dicha labor promocional se cumpla por cuenta, riesgo y en beneficio de este último. En consecuencia, la 'promoción por cuenta' se erige como la verdadera diferencia específica y el elemento distintivo y más relevante de la agencia comercial". Esto es particularmente relevante en los casos en los que, a pesar

de que se presente la situación a la que se hace referencia, "en la práctica todos los riesgos pasen al empresario agenciado (en efecto, ello puede ocurrir cuando si bien formalmente el distribuidor factura al cliente, en la práctica el empresario conoce quienes son los clientes, imparte las instrucciones sobre la forma de negociar con ellos y asume los riesgos, incluyendo la cartera ...) y en tal caso, si se reúnen los demás elementos podría llegar a plantearse que en el fondo hay contrato de agencia.

Ahora bien, en los negocios relacionados con la promoción y distribución de los servicios de telecomunicaciones, como es el caso que se decide en el presente Laudo, la posición mayoritaria en materia arbitral sostiene que, en aquellos supuestos en los que la compra para la reventa pueda reputarse como una actividad accesoria o instrumental para la promoción del servicio de telefonía móvil, dicha actividad hará parte de la agencia y sus efectos patrimoniales deberán ser considerados para el cálculo de las prestaciones a las que refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, tema este último que será tratado más adelante.

Por ejemplo, en el caso particular de la compra de equipos terminales para su posterior reventa, la justicia arbitral ha señalado lo siguiente: "En el caso en estudio, la compra y venta de los equipos terminales no puede ni debe analizarse como actividad aislada de la promoción y comercialización del servicio de telefonía celular, para considerar como propia y exclusiva de un contrato de distribución independiente, cuyos beneficios en favor del distribuidor no deben tenerse en cuenta para el cálculo y liquidación de la cesantía comercial, por las razones que esgrime la convocada. "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 u 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, máxime si se tiene en cuenta, como en el presente caso, la íntima relación que existe entre el servicio de telefonía móvil celular y los productos que permiten su utilización. "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, ya sea que actúe como adquirente o consumidor de los productos frente al agenciado o como proveedor de los productos frente a los terceros adquirentes (Con.: art. 980 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." (Tribunal arbitral de Sistemas Integrados de Medios de Telecomunicaciones SIMTEC S.A. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 20 de noviembre de 2014. Árbitros: Luis Helo Kattah, Fernando Santos Silva y Hernando Yepes Arcila).

En oportunidad posterior, la justicia arbitral reiteró lo siguiente: "(...) el obrar por cuenta ajena supone que los resultados y los riesgos propios de la actividad del agente recaen primordialmente en el empresario principal. En el contexto que nos interesa si un comerciante compra productos para luego revenderlos, no ostenta el carácter de agente pues estaría actuando por cuenta propia -como mero distribuidor- al ser dueño de la mercancía que más adelante revenderá. Empero, el mismo comerciante se tornará en verdadero agente comercial si, además de comprar para la reventa, asume el encargo de promover los negocios del empresario principal." (Tribunal arbitral de MELTEC S.A. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 4 de febrero de 2016. Árbitros: Edgar Alfredo Garzón Saboyá, Roberto Borrás Polanía y Carolina Silva Rodríguez).

Y al analizar si los descuentos que el "distribuidor" recibió por la comercialización de kits prepago y de los denominados planes "welcome back" (sim cards) debían incluirse en el cálculo de la liquidación del contrato de agencia, se señaló: "(...) aunque en principio parecía ésta una mera operación de venta para

al reventa, que no encajaría dentro de la agencia comercial, la verdad es que esta operación era instrumental al propósito de COMCEL de promover sus servicios, pues al final el beneficio del distribuidor dependía de que efectivamente el usuario se convirtiera en un cliente de COMCEL, ello es suficiente para que los descuentos del prepago, tanto lo correspondiente a los kits prepago como los planes welcome back, deban ser incluidos para calcular las prestaciones propias de la agencia (...).” (Tribunal arbitral de MELTEC S.A. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 4 de febrero de 2016. Árbitros: Edgar Alfredo Garzón Saboyá, Roberto Borrás Polanía y Carolina Silva Rodríguez).

En similar sentido, sobre los kits prepago se ha sostenido: “(...) la labor de CELLULAR PHONE, respecto del denominado kit prepago, no se agotaba con la simple adquisición de los equipos para comercializarlos con terceros. También era necesario que se cumpliesen condiciones adicionales, basadas principalmente en la legalización de los contratos con los clientes, la generación de tráfico de llamadas y el tiempo al aire. (...) “La remuneración recibida por CELLULAR PHONE, independientemente de su denominación -i.e. comisión o bonificación- dependía entonces del cumplimiento de condiciones adicionales a una simple compra para la reventa. “De ahí que los términos y condiciones aplicables a la gestión de CELLULAR PHONE, con respecto al producto prepago, tuviesen un carácter accesorio, instrumental o complementario respecto de la finalidad económica del contrato, consistente en promover los productos y servicios de COMCEL. “Tal como lo explicó el Tribunal en el acápite sobre los elementos propios del contrato de agencia comercial, ocurre que la compra para la reventa no necesariamente descarta la presencia de la actuación por cuenta de otro como elemento propio de la agencia mercantil. Puede hacer agencia comercial si el intermediario mercantil, al actuar como distribuidor, despliega una labor de promoción enderezada a conquistar, ampliar o preservar la clientela del empresario principal. En el caso concreto, se ha evidenciado que los clientes del producto prepago -i.e. kit prepago- se vinculaban a la red de COMCEL, como clientes suyos. A su turno, la remuneración de CELLULAR PHONE, como distribuidor en este aspecto, no se extraía de una simple diferencia entre el valor de adquisición de una mercancía y el de su reventa o comercialización, pues era fundamental la generación de consumos en la respectiva línea telefónica.” (Tribunal arbitral de CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 6 de septiembre de 2013. Árbitros: Anne Marie Mürrle Rojas, Jorge Cubides Camacho y Santiago Talero Rueda).

En la misma línea anterior, respecto de los kit prepago, se ha sostenido: “Desde este punto de vista observa el Tribunal que podría sostenerse que en lo relacionado con la actividad de prepago, el Distribuidor no actuaba como agente, ya que obraba por cuenta propia, pues compraba los equipos que después revendía y si el interesado no le pagaba el kit o el equipo, la pérdida la asumía el Distribuidor. “Sin embargo, por otro lado, la relación en estos casos entre el Distribuidor y Comcel no se agotaba en la enajenación de dichos bienes pues si el usuario no registraba la actividad prevista por Comcel, el Distribuidor debía reintegrar las sumas recibidas. Lo anterior acredita que si bien en principio existía una operación de compraventa, la misma era instrumental al propósito de Comcel de promover sus servicios, pues en últimas el beneficio del Distribuidor dependía de que efectivamente el usuario fuera un cliente de Comcel. “Por consiguiente, si bien el Distribuidor asumía el riesgo del equipo como tal, y de que el cliente no se lo pagara, la función que tenía era obtener un cliente para Comcel, quien se convertía en prestador del servicio, y en este aspecto, el Distribuidor actuaba por cuenta de Comcel. Las reglas que se han transcrito muestran que lo que remuneraba Comcel era realmente esta segunda actividad, pues si quien adquiría el aparato no registraba actividad el Distribuidor perdía su beneficio.” (Tribunal arbitral de DISTRICEL S.A.S. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 17 de mayo de 2013. Árbitros: Julio Benetti Salgar, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Carlos Umaña Trujillo).

Y, más recientemente, sobre la comercialización de kits prepago (equipos terminales más sim cards), se señaló: “Sobre los Kits prepago que incluye el teléfono celular y las sim card la Convocada alega que se trata de una actividad de venta para la reventa, razón por la cual no se trata de actividades orientadas a la comercialización de las actividades de voz materia de la concesión que COMCEL explotaba en virtud de la concesión que el Estado le hizo para ese efecto. Sin embargo, el Tribunal considera que tanto el margen concedido al CELL NET por concepto de los aparatos celulares que ésta entregaba a los usuarios, como el margen por activación y el margen autoliquidable referido a las sim card son factores íntimamente ligados a la actividad de promoción de los negocios que el agente realizaba en nombre y

representación de COMCEL y en su beneficio orientados a la expansión y mantenimiento de su mercado que es el objeto del contrato de agencia comercial. Y así es porque el teléfono celular sólo podía ser entregado para la vinculación del cliente a los servicios de COMCEL y en ningún caso a la de otros actores y para el uso independiente del usuario. No se trata de un servicio aislado de la promoción y comercialización de los servicios de voz prestados por la Convocada, sino íntimamente ligado a ella, pues el aparato entregado es indispensable para su acceso a tales servicios. Lo propio sucede respecto de las sim card, elemento indispensable para ese mismo acceso. Por tanto los descuentos o valores asignados a CELL NET por COMCEL sobre los teléfonos celulares que entregaba a crédito y cuya eventual devolución se encontraba debidamente reglamentada en el contrato y lo propio sucede respecto de las sim card. En cada caso la diferencia de precio a favor del agente está señalada por COMCEL y corresponde a un ingreso del agente en desarrollo de la actividad de comercialización que desarrolla en beneficio del agenciado. “La venta de productos para la reventa en el contexto del contrato celebrado por las partes entra dentro del concepto no es extraño al concepto de distribución de productos que pone a disposición el agenciado para promover su negocio al agente como lo señala el artículo 1317 del Código de Comercio, tanto que en lo pertinente se remite al contrato de suministro de acuerdo con el artículo 1330 del mismo estatuto. De suerte que las indemnizaciones que se reconozcan sobre este particular se incorporarán a los cálculos de la cesantía comercial. (Pretensiones Vigésima Octava, Trigésima Primera y Trigésima Segunda). “Por último, cabe señalar que los valores que se asignaban al agente respecto de los celulares adquiridos para su distribución o las simcard eran en esencia variables, espacialmente respecto de los primeros pues dependían del valor de cada celular dadas sus características y marcas. Y lo propio sucedida con las sim card pues eran suministros de COMCEL. De manera que la posibilidad de modificación es aneja al mismo.” (Tribunal arbitral de COMPAÑÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. v. Comunicación Celular COMCEL S.A. Laudo de 3 de febrero de 2020. Árbitros: Carlos Mayorca Escobar, Marcela Castro Ruiz y Gilberto Alzate Ronga.)

Así las cosas, el Tribunal concluye que la presencia de actividades como la de comprar para revender en un contrato de agencia, no desvirtúa la existencia de esta última, siempre que tales actividades estén enmarcadas en la promoción por cuenta del agenciado, en este caso de Comcel. Ahora bien, si afirmando que “comprar para vender” es el elemento que configura el innominado contrato de distribución y descarta el nominado de agencia, el Tribunal, además de las consideraciones realizadas anteriormente, llama la atención sobre el concepto legal de agencia comercial que también tiene implícito el término distribución al tenor del Art. 1317 del Código de Comercio: “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.**” (Subraya y negrilla fuera de texto). De acuerdo con lo expuesto, concluye el Tribunal que Bonncel llevó a cabo actividades de promoción por cuenta de Comcel, no solo en lo que se refiere al servicio de telefonía móvil celular, sino también en lo referente a los Kits Prepago y las sim cards.

Para culminar, en sexto lugar, resta por abordar el último elemento del contrato de agencia, según lo expuesto con anterioridad, consistente en que las partes deben haber determinado un área geográfica para el desarrollo y cumplimiento del objeto del contrato. En este caso, en el contrato sub iúdice no aparece expresamente una zona específica en la que el “distribuidor” debiera realizar su labor; solo se hace referencia a un área de servicio, definida como “el área geográfica en la cual COMCEL preste o llegue a prestar el servicio”, lo que indica que Bonncel estaba habilitada para desarrollar su labor en el área oriental del territorio colombiano que la Nación le entregó en concesión a Comcel. Además, en razón a que esta última se reservó el derecho de autorizar los puntos de atención de Bonncel para la ejecución del contrato, ello quiere decir que respecto de cada autorización las partes convinieron las áreas geográficas que predica el concepto de agencia comercial. (...) Así las cosas, concluye el Tribunal que este elemento de la agencia comercial también está satisfecho.

Con base en lo expuesto anteriormente, el Tribunal dará prosperidad a las siguientes pretensiones de la demanda principal reformada: primera, en cuanto que el contrato celebrado entre las partes el 22 de

marzo de 2002 constituyó la relación contractual sub iúdice; tercera, en razón a que en virtud de dicho contrato, la Convocante asumió por cuenta de Comcel el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular en la zona oriental del país; por último, haciendo referencia al referido Contrato que se acordó entre Comcel y Bonncel, concluye el Tribunal que correspondió al de agencia comercial y no a un contrato de distribución, por lo que prospera la pretensión octava de la demanda principal reformada. Por la misma razón, se niegan las excepciones de mérito 2".3 INEXISTENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL", "2.4 INEXISTENCIA DE ACTIVIDADES DE PROMOCIÓN", "2.5 AUSENCIA DE INDEPENDENCIA POR PARTE DE BONNCEL", y "2.6 BONNCEL ACTUABA EN SU PROPIO NOMBRE Y REPRESENTACIÓN.

Las siguientes pruebas testimoniales rendidas en el presente proceso dan cuenta de los **MISMOS HECHOS** que el Tribunal de Arbitraje de **BONNCEL SAS Vs COMCEL S.A.** tuvo en cuenta para declarar que el contrato extendido por **COMCEL** para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores incorpora los elementos esenciales de un típico negocio de Agencia Comercial; lo mismo se predica respecto de los otros veinticinco (25) Tribunales de Arbitraje que, de manera uniforme, reiterada y consistente, han confirmado que el referido modelo contractual extendido por **COMCEL** corresponde, en cuanto a su naturaleza, con una típica Agencia Comercial:

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey. En tu conocimiento Olga fundamentalmente ¿cuáles son las actividades que realizan los que tú denominas distribuidores entre ellos SALCEDO DOMINGUEZ?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Las actividades del distribuidor son actividades netamente comerciales, de promoción y de vinculación de clientes en los productos que se comercializan.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey, dentro de esas, hablemos primero de las actividades de promoción, cuéntame ¿qué actividades de promoción en tu conocimiento desarrollan los distribuidores, los que tú denominas distribuidores dentro de sus actividades ¿cuáles son esas entidades de promoción que relacionas, que realizan?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Ellos hacen actividades de cantidades comerciales como puntos alternos enfrente sus locales, pueden hacer tomas comerciales en algún sitio o en alguna empresa, todo pues previamente tiene que ser avalado por nosotros y de conocimiento de la compañía.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey. ¿Y todas esas actividades que deben realizar los distribuidores deben ir previamente aprobadas por parte de COMCEL?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor, si van a recibir el apoyo, un apoyo que nosotros le damos a los distribuidores debe pasar para revisión y pues aval de nosotros.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey y esas actividades comerciales, esas acciones comerciales y promocionales que deben realizar los distribuidores ¿qué buscan, que se busca con estas entidades comerciales?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Traer más clientes.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey y esos clientes ¿son clientes de quién?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Los clientes son nuestros, cuando hablo de nuestros nos referimos a clientes de COMCEL, pues porque nosotros hacemos las promociones y pues damos ese, ese producto para que lo pueda comercializar el distribuidor.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: OK. Tú te referiste a que en estos casos debía ponerse de presente un contrato a ese cliente potencial, cuando él aceptaba adquirir el producto de servicio, te pregunto. ¿Ese contrato era un modelo contractual que COMCEL le entregaba a SALCEDO DOMINGUEZ	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si, es un modelo de contrato que la compañía entregaba donde estaban pues todos los, las condiciones del mismo, pero si era un modelo no era un contrato que él quisiera colocar, no era un modelo establecido por la compañía.

para que SALCEDO DOMINGUEZ se lo pusiera de presente al cliente potencial y el cliente lo firmara?	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿Cuándo dices la compañía te refieres a COMCEL?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: OK ¿y ese contrato tú sabes si las partes, las partes de ese contrato eran, por un lado, COMCEL como prestador de servicio y, por el otro lado, el cliente que firmaba como quien recibía el servicio?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Maria del Pilar Suarez – Gerente Universidad Claro COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Ok ¿Y cómo debe realizar las ventas?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Ahí básicamente se les explica los procesos, que deben tener en cuenta, qué documentación deben exigir al cliente, digamos el, el, las competencias comerciales en, en cómo hacer una venta consultiva y todo el diligenciamiento de documentación requisito para poder hacer esa, esa venta.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Ok ¿Y uno de los requisitos para, para poder hacer las ventas dentro de esa documentación que ellos deben diligenciar es el denominado contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si, es el, uno de los requisitos que deben diligenciar.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: OK, ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular ¿Que tiene que hacer o que tenía que hacer SALCEDO DOMINGUEZ respecto de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Solo lo que se les informa a la fuerza de ventas es la forma de diligenciar ese documento para ser entregado al, al distribuidor para que el distribuidor genere digamos la activación de la línea.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿Y quién, quien debe firmar o diligenciar ese, ese, ese contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: El cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Ok ¿Y ese es un cliente de quién?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Un cliente que consigue el distribuidor para adquirir los servicios de Claro o de COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿O sea que es un cliente de COMCEL una vez firma el contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Patricia yo te pregunto, ya después de que los clientes digamos se han atraído con esas actividades promocionales que deben realizar los distribuidores, ¿los distribuidores tienen una labor de vender? Ya digamos después de que el cliente está en el punto, ¿tiene una actividad de ventas que deben realizar?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si, si señor, tienen hacer, diligenciar un contrato pues para vincular al cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿Para vincularlo con quién?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Con COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Y en esas actividades de venta ¿tú sabes cuál es el portafolio que debe venderse por parte de los distribuidores? cuales son los productos y los servicios que se venden, cual es el portafolio esos productos y servicios que se venden.	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si claro, los productos de móvil, productos de hogar, planes en pospago, planes prepago.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. En el tema de móvil específicamente ¿estamos hablando de cuáles productos y servicios? En el tema de móvil.	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Planes pospago, planes prepago, venta de Sim Card, Kit prepago.

<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>	<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>	<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>	<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL	
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. Y te preguntó Hermes ¿ese equipo en la modalidad de prepago necesariamente iba con esa Sim Card a la que tú has hecho referencia.</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si señor, o sea un kit prepago cuando se factura como kit prepago llevaba el equipo y llevaba su Sim Card para que pudiese utilizar el servicio al cliente.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. ¿Y esa Sim Card lleva siempre atada una línea telefónica de COMCEL esa Sim Card?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Así es.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: ¿Es decir que cada vez que C J ORIENTE comercializaba un plan prepago debía entregar un teléfono con una línea para prestación de servicios?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si con una línea o sea toda Sim Card que se vendía era, tenía su NIM su número, pero no necesariamente debía llevar el equipo o sea prepago, yo puedo vender el equipo con la Sim Card o puedo vender sólo las Sim Card, si, eso es en producto prepago, pero entonces a lo que hace referencia de que, si iban y con una línea, así era, todas las líneas iban pre activadas con un número de COMCEL.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Es decir, Hermes que en cualquier caso en prepago ya fuera kit prepago o sólo la Sim Card, (...) ¿siempre se le vendía la línea telefónica con el servicio de telefonía móvil celular al cliente?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si señor.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. ¿Tú sabes si C J Oriente podía vender equipos libres? es decir ¿sin el servicio de telefonía móvil celular de COMCEL?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: No. Los equipos, o sea cuando se vendía un equipo se vendía con una sim card, siempre iba atado a una Sim Card por temas de garantía, por temas de pues legalización, pero un equipo libre no se podía vender ni distribuir.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Estos testimonios, para efectos de demostrar que el CONTRATO reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de una típica Agencia Comercial, se complementan con las demás pruebas (confesiones de COMCEL, pruebas documentales y DICTAMEN) que obran en el expediente, pruebas a las que se hará expresa referencia en los correspondientes acápite de SUSTENTACIÓN ESPECIAL incorporados en el presente memorial.

ANTECEDENTES ARBITRALES

La justicia arbitral, desde el año 2006, ha tenido la oportunidad de estudiar pormenorizadamente los mismos problemas jurídicos que subyacen a la presente litis en por lo menos veintiséis (26) procesos arbitrales, todos ellos convocados en contra de COMCEL por otros ex miembros de su red de agentes/distribuidores. En estos procesos arbitrales se discutió la naturaleza jurídica del modelo contractual que COMCEL extendió, modelo que es idéntico al texto del CONTRATO y, sin excepción, se resolvió que dicho modelo correspondió, en cuanto a su naturaleza, a un típico y nominado contrato de Agencia Comercial. En estos procesos arbitrales, como consecuencia de la naturaleza jurídica de los contratos demandados, se condenó a COMCEL a pagar las respectivas Prestaciones Mercantiles (Art. 1324 CCO) que nacieron y se hicieron exigibles al momento de la terminación de los contratos demandados.

ART. 1324 CCO: 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, ...

Asimismo, en estos procesos arbitrales se condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que, con fundamento en los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990 y 1608 CC, se causaron sobre las referidas Prestaciones Mercantiles:

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.

En catorce (14) laudos arbitrales los intereses moratorios se calcularon a partir de la fecha de terminación de los respectivos contratos y, en los doce (12) restantes, a partir de la fecha de la notificación a COMCEL de los correspondientes autos admisivos de las demandas. En este punto no hay una posición pacífica: la mayoría de los Tribunales estimaron que COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil a partir de la terminación del contrato (Art. 1608 CC, Num. 1), los demás consideraron que la constitución en mora se perfeccionó con la notificación del respectivo auto admisorio de la demanda (Art. 1608 CC, Num. 3 y Art. 94 CGP).

ART. 1608 CC: El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

ART. 94 CGP: INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin,... Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

	CONVOCANTE	FECHA DEL LAUDO	NATURALEZA DEL CONTRATO	PRESTACIÓN MERCANTIL	MORATORIOS PRESTACIÓN MERCANTIL
1	CONCELULAR S.A.	Dic. 1º de 2006	AGENCIA COMERCIAL	\$2.406.304.074	Desde la terminación del contrato
2	COMCELULARES F.M. LTDA	Dic. 14 de 2006	AGENCIA COMERCIAL	\$897.985.570	Desde la terminación del contrato
3	PUNTO CELULAR LTDA	Feb. 23 de 2007	AGENCIA COMERCIAL	\$3.746.334.345	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
4	MOVITELL AMERICAS LTDA	Sep. 30 de 2008	AGENCIA COMERCIAL	\$1.117.960.448	Desde la terminación del contrato
5	AUTOS DEL CAMINO LTDA	Dic. 16 de 2008	AGENCIA COMERCIAL	\$1.706.540.192	Desde la terminación del contrato
6	COLCELL LTDA	Abr. 30 de 2009	AGENCIA COMERCIAL	\$4.917.350.203	Desde la terminación del contrato
7	CONEXCEL S.A.	May. 9 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$24.354.003.685	Desde la terminación del contrato
8	ELECTROPHONE S.A.	Jun. 15 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$6.972.493.276	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
9	ANDINO CELULAR S.A.	Jul. 27 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$968.477.712	Desde la terminación del contrato

10	CTM S.A.	Ago. 18 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$14.044.452.618	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
11	K-CELULAR LTDA	Oct. 26 de 2011	AGENCIA COMERCIAL	\$2.262.250.000	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
12	MUNDO CELULAR S.A.	Jun. 21 de 2012	AGENCIA COMERCIAL	\$22.751.111.878	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
13	EVER GREEN S.A.	Nov. 2 de 2012	AGENCIA COMERCIAL	\$1.291.780.000	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
14	LLAMA TELECOMUN. S.A.	May. 15 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$4.014.020.940	Desde la terminación del contrato
15	DISTRICEL S.A.S	May. 17 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$749.260.837	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
16	CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.	Sep. 6 de 2013	AGENCIA COMERCIAL	\$1.626.402.240	Desde la terminación del contrato
17	ALJURE TELECOMUN S.A.	Ene. 31 de 2014	AGENCIA COMERCIAL	\$4.609.353.578	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
18	SIMTEC S.A.	Nov. 20 de 2014	AGENCIA COMERCIAL	\$15.410.350.579	Desde la terminación del contrato
19	FASE COMUNICACIONES S.A.S.	Jul. 15 de 2015	AGENCIA COMERCIAL	\$1.106.551.024	Desde la terminación del contrato
20	MELTEC S.A.	Feb. 4 de 2016	AGENCIA COMERCIAL	\$15.044.582379	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
21	CELUTECH S.A.S.	Abr. 4 de 2019	AGENCIA COMERCIAL	\$11.920.432.589	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
22	CELL NET DE OCCIDENTE S.A.	Feb. 3 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$10.865.348.921	Desde la terminación del contrato
23	CELCOM S.A.	Jun. 1º de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$13.263.560.954	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda
24	MDC S.A.S	Jul. 2 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$4.490.555.825	Desde la terminación del contrato
25	CELULAR SUN S.A.	Dic. 4 de 2020	AGENCIA COMERCIAL	\$16.015.708.746	Desde la terminación del contrato
26	BONNCEL SAS	Mar. 18 de 2021	AGENCIA COMERCIAL	\$9.233.541.210	Desde la notificación del auto admisorio de la demanda

VER Prueba No. 14 de la demanda. Antecedentes Arbitrales. Los laudos 21 a 25 están publicados por el CAC/CCB

Nota: Los siguientes laudos arbitrales dictados en estos procesos han sido conocidos por el H. Tribunal Superior de Bogotá en sede extraordinaria de anulación: Cell Point, Concelular, Movitell, Autos del Camino, CMV Celular, Colcell, Conexcel, Globlatronics, CTM, Mundo Celular, Ever Green, Llama Comunicaciones, Districel, Meltec, Celutech, Celcom, Celular Sun, Cell Net de Occidente y MDC.

La mayoría de estos laudos arbitrales reposan en el expediente del presente proceso, pues los mismos fueron aportados como pruebas documentales con la demanda.

Para efectos de la presente sustentación, se tendrán por incorporados al presente memorial los argumentos de derecho que fueron expuestos en estos laudos arbitrales, y que sirvieron para que los respectivos Tribunales de Arbitraje declararan que los contratos extendidos por COMCEL para ser suscritos por los miembros de su red de agentes/distribuidores fueron típicos negocios de Agencia Comercial.

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

1. GRUPO DE REPAROS relativos a la naturaleza jurídica del CONTRATO: El CONTRATO incorpora los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

NOTA: En relación con este asunto, y para todos los efectos procesales y sustanciales pertinentes, se entiende incorporado en el presente memorial lo que al respecto se manifestó en el recurso de apelación que LA DEMANDANTE sustentó ante el H. Tribunal Superior de Bogotá. Sin perjuicio de lo anterior, a continuación se reiteran brevemente los argumentos fundamentales de la cuestión sub examine.

1.1. El CONTRATO reúne los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

LA DEMANDANTE, en su demanda reformada, elevó la siguiente pretensión:

PRETENSIÓN TERCERA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: a) Declarar que LA DEMANDANTE, como comerciante independiente y en virtud de la celebración y ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, por cuenta de COMCEL, en el ÁREA COSTA del territorio colombiano, a cambio de una remuneración y en los establecimientos expresamente autorizados, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL. b) Declarar, en consecuencia, que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial, negocio que está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

El Art. 1317 del CCO define al contrato de Agencia Comercial así:

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.

De su definición se extraen algunos de los elementos esenciales de este tipo contractual; estos son: (i) El contrato de Agencia Comercial se celebra entre comerciantes. (ii) La independencia del Agente Comercial. (iii) La estabilidad o permanencia del vínculo negocial. (iv) El encargo que el empresario agenciado le hace al agente comercial de promover o explotar el negocio del primero. (v) La zona prefijada. La Corte Suprema de Justicia así los confirma:

Sentencia de abril 4 de 2008. Sala de Casación Civil. Expediente 0800131030061998-00171-01. Páginas 17 y 18: 6. El Capítulo V, del Título XIII del Código de Comercio, en sus artículos 1317 y siguientes, regula la agencia mercantil, definiéndola en la forma descrita anteriormente, surgiendo de su reglamentación como elementos principales las siguientes: a) constituye una forma de intermediación; b) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo... actuar como... como distribuidor, ...; d) requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor;...

El contrato de Agencia Comercial, además de los cinco (5) elementos esenciales mencionados, tiene otros dos (2) elementos adicionales, también esenciales, que no se están explícitamente consagrados

en la definición del Art. 1317 CCO. Estos otros dos elementos esenciales son: (vi) La remuneración del agente comercial. (vii) La actuación del agente por cuenta del empresario agenciado.

LA REMUNERACIÓN DEL AGENTE COMO ELEMENTO ESENCIAL DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL: 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; veamos:

ARTÍCULO 1322 CCO: El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efectos por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.

ARTÍCULO 1323 CCO: Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; pero éstos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.

ARTÍCULO 1324 CCO: 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.

En estas normas se emplea la expresión “un tanto por ciento de las utilidades” y se utilizan los conceptos “comisiones”, “regalías” y “utilidades”; en ellas, como una epifanía, aparece una y otra vez la remuneración del agente, así: (i) En el Art. 1322 se invoca la remuneración del agente para establecer que este tendrá derecho a ella, aún si se frustra un determinado acto de explotación; (ii) en el 1323 se regula el reembolso de los gastos de agencia pero se menciona “la remuneración del agente” y, (iii) en el inciso 1º del 1324, se crea la denominada Prestación Mercantil, la cual se calcula a partir de la remuneración del agente comercial. ¿Es la remuneración del agente un elemento natural o es un elemento esencial del contrato de Agencia Comercial? Esta pregunta se resuelve así:

La remuneración del agente comercial aparece tangencialmente mencionada en los Arts. 1322, 1323 y 1324 CCO. Su sola existencia como elemento esencial resulta “oscura”. Esta oscuridad, al consultar el espíritu e intención de la ley manifestados en la historia fidedigna del establecimiento del Código de Comercio, se aclara de la siguiente manera:

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. (...) Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fijado al agente por el principal y el que éste obtenga del comprador al colocar el artículo en el respectivo mercado, o en otra forma cualquiera de retribución... (Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

A partir de la intención del legislador, se concluye que en la Agencia Comercial el agente comercial es “esencialmente” remunerado: La remuneración del agente comercial, en voces del legislador mercantil, puede provenir de la utilidad obtenida 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 remuneración (p.e. comisiones).

La jurisprudencia como criterio auxiliar: La Corte Suprema de Justicia, con mucha razón, ata la remuneración del agente al elemento actuación por cuenta ajena que también es un elemento esencial en el agenciamiento comercial; sobre este último elemento se hará referencia a continuación:

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; y, en segundo término, que el agente, como contraprestación de su actividad, perciba una remuneración, requisito que guarda íntima conexión con el anterior."

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 quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados."

EL AGENTE COMERCIAL ACTÚA POR CUENTA DEL EMPRESARIO AGENCIADO: El artículo 1317 CCO, cuando define al contrato de Agencia Comercial y señala sus notas distintivas, no menciona que la actuación del agente sea por cuenta del empresario agenciado. Su silencio obliga a acudir a los mismos criterios interpretativos de la ley que se invocaron respecto del análisis de la remuneración del agente como elemento esencial del agenciamiento comercial; veamos:

Interpretación a partir de la intención del legislador. Artículo 27 CC:

ARTÍCULO 27, inciso 2º, CC: Pero bien se puede, para interpretar una expresión oscura de la ley, recurrir a su intención o espíritu, claramente manifestados en ella misma o en la historia fidedigna de su establecimiento.

En la exposición de motivos del Código de Comercio se dijo:

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).

El legislador señala que la Agencia Comercial es una especie de mandato y establece que el agente obra por cuenta del empresario agenciado.

Interpretación sistemática. Artículo 30 CC: Como se advirtió en líneas precedentes, la Agencia Comercial, como especie de mandato comercial, conserva los rasgos esenciales de este último. En el mandato comercial, y en todas sus especies, el mandatario actúa por cuenta del principal:

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.

La jurisprudencia como criterio auxiliar: La justicia arbitral, para demostrar que la actuación por cuenta ajena es un elemento esencial de la Agencia Comercial, ha prohijado la interpretación sistemática a que se hizo referencia en el literal anterior:

Laudo Arbitral de febrero 23 de 2007. Tribunal de Arbitraje de PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A. Árbitros: Sergio Muñoz Laverde, David Luna Bisbal y Pedro Nel Escorcia. Página 59: Aunque este elemento no se desprende del tenor literal del artículo 1317 del Código de Comercio, para el Tribunal su configuración es determinante para sostener la celebración de un contrato de agencia comercial. El Tribunal comparte la posición según la cual el contrato de agencia es una de las formas específicas de mandato mercantil, razón por la cual el elemento "actuación por cuenta ajena" es esencial a la agencia ya que, de conformidad con la disposición contenida en el artículo 1262 del Código de Comercio, la gestión del mandatario se lleva a cabo por cuenta del mandante.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, por su parte, ha sostenido al respecto lo siguiente:

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."

Sentencia de julio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 110131030261998-21524-01. Página 20: "La actividad es ejecutada en favor de quien confirió el encargo y, por tanto, el agente actúa por cuenta ajena, percibiendo en contraprestación una remuneración que, en principio, depende de los negocios celebrados; empero, los efectos económicos de su gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, quien hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que arrojen tales operaciones, como también la clientela conseguida con ellas, cuestión que justifica el reconocimiento de la prestación e indemnización contemplada en el artículo 1323 (sic) ejusdem."

Sentencia de septiembre 30 de 2015. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-014-2004-00027-01. Páginas 19, 20, 21 y 28: "Aunque un distribuidor también puede ser considerado agente comercial, para que obre como tal es necesario que haya asumido, en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios del empresario en un ramo específico y dentro de un área territorial prefijada, ejerciendo tal actividad por cuenta y para beneficio de aquel." (...) "1.3. La actuación a nombre y por cuenta de un tercero, ha sido destacada en la jurisprudencia de esta Sala como la característica de mayor relevancia cuando se trata de determinar si el contrato que vincula a las partes de una litis es de agencia mercantil."

Con fundamento en (i) la interpretación sistemática de las normas del Código de Comercio, (ii) la intención del legislador, y (iii) los antecedentes arbitrales y jurisprudenciales, se concluye que la actuación del agente por cuenta del empresario agenciado es un elemento esencial de la Agencia Comercial.

CONCLUSIÓN: ELEMENTOS ESENCIALES DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL: Los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial, entonces, son: (i) Calidad de las partes: El agente y el empresario agenciado son comerciantes. (ii) Independencia del agente. (iii) Estabilidad o permanencia. (iv) Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado. (v) La Zona Prefijada. (vi) Remuneración del agente comercial. (vii) Actuación del agente por cuenta del empresario agenciado.

La Corte Suprema de Justicia, en sala de casación civil, así lo confirma:

Sentencia de septiembre 10 de 2013. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030222005-00333-01. Páginas 27 y 28: "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 quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados. b.-) Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente. c.-) Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que

ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem. d.-) Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales. e.-) Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional.

En los subsiguientes literales se demostrará que el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

1.1.1. LA DEMANDANTE y COMCEL son comerciantes:

Como consta en las pruebas documentales aportadas con la demanda (Certificados de Existencia y Representación de COMCEL y de LA DEMANDANTE), ambas partes se hallan inscritas en el registro mercantil y cada una tiene sus propios establecimientos de comercio; de estas circunstancias se presume que son comerciantes, presunción que no fue desvirtuada en la presente litis y que, por el contrario, se reafirmó en las confesiones que COMCEL hizo al contestar la demanda reformada:

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

CONCLUSIONES: (i) LA DEMANDANTE y COMCEL son comerciantes. (ii) La presencia en el CONTRATO del elemento esencial sub examine, resultó probada.

1.1.2. Independencia del agente:

Entre LA DEMANDANTE y COMCEL no existió vínculo de subordinación alguno, ni laboral ni societario.

La “independencia” del agente, como elemento esencial del contrato de Agencia Comercial, se debe interpretar a partir de la intención y espíritu de la ley claramente manifestados en la historia fidedigna de su establecimiento (Art. 27 CC). Al respecto, en la exposición de motivos del Código de Comercio, el legislador mercantil manifestó:

Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. (...) Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. (Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

La doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia confirma que la “independencia” que es esencial en la Agencia Comercial significa la ausencia de un vínculo de “subordinación” del agente comercial frente al empresario agenciado:

Sentencia de diciembre 2 de 1980. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 2407. Páginas 250 y 251: Como el agente comercial asume el encargo en forma independiente, lo que lo faculta para desarrollar su actividad sin tener que estar subordinado al empresario o agenciado, (...) es claro que el contrato de agencia comercial se diferencia claramente del contrato de trabajo en que a diferencia del agente, el trabajador queda vinculado con el patrono bajo continuada dependencia o subordinación.

Sentencia de diciembre 1º de 2011. Sala de Casación Civil. Expediente 11001 3103 016 1999 01889 01. Páginas 19 y 34: “El agente debe obrar con independencia y autonomía, como comerciante que es y, por ende, asume el encargo sin estar subordinado al agenciado.”

El contrato de Agencia Comercial, entonces, rehúye cualquier vínculo de subordinación.

Porque COMCEL y LA DEMANDANTE son ambas personas jurídicas, es IMPOSIBLE que entre ellas exista un vínculo laboral y, por ende, una subordinación laboral. En efecto, en toda relación laboral, el trabajador (agente subordinado), necesariamente, debe ser una persona natural:

ARTICULO 5 CST. DEFINICION DE TRABAJO. El trabajo que regula este Código es toda actividad humana libre, ya sea material o intelectual, permanente o transitoria, **que una persona natural** ejecuta conscientemente al servicio de otra, y cualquiera que sea su finalidad, siempre que se efectúe en ejecución de un contrato de trabajo.

ARTICULO 22 CST. DEFINICION -CONTRATO DE TRABAJO-. Contrato de trabajo es aquel por el cual **una persona natural** se obliga a prestar un servicio personal a otra persona, natural o jurídica, bajo la continuada dependencia o subordinación de la segunda y mediante remuneración.

Sin perjuicio de lo anterior, y tratándose de personas jurídicas, el estatuto mercantil consagra la posibilidad de que entre dos sociedades exista un vínculo de SUBORDINACIÓN; este vínculo, en voces del Art. 260 CCO, surge entre sociedades denominadas matrices y subordinadas:

ARTÍCULO 260 CCO: Una sociedad será subordinada o controlada cuando su poder de decisión se encuentre sometido a la voluntad de otra u otras personas que serán su matriz o controlante, bien sea directamente, caso en el cual aquélla se denominará filial o con el concurso o por intermedio de las subordinadas de la matriz, en cuyo caso se llamará subsidiaria.

Previendo esta posibilidad, y con el fin de verificar la ausencia de toda subordinación entre LA DEMANDANTE y COMCEL, es preciso analizar si la demandante, en voces del Código de Comercio, es una sociedad subordinada de COMCEL. Al respecto, en el presente proceso resultó probado que LA DEMANDANTE no es una sociedad subordinada de COMCEL. En efecto, COMCEL, al contestar la demanda, confesó que el siguiente hecho de la demanda reformada es cierto:

DEMANDA REFORMADA DE LA DEMANDANTE. Hecho 39: LA DEMANDANTE no es filial ni subsidiaria de COMCEL, ni hace parte de Grupo Empresarial alguno.

Demanda reformada, Pág. 34.

CONTESTACIÓN DE COMCEL: 39. Es cierto que SALCEDO DOMINGUEZ no es filial ni subsidiaria de COMCEL.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada, Pág. 14.

Por otra parte, obran en el expediente, con la exhibición de documentos realizada por LA DEMANDANTE que fue ordenada por la autoridad judicial, las actas de los órganos de administración de LA DEMANDANTE por medio de las cuales se corrobora la completa ausencia de subordinación respecto de COMCEL y la correspondiente independencia de LA DEMANDANTE.

Prueba: Exhibición de documentos de LA DEMANDANTE.

PRIMERA CONCLUSIÓN: (i) LA DEMANDANTE no es una sociedad subordinada de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE, como empresario independiente, celebró y ejecutó el CONTRATO como parte de la red de agentes/distribuidores de COMCEL. (iii) En el CONTRATO, como elemento esencial suyo, estuvo presente la “independencia” de LA DEMANDANTE.

1.1.2.1. YERRO DE LA SENTENCIA: EL AGENTE COMERCIAL DEBE CEÑIRSE A LAS INSTRUCCIONES DEL EMPRESARIA AGENCIADO, CUESTIÓN QUE NO DIEZMA NI AFECTA LA INDEPENDENCIA ESENCIAL QUE EXISTE EN LA AGENCIA COMERCIAL:

La Jueza a quo sostuvo en la SENTENCIA que LA DEMANDANTE no fue independiente de COMCEL, pues durante la ejecución del CONTRATO, LA DEMANDANTE estuvo permanentemente sometida a las instrucciones que COMCEL le impartió.

Esta posición constituye un yerro jurídico que proviene del equivocado entendimiento que se le asigna al elemento “Independencia” de la Agencia Comercial; veamos: El cumplimiento por parte de LA DEMANDANTE de las instrucciones que COMCEL le impartió a lo largo del CONTRATO, tanto en el texto contractual -contenido estático del encargo-, como las incorporadas en las denominadas circulares y cartas de comisiones -contenido dinámico del encargo-, no desnaturalizó el agenciamiento comercial que existió entre las partes y, por el contrario, confirmó que entre ellas se celebró este tipo comercial. Veamos:

El sometimiento del agente a las instrucciones del empresario agenciado es un elemento natural de la Agencia Comercial: El artículo 1321 del CCO establece:

ARTÍCULO 1321 CCO: El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, ...

En voces de la Corte Suprema, salas de casación civil y laboral, la impartición de instrucciones por parte del empresario agenciado no diezma la independencia del agente:

Sentencia de marzo 15 de 2015. Sala de Casación Laboral. Expediente 45.484. Páginas 18 a 21: “Tales condiciones contractuales, de rendir informes de mercado o sujetarse a unas precisas instrucciones y directrices, como bien lo dedujo el Tribunal, son absolutamente normales o esenciales en el desarrollo de un contrato de agencia comercial como el que aquí se analiza, pues no tienden a promover la prestación de un servicio personal en condiciones subordinadas, sino que velan por la adecuada distribución de los productos, el conocimiento y análisis de las condiciones del mercado, y, con ello, la defensa de los intereses, marcas, productos e imagen del empresario. Además de ello, tales reglas y directrices encuentran respaldo en las prescripciones de los artículos 1317 y 1321 del Código de Comercio (...) En efecto, si bien todos los referidos documentos revelan el hecho de que el actor recibía instrucciones y directrices para el desarrollo de sus labores, o que debía asistir a reuniones y tener una cierta disponibilidad de comunicación con la empresa, lo cierto es que, como lo dedujo el Tribunal, todos esos ejercicios resultaban consustanciales al cumplimiento de los contratos de agencia comercial suscritos, en los que resulta legítimo que el empresario resguarde la integridad de sus productos, promueva el desarrollo de una imagen y un estándar de calidad ante los consumidores y mantenga relaciones de confianza empresarial para con los respectivos clientes, a través de reglas precisas en torno a la colocación, distribución y venta de sus artículos. En tal caso, la autonomía con la que actúa el agente comercial no se desvirtúa por el hecho de que el empresario trace reglas de mercadeo para la colocación de sus productos, que, se insiste, son absolutamente normales y legítimas, dentro del ejercicio de relaciones comerciales de distribución y venta de productos y que no implican, para nada, el ejercicio del algún poder subordinante propio de las relaciones laborales. También debe hacer notar la Sala que todas esas instrucciones y directrices en las que recaba el censor estaban orientadas hacia la correcta distribución y venta de los productos por todos sus agentes, o el trato con los clientes, y nunca hacía el actor, a título personal, para que cumpliera con una determinada labor... bajo la dependencia y subordinación del empleador.”

Sentencia de diciembre 15 de 2006. Sala de Casación Civil. Expediente 76001 3103 009 1992 09211 01. Página 25: “Es claro, además, que el agente desarrolla su gestión con independencia y autonomía, en la medida en que no está vinculado con el productor mediante lazos de subordinación o dependencia (...) Como actúa como un profesional independiente, hace suyos los riesgos por los costos que su operación de promoción le demande. (...) No obstante, esto no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra (...) En fin, lo cierto es que el agente asume el deber de organizar, en condiciones de autonomía y asumiendo los riesgos de la empresa, la colocación de los productos del empresario, (...)”

Sentencia de julio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 110131030261998-21524-01. Páginas 20 y 21:
 El agente obra con independencia y autonomía, por cuanto asume “la promoción y explotación de la actividad” del otro contratante sin estar subordinado a éste, ni hacer parte de su organización. (...) sin embargo, el agenciado puede impartirle ciertas instrucciones (artículo 1321 del estatuto mercantil), relativas a las condiciones de la ejecución del pacto, sin que ello atente contra las susodichas potestades.

La justicia arbitral, al respecto, ha dicho:

Laudo Arbitral de febrero 4 de 2016. Tribunal de Arbitraje de MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A. Páginas 51 y ss.:
 El Código de Comercio prevé que el agente comercial debe ser independiente, en cuanto se trata de una relación entre comerciantes, y por ello, cada uno tiene su propia infraestructura empresarial, comercial y operativa. Empero, también se ha sostenido que la independencia del agente es una independencia meramente relativa, pues la existencia de parámetros o condiciones mínimas, incorporadas por el empresario son viables y usuales, cuando por ejemplo se trata de la política de mercadeo en la cual puede incidir vigorosamente el empresario. Con apoyo en lo anterior, se ha entendido que la independencia del agente implica una mezcla de independencia empresarial y dependencia operativa que coexisten y se armonizan, so pena de degenerar en otro tipo de negocio jurídico. En relación con la independencia empresarial se ha dicho que se sustenta en tres bases esenciales, cuales son la autonomía jurídica del agente, es decir, su existencia como persona jurídica independiente del ente establecido por el Empresario agenciado, la autonomía patrimonial que supone que el agente cuenta con los activos y recursos propios para el desarrollo de su gestión, y la autonomía administrativa, que exige que el agente tenga sus propios órganos de administración y dirección, separados de los del empresario agenciado. Así las cosas, aunque el agente mantenga una cercana dependencia operativa respecto al Empresario, en la medida en que se respeten los tres tipos de autonomía ya reseñados, no se desvirtúa la independencia del agente. En los contratos examinados la visible autonomía empresarial de MELTEC se traduce en un conjunto de previsiones, como por ejemplo, las establecidas en la cláusula 7.2 del contrato oriente y 7.3 del contrato occidente, donde se señala que MELTEC “organizará su empresa”; en la cláusula 19 del contrato oriente y 20 del contrato occidente, donde se estipula que el distribuidor tiene plena libertad para contratar con los proveedores que según su criterio le convenga, o la cláusula 20 del contrato oriente y 21 del contrato occidente, donde se establece que MELTEC es el patrono único y exclusivo de sus trabajadores. Para el Tribunal las tres previsiones contractuales antes reseñadas confirman la independencia del agente pues la actuación en los negocios con su propia organización, la contratación discrecional de su propio personal al igual que el compromiso jurídico frente a quienes vinculó laboralmente, sin nexo con COMCEL, al igual que la selección de sus proveedores conforme a su propio criterio constituyen inequívocas facultades que ratifican la condición de independencia que ostentó MELTEC frente a COMCEL, pues contó con su propia empresa constituida legalmente y debidamente inscrita en el registro mercantil, lo cual se halla documentalmente acreditado mediante el certificado pertinente; también se evidenció en el expediente el reconocimiento y pago de las liquidaciones laborales, respecto a sus empleados, a la terminación de los contratos objeto de este debate; asimismo, corroboró el Tribunal que la convocante llevaba sus propios libros de contabilidad, los que fueron exhibidos durante la práctica de la inspección realizada en sus instalaciones. (...) En el caso que nos concierne, la existencia de instrucciones por parte de COMCEL sobre MELTEC no desvirtúa su independencia empresarial, entre otras cosas porque las instrucciones que COMCEL se reservó dentro de los contratos persiguen el cumplimiento del encargo confiado, pues las facultades de control y supervisión no implican suplantar los órganos del agente al momento de tomar decisiones y, por tanto, no vulneran su autonomía empresarial.

En franco desarrollo del Art. 1321 CCO, y en relación con las instrucciones que COMCEL le impartía a LA DEMANDANTE como parte del encargo hecho (v. gr. el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL), en el CONTRATO se pactó:

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

establecen en este Contrato **y con las instrucciones que le sean impartidas por COMCEL durante su desarrollo y ejecución.**

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

SEGUNDA CONCLUSIÓN: La ausencia de un vínculo de subordinación entre las partes y la obligación natural (Art. 1321 CCO) de cumplir las instrucciones que COMCEL le impartió, demuestran, todos, la presencia del elemento esencial “independencia del agente” en el contexto de un típico agenciamiento comercial.

CONCLUSIONES FINALES: Con fundamento en la Exposición de Motivos del Código de Comercio y la doctrina probable de la H. Corte Suprema de Justicia, se tiene:

- La independencia en el contexto de la Agencia Comercial significa la ausencia de un vínculo de “subordinación” entre el empresario agenciado (COMCEL) y el agente comercial (LA DEMANDANTE).
- Un elemento connatural de la Agencia Comercial es la posibilidad de que el empresario agenciado le imparta instrucciones a su agente comercial, elemento que no desdice ni afecta la independencia del agente comercial y que, por el contrario, confirman la existencia de un agenciamiento comercial.
- El elemento esencial “independencia del agente”, tal y como fue probado en el presente proceso, se halla inmerso en el CONTRATO.

1.1.3. Estabilidad del vínculo:

El encargo que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE fue permanente, no esporádico, como sucede en un típico y nominado contrato de Comisión.

La “estabilidad”, como elemento esencial de la Agencia Comercial, rehúye los encargos esporádicos y exige que el encargo que el agente comercial asume se desarrolle de manera continua o permanente en el tiempo, mediante la constante y sucesiva realización de actos de promoción y/o de explotación del negocio del empresario agenciado (COMCEL). La Corte Suprema de Justicia, al respecto, ha dicho:

Sentencia de octubre 20 de 2000. Sala de Casación Civil. Expediente 5497. Páginas 16 a 18: Conforme a la definición legal, según lo ha entendido la Corporación (Sent. de 2 de diciembre de 1980 y 26 de enero de 1982) la estabilidad, que es la característica que interesa para el caso sub examine, significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, **de los encargos esporádicos**, ocasionales o eventuales. Razones de orden público económico, pero también de linaje privado, justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita ... a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como ... distribuidor de sus productos.

Sentencia de julio 24 de 2012. Sala de Casación Civil. Expediente 110131030261998-21524-01. Página 21: Otra particularidad de la referida convención es la estabilidad, la cual comporta que la intermediación quede atada a la promoción del negocio del empresario en general y no circunscrito a la celebración de uno específico; además, implica la continuidad en el ejercicio de la tarea encomendada, pues sólo así el agente logrará la consecución e incremento de la clientela.

En el presente proceso LA DEMANDANTE alegó los siguientes hechos, hechos que COMCEL, al contestar la reforma de la demanda, confesó que son ciertos:

DEMANDA REFORMADA DE LA DEMANDANTE. Hecho 28: El 27 DE JUNIO DE 2007, COMCEL S.A. y LA DEMANDANTE suscribieron el CONTRATO SUB IÚDICE...

Demanda reformada, Pág. 32.

CONTESTACIÓN DE COMCEL: 28. Es cierto, ...

Contestación de COMCEL de la demanda reformada, Pág. 13.

DEMANDA REFORMADA DE LA DEMANDANTE. Hecho 197: El 09 DE FEBRERO DE 2018, LA DEMANDANTE le envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE.

Demanda reformada, Pág. 100.

CONTESTACIÓN DE COMCEL: 197. Es cierto.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada, Pág. 39.

DEMANDA REFORMADA DE LA DEMANDANTE. Hecho 198: COMCEL ratificó la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE preavisada por LA DEMANDANTE mediante comunicación en la cual señaló que el CONTRATO SUB IÚDICE quedaba terminado el 22 DE FEBRERO DE 2018.

Demanda reformada, Pág. 100.

El hecho 198 de la demanda reformada, además de haber sido confesado como cierto por COMCEL (ver Pág. 39 de la contestación de la demanda reformada), se demostró con la siguiente prueba documental que obra en el expediente:

Bogotá D.C., 21 de Febrero de 2018

Señor
CARLOS SALCEDO
 Representante Legal
SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. "CJ ORIENTE S.A.S"
 Carrera 78 B #39 A 49 SUR
 Bogota.

Asunto: Terminación de los Contratos de Distribución de Voz, Datos y Blackberry existentes entre Comcel S.A. y **SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S** quien adelante se denominara CJ ORIENTE S.A.S

Respetado Señor Carlos:

(...)

Por lo anterior, se confirma la terminación del contrato mencionado a partir del 22 de Febrero de 2018.

Ver Prueba No. 09 aportada con la demanda. Comunicaciones finales entre las partes. 2018 02 21, Comcel ratifica terminación.

Asimismo, en el expediente se hallan, entre otros, los siguientes medios probatorios: (i) El DICTAMEN y sus Anexos, los cuales dan cuenta de la remuneración periódica que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE, remuneración que, según el CONTRATO, únicamente se causaba con la efectiva explotación del negocio de COMCEL, v. gr., con la efectiva activación de planes pospago y/o prepago por parte de LA DEMANDANTE. (ii) Las Cartas de Comisiones y las Circulares que periódicamente COMCEL le envió a LA DEMANDANTE, documentos que dan cuenta de las condiciones de tiempo, modo y lugar como esta última promovió y explotó, a lo largo del CONTRATO, el negocio de COMCEL.

Estos otros medios probatorios demuestran que durante la vigencia del CONTRATO, tanto COMCEL como LA DEMANDANTE, lo ejecutaron de manera permanente y estable.

CONCLUSIÓN: En el presente proceso quedó probado que el CONTRATO se ejecutó de manera estable y permanente desde el 27 de junio de 2007 hasta el 22 de febrero 2018. En consecuencia, está probado que el CONTRATO incorpora el elemento “Estabilidad” que es esencial en la Agencia Comercial.

1.1.4. Encargo de promover o explotar el negocio de COMCEL:

En la Agencia Comercial, el empresario agenciado le “encarga” al agente comercial la promoción o la explotación de su negocio, o ambas. Por este motivo, para que exista un agenciamiento comercial, además de la existencia de actos de promoción y/o explotación del negocio del empresario agenciado (COMCEL) por parte del agente comercial (LA DEMANDANTE), es necesario demostrar que el agente comercial (LA DEMANDANTE) los ejecutó por encargo de aquel (COMCEL). La Corte Suprema de Justicia, de manera acertada, ha dicho:

Sentencia de septiembre 30 de 2015. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-31-03-014-2004-00027-01. Páginas 16 y 17: En el caso de la agencia comercial, es, indudablemente, su objeto lo que constituye su razón de ser, su identidad propia. Se celebra, en efecto, con el encargo de «promover o explotar negocios en un ramo determinado 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 de sus productos, acorde con lo estatuido por el artículo 1317 del Código de Comercio. La disposición citada utiliza la palabra encargo para explicar la obligación del agente de promover o explotar. En su sentido natural y obvio, ese vocablo expresa la idea de encomendar o poner una cosa al cuidado de otro, o confiarle a una persona que ejecute algo. Y la actividad que puede desarrollar el agente por razón de esa encomienda es, de manera inicial y a términos del precepto legal, la de impulsar la venta de los productos o servicios del empresario. Respecto del verbo transitivo «explotar», si se toma en la forma en que es definido por la Real Academia de la Lengua Española, hace referencia a sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio (...). En síntesis, lo trascendente de la definición que de dicho contrato aporta la ley mercantil, es que la persona que actúa como agente haya recibido del empresario el encargo de promover o explotar sus negocios, en un determinado ramo de la industria o el comercio, y dentro de un espacio territorial preestablecido, lo que supone «una ingente actividad dirigida -en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe -luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso» (CSJ SC, 20 Oct 2000, Rad. 5497; CSJ SC, 28 Feb 2005, Rad. 7504; CSJ SC, 4 Abr 2008, Rad. 1998-00171-01).“

Sentencia de septiembre 10 de 2013. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030222005-00333-01. Página 20: Por tal razón, si bien se acreditaron en este pleito labores de promoción y explotación, no es posible precisar si hubo o no agencia comercial, pues, falta claridad sobre si tales actividades se hicieron en cumplimiento de un encargo de la contradictora o como un empeño personal, con un ánimo de lucro propio de los demandantes.

En este punto, por ejemplo, surge una diferencia entre la Agencia Comercial y el otrora contrato de suministro con obligación de promover que estaba regulado en el Art. 975 CCO (negocios de suministro con destino a la reventa por parte del comprador/distribuidor). Antes de que fuera derogado por la Ley 256 de 1996, el artículo 975 CCO concebía el contrato de suministro con obligación de promover y pacto de exclusividad, así:

ARTÍCULO 975. (INCISO 3º) El que recibe el suministro en calidad de distribuidor asume la obligación de promover, en la zona que se designe, la venta de mercancías o servicios de los cuales tiene la exclusividad y

responde de los perjuicios, en caso de incumplimiento de tal obligación, aunque haya cumplido el contrato en la cuantía mínima fijada.

En el contrato de suministro con obligación de promover y pacto de exclusividad, la obligación que el distribuidor tenía de PROMOVER la venta de mercancías o servicios de su co-contratante, era una obligación de fuente legal (elemento natural) que se instituyó como contraprestación a la exclusividad pactada a su favor. En el contrato de Agencia Comercial, en cambio, la obligación de promover el negocio del empresario agenciado proviene del “encargo” que este último le hace contractualmente al agente comercial, encargo que constituye un elemento esencial de la Agencia Comercial.

Con fundamento en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, y a partir del recto entendimiento de este concepto, se puede afirmar que en el agenciamiento comercial el significado de “encargo” se alimenta de las acepciones 1 y 4 que consigna el Diccionario de la Real Academia Española de la Lengua (Ed. 23):

RAE/ Encargar: 1. tr. Encomendar, poner algo al cuidado de alguien. (...) 4. tr. Imponer una obligación.

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

- ✓ PRIMERA CUESTIÓN: ¿EL QUÉ? LA DEMANDANTE asumió el encargo de promover y explotar ¿QUÉ?

Respuesta: LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de COMCEL. El negocio de COMCEL consiste en: (i) La prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones. (ii) La venta de equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que se comercializan atados a los susodichos servicios de telecomunicaciones y sin los cuales estos no se pueden prestar.

- ✓ SEGUNDA CUESTIÓN: ¿EL CÓMO? ¿Cómo promovió y explotó LA DEMANDANTE el negocio de COMCEL?

Respuesta: LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, así: (i) Mediante la realización de actividades mercadotécnicas y de promoción que atrajeron a sus puntos de venta a los clientes potenciales de COMCEL. (ii) Mediante la explotación del negocio de COMCEL con la consecución de clientes/suscriptores que se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL a través de los respectivos contratos de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular y los contratos de venta de equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards), equipos que se comercializaron atados a los susodichos servicios de telecomunicaciones y sin los cuales estos no se pueden prestar. (iii) Mediante la gestión de dineros propiedad de COMCEL que LA DEMANDANTE recibió de los clientes/suscriptores, y mediante la prestación, a dichos clientes/suscriptores, de los respectivos servicios posventa.

Las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar el encargo que COMCEL le hizo, se hallan en las cláusulas del CONTRATO y en las instrucciones que COMCEL, con fundamento en la cláusula 7.2, le impartió a LA DEMANDANTE a lo largo del CONTRATO en las denominadas “Circulares” y “Cartas de Comisiones”.

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

- ✓ TERCERA CUESTIÓN: ¿EL DÓNDE? ¿Dónde promovió y explotó LA DEMANDANTE el negocio de COMCEL?

Respuesta: LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en las zonas que le fueron prefijadas. Porque la Zona Prefijada es un elemento esencial de la Agencia Comercial, este aspecto del encargo que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE será analizado en un título aparte.

PRIMERA CUESTIÓN: Promover y explotar ¿QUÉ?: LA DEMANDANTE asumió el encargo de promocionar y explotar el negocio de COMCEL. El negocio de COMCEL consiste en: (i) La prestación y comercialización de servicios de telecomunicaciones. (ii) La venta de equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que se comercializan atados a los susodichos servicios de telecomunicaciones y sin los cuales estos no se pueden prestar.

Los ingresos operacionales de COMCEL, en efecto, provienen de los dos aspectos señalados, así:

Objeto Social de COMCEL: "La prestación y comercialización de servicios de comunicaciones, tales como los servicios de telefonía móvil, móvil celular, valor agregado, telemático, portadores y demás."

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

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

	2011	2010
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 20)	\$ 6,213,811,921	\$ 5,633,688,384
Venta de equipos telefónicos	842,059,681	636,320,854
Total ingresos	7,055,871,602	6,270,009,238

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

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

	2005	2004
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones:		
Servicios (Nota 21)	\$ 2,705,121,061	\$ 1,612,594,928
Venta de equipos telefónicos	572,692,351	325,165,191
Total ingresos	3,277,813,412	1,937,760,119

(Prueba 2 aportada con la demanda: COMCEL, Informes anuales).

SEGUNDA CUESTIÓN: El ¿CÓMO?: Cómo promovió y explotó LA DEMANDANTE el negocio de COMCEL; LA DEMANDANTE, en cumplimiento del CONTRATO y según se probó en el presente proceso, activó planes pospago, planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards) y le prestó el servicio

posventa a los clientes de COMCEL; todos estos son actos directos e inequívocos de explotación del negocio de COMCEL.

Al respecto, en el presente proceso resultaron probados los siguientes hechos: entre enero 1 del 2012 y el 1 de febrero de 2018, LA DEMANDANTE: (i) Legalizó 283.556 Kits Prepago, (ii) Activó 1.085.560 Planes Pospago, (iii) Legalizó 339.847 Planes Welcome Back (Sim Cards), y (iv) Realizó 2.261.883 transacciones de recaudo de dineros que los clientes de COMCEL le pagaron a esta última. **Estos hechos resultaron probados con el DICTAMEN y con los Anexos que, como soportes documentales, soportan las cifras establecidas por el perito.**

DICTAMEN, Págs. 30 y ss.

Existencia del Encargo de Explotar: COMCEL, en las siguientes cláusulas del CONTRATO, le encargó a LA DEMANDANTE la explotación de su negocio. En estas cláusulas se hallan las condiciones con las que LA DEMANDANTE debía comercializar (explotar) el negocio de COMCEL:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización...

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

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

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

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

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

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.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

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

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

7.3 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.

7.4 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.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

El encargo de explotación incorporado en las referidas cláusulas se complementó, además, con las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE, que según la cláusula 34 hacen parte del mismo:

34. Términos de referencia o reenvío: Integran el contenida de este contrato los manuales, reglamentaciones y normas de COMCEL, los cuales declara conocer EL DISTRIBUIDOR y las instrucciones que se le impartan durante su ejecución.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Estas instrucciones se incorporaron en las Circulares que COMCEL le impartió de manera uniforme a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, instrucciones en las cuales se hallan las condiciones como LA DEMANDANTE debía cumplir y ejecutar el encargo de explotación del negocio de COMCEL.

Ver Prueba Circulares que COMCEL exhibió.

A título de ejemplo, se transcriben las siguientes circulares:

Para	Distribuidores Comcel
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	CONDICIONES DE VENTA PARA PERSONA NATURAL – ABRIL 2012
<p>Informamos las siguientes condiciones de venta para persona natural que aplicarán durante el mes de Abril de 2012:</p> <p>1. Los clientes nuevos y antiguos tipo A, B y C de oriente, occidente y costa, podrán activar líneas en pospago (voz, oficina móvil o internet móvil) SIN SOPORTE DE INGRESOS sólo en las condiciones que se describen a continuación:</p>	
<p>CLIENTE NUEVO:</p> <p>Oriente / Occidente</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tipo A: Aplica hasta 2 líneas en cualquier gama – Abiertos o Mixtos • Tipo B: Aplica para 1 línea en cualquier gama – Abierto o Mixto • Tipo C: Aplica para 1 línea gama baja – Mixto <p>Costa</p> <ul style="list-style-type: none"> • Tipo A: Aplica para 1 línea en cualquier gama – Abierto o Mixto • Tipo B: Aplica para 1 línea en gama media o baja – Abierto o Mixto • Tipo C: Aplica para 1 línea gama baja – Mixto <p>CLIENTE ANTIGUO</p> <p>Oriente / Occidente / Costa</p> <ul style="list-style-type: none"> • Clientes con una línea activa en voz o en datos que presenten 3 facturas canceladas y se encuentre al día en pagos con Comcel, independiente de su comportamiento de pago y sin importar su calificación (diferente a tipo 7 y tipo I) podrán activar una (1) línea adicional en cualquiera de los planes de transmisión de datos de internet móvil, sin necesidad de adjuntar soportes de ingresos. • Clientes que requieran líneas adicionales, se mantienen el máximo número de líneas a activar solo para calificaciones tipo A, B y C de acuerdo a la gama permitida en la matriz de ventas según la zona, siempre y cuando presenten una antigüedad mínima de 3 meses y hábito de pago BUENO y MUY BUENO. 	

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S061852 de abril 2 de 2012 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVO MANEJO RUT EN PLANES PROFESIONALES**

A partir del 15 de septiembre de 2012, para todas las activaciones de líneas Postpago en Planes Profesionales, se requiere adjuntar RUT (Registro Único Tributario) con una antigüedad mínima de inscripción de seis (6) meses.

Aplica para las zonas oriente, occidente y costa.

Por favor tener en cuenta que en caso de no adjuntar el documento bajo la condición requerida, el contrato no será legalizado y se reportará como inconsistente.

Se mantienen las demás condiciones de venta sin modificación.

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S187858 de septiembre 14 de 2012 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez
Asunto **FORMATO DE AUTORIZACIÓN PORTABILIDAD**

A partir de la fecha cuando se realice una venta en prepago o **portación** prepago a persona natural ó jurídica, el cliente debe diligenciar el **formato de autorización de datos** que se adjunta, el cual obedece a la Ley 1581 de 2.012 y adicional certifica que el cliente está de acuerdo con el trámite cuando se realice la portación hacia Claro.

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S303291-2 de noviembre 18 de 2016 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **PLANES POSPAGO SIN ESTUDIO DE CREDITO - NOVIEMBRE 2012**

Los planes que puedes ofrecer para ventas Sin Estudio de Crédito con equipo traído son:

Nombre del Plan	Producto
Plan Más 210 Mixto 2012	Voz
Plan Más 330 Mixto 2012	Voz
Plan Más 480 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 130 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 180 Mixto 2012	Voz
Plan Sin Fin Ideal 290 Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 135 WB Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 205 WB Mixto 2012	Voz
Plan Claro Plus 305 WB Mixto 2012	Voz
Mas BB 210 Mx. Chat Mail 2012	Voz y Datos BB
Mas BB 210 Mx. Chat Redes 2012	Voz y Datos BB
Plan BB Chat, Redes 2012	BlackBerry
Plan BB Chat, Mail 2012	BlackBerry
Plan BB Navega PUJ 2GB 2012	BlackBerry
Plan BB Navega PUJ 3GB 2012	BlackBerry
MAS 210 Mx Chat Redes 2012	Voz y Datos Smart
MAS 210 Mx Chat Mail Redes 2012	Voz y Datos Smart
Plan Chat, Mail, Redes 2012	Smartphone
Plan Navegacion PUJ 2GB 2012	Smartphone
Plan Navegacion PUJ 3GB 2012	Smartphone
Plan Internet 500MB	Internet Móvil
Plan Internet 1GB	Internet Móvil
Plan Internet 2GB	Internet Móvil
Plan Internet Navegación 2012	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 2GB 2012	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 3GB 2012	Internet Móvil
Plan Internet 500MB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet 1GB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet 2GB – 4G	Internet Móvil
Plan Internet Navega 2012 4G	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 2GB 2012-4G	Internet Móvil
Plan Internet PUJ 3GB 2012-4G	Internet Móvil

Importante:

- Los planes sin estudio de crédito no aplican con equipo vendido por Claro Móvil.
- Requiere consulta evidente, excepto para los Clientes Tipo 7.
- Así mismo es necesario que se digite para todo Cliente Tipo 7 “**sin excepción**” nombre(s) y apellido(s), en caso de no subir esta información en el proceso de consulta, se reportará como inconsistencia por el operador logístico para que sea realizada la actualización correspondiente.
- Los planes promocionales requieren adjuntar cláusula de permanencia.

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S228882 de noviembre 1 de 2012 exhibida por COMCEL.

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

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

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

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

Así entonces:

1. A PARTIR DE LA FECHA SE DEBERÁ SUSCRIBIR EL CONTRATO DATOS Y VOZ, CON Y SIN CLÁUSULA DE PERMANENCIA PERSONA NATURAL Y/O JURÍDICA, VERSION VS4 Y EL OTROSÍ QUE SE ADJUNTA en la presente circular, según corresponda al contrato de voz y datos respectivamente.

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

V1 Febrero 2014

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

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

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

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

Ver Prueba Circular 2014-GSDI01-S067737-1 de marzo 7 de 2014 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores CLARO Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVOS PLANES POSTPAGO DE VOZ MASIVOS – NOVIEMBRE 2015.**

Condiciones de Ventas Plan de Voz Ilimitado

Plan	CFM con Imp*	Unidades Incluidas a todo destino
Claro Ilimitado	\$ 109.900	Ilimitado

✓ *Impuestos incluidos: IVA del 16% e Imptoconsumo del 4%

Los planes con minutos ilimitados están habilitados para ser utilizados única y exclusivamente por la persona que suscribe el plan en el Contrato de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular y de ninguna manera podrá ser utilizado para comercialización. Se entenderá que existe comercialización o que el uso es comercial cuando en voz el suscriptor marque más de 240 destinos diferentes y reciba menos de 40 minutos entrantes. en este caso el suscriptor autoriza el cambio de plan donde se limitan los recursos de voz. **Ver condiciones Anexo 1**

Condiciones de Ventas Planes de Voz Claro

Condiciones Planes de Voz Claro Facturados en Minutos

Condiciones Planes de Voz Claro Facturados en Segundos

Plan	CFM con Imp*	Minutos incluidos a todo destino	Números elegidos todo destino**	Valor Segundo Adicional	Plan	CFM con Imp*	Segundos incluidos a todo destino	Números elegidos todo destino**	Valor Segundo Adicional
Claro 250 Min Abierto	\$ 32.900	250	3	\$ 132	Claro 15000 Seg Abierto	\$ 42.900	15.000	3	\$ 2,86
Claro 250 Min Mixto	\$ 32.900	250	3	Prepago	Claro 15000 Seg Mixto	\$ 42.900	15.000	3	Prepago
Claro 300 Min Abierto	\$ 36.900	300	3	\$ 124	Claro 18000 Seg Abierto	\$ 47.899	18.000	3	\$ 2,66
Claro 300 Min Mixto	\$ 36.900	300	3	Prepago	Claro 18000 Seg Mixto	\$ 47.899	18.000	3	Prepago
Claro 400 Min Abierto	\$ 41.900	400	4	\$ 104	Claro 24000 Seg Abierto	\$ 54.499	24.000	4	\$ 2,27
Claro 400 Min Mixto	\$ 41.900	400	4	Prepago	Claro 24000 Seg Mixto	\$ 54.499	24.000	4	Prepago
Claro 500 Min Abierto	\$ 51.000	500	5	\$ 102	Claro 30000 Seg Abierto	\$ 66.300	30.000	5	\$ 2,21
Claro 500 Min Mixto	\$ 51.000	500	5	Prepago	Claro 30000 Seg Mixto	\$ 66.300	30.000	5	Prepago
Claro 600 Min Abierto	\$ 60.000	600	6	\$ 100	Claro 36000 Seg Abierto	\$ 78.000	36.000	6	\$ 2,17
Claro 600 Min Mixto	\$ 60.000	600	6	Prepago	Claro 36000 Seg Mixto	\$ 78.000	36.000	6	Prepago
Claro 700 Min Abierto	\$ 69.000	700	7	\$ 98	Claro 42000 Seg Abierto	\$ 89.700	42.000	7	\$ 2,14
Claro 700 Min Mixto	\$ 69.000	700	7	Prepago	Claro 42000 Seg Mixto	\$ 89.700	42.000	7	Prepago

✓ *Impuestos incluidos: IVA del 16% e Imptoconsumo del 4%

✓ ** Los elegidos aplican para hablar gratis los primeros 300 segundos (5 minutos) de cada llamada. A partir del segundo 301, se descontara de los minutos incluidos en el plan, y podrán ser números de cualquier operador fijo o móvil nacional

✓ Los minutos / segundos incluidos aplican para llamar a cualquier operador fijo o móvil nacional.

Condiciones y Restricciones:

- ✓ Aplica para líneas nuevas, Migraciones, Portaciones, Cesiones y Cambios de Plan

De Planes de Voz

- ✓ Los segundos o minutos incluidos aplican para llamar a cualquier destino fijo o móvil nacional.
- ✓ Los planes con minutos ilimitados están habilitados para ser utilizados única y exclusivamente por la persona que suscribe el plan en el Contrato de prestación de servicios de Telefonía Móvil Celular y de ninguna manera podrá ser utilizado para comercialización. Se entenderá que existe comercialización o que el uso es comercial cuando en voz el suscriptor marque más de 240 destinos diferentes y reciba menos de 40 minutos entrantes. en este caso el suscriptor autoriza el cambio de plan donde se limitan los recursos de voz. **Ver condiciones Anexo 1**
- ✓ En los Planes Abiertos, una vez consumidos los segundos del plan, la línea tendrá un límite de crédito adicional para que el usuario pueda continuar comunicándose y se le cobrara al valor del segundo adicional. Una vez el consumo del usuario supere el límite de Crédito, la línea pasará a Prepago donde deberá realizar Recargas para realizar consumos adicionales.
- ✓ Cuando el consumo se realice en prepago, el valor de la llamada en prepago varía según la unidad de medida del plan postpago, si el plan postpago de voz es facturado en segundos, en prepago se descontara en segundos a \$3,15 Impuestos Incluidos el segundo, si el plan postpago de voz es facturado en minutos, en prepago las llamadas se descontará en minutos a \$239 Impuestos Incluidos el minuto.
- ✓ Cuentan con números elegidos de cualquier operador móvil o fijo nacional para hablar GRATIS los primeros 300 segundos (5 minutos) de cada llamada. A partir del segundo 301 de cada llamada, se descontarán de los segundos incluidos en el plan, en caso de no tener segundos disponibles, se cobrara el valor del segundo adicional de acuerdo al plan.
- ✓ En los planes mixtos una vez consumidos los segundos incluidos en el plan, el cliente podrá continuar hablando con sus elegidos ilimitados de plan realizando una recarga mínima de \$1.000.
- ✓ La inscripción inicial de los números elegidos todo destino que incluye el plan es gratis.
- ✓ Cada cambio de número elegido Todo Destino tendrá un costo de \$19.900 IVA incl.
- ✓ Estos planes cuentan con el servicio Pasaminutos Claro. El servicio de Pasaminutos aplica para los minutos todo destino incluidos en el plan. El Usuario solo podrá utilizar los minutos acumulados por el servicio Pasaminutos Claro en el siguiente Ciclo de facturación una vez haya consumido los minutos incluidos en el plan. Los minutos acumulados serán descontados en segundos conforme a las condiciones del plan.

Para	Distribuidores Claro Móvil
De	María del Pilar Suárez G.
Asunto	IMPORTANTE:VENTA DE PRODUCTOS CLARO EN SISTEMA INTEGRADO DE TRANSPORTE

Se recuerda a la red distribución y en general a todos los canales de venta que está prohibida la venta de productos de Claro en los sistemas integrados de transporte público entre otros, (Sistema Transmilenio, Portales, Estaciones, Buses Biarticulados, Buses Articulados, Buses híbridos Duales, Buses Alimentadores) así como en los buses del Sistema Integrado de Transporte Público SITP a nivel nacional.

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S015215 de enero 21 de 2016 exhibida por COMCEL.

PRIMERA CONCLUSIÓN: En virtud del encargo a que se refieren las cláusulas transcritas y las instrucciones incorporadas en las circulares que COMCEL le envió a los miembros de su red de agentes/distribuidores (LA DEMANDANTE incluida), LA DEMANDANTE gestionó, ante los clientes potenciales de COMCEL que logró captar en sus establecimientos, (i) la suscripción, en nombre de COMCEL, de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, (ii) la entrega al cliente del respectivo equipo terminal debidamente activado a la red celular de COMCEL, y (iii) la custodia de los dineros que los clientes de COMCEL pagaron por todo ello. Estas labores se hicieron en armonía con las instrucciones que COMCEL le impartió, instrucciones que se refirieron, entre otros, a: Valores de teléfono, Valores del Activación del Plan Pospago o Prepago, Valores por Consumos de tiempo al Aire, etcétera.

Todos estos actos de explotación ejecutados por LA DEMANDANTE se cumplieron, entonces, por encargo de COMCEL.

Una vez se ha probado que COMCEL en efecto le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE, el paso lógico siguiente es demostrar que LA DEMANDANTE efectivamente ejecutó dicho encargo; de esta manera se demuestra que el elemento esencial sub examine hizo parte del CONTRATO, tanto en su texto como en la ejecución que del mismo hicieron las partes:

LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de explotación del negocio de COMCEL: LA DEMANDANTE, en cumplimiento del CONTRATO y según se probó en el presente proceso, activó planes pospago, planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards) y le prestó el servicio posventa a los clientes de COMCEL; todos estos son actos directos e inequívocos de explotación del negocio de COMCEL. Como se anticipó, en el presente proceso resultaron probados los siguientes hechos: entre enero 1 del 2012 y el 1 de febrero de 2018, LA DEMANDANTE: (i) Legalizó 283.556 Kits Prepago, (ii) Activó 1.085.560 Planes Pospago, (iii) Legalizó 339.847 Planes Welcome Back (Sim Cards), y (iv) Realizó 2.261.883 transacciones de recaudo de dineros que los clientes de COMCEL le pagaron a esta última. Estos hechos resultaron probados con el DICTAMEN y con los Anexos que, como soportes documentales, soportan las cifras establecidas por el perito.

B.1.a.(i) ¿Cuántos Kits Prepago legalizó LA DEMANDANTE? De acuerdo con la información suministrada por LA DEMANDANTE, entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (fecha de terminación del contrato), se legalizaron 283.556 kits prepago. En el siguiente cuadro se muestra el detalle: (...) [En el anexo siguiente, se presenta el detalle de las legalizaciones de kits prepago para cada uno de los periodos: Anexo electrónico No. 20-B.1.a. \(i\)-Cantidad Kits Prepago-legalizados 2012 al 2018.](#)

Ver Prueba: Pág. 30 del DICTAMEN.

B.1.a.(ii) ¿Cuántos Planes Pospago activó LA DEMANDANTE? Con fundamento en la información suministrada por LA DEMANDANTE, se observaron 1.085.560 planes pospagos activados entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (terminación del contrato). En el siguiente cuadro presentan los valores por años: (...) [En el anexo siguiente, se presenta el detalle de activaciones de los planes pospago para cada uno de los periodos: Anexo electrónico No. 21-B.1.a.\(ii\)-Cantidad de Planes pospago activados.](#)

Ver Prueba: Pág. 31 del DICTAMEN.

B.1.a.(iii) ¿Cuántos Planes Welcome Back legalizó LA DEMANDANTE? Según la información entregada por LA DEMANDANTE, los planes Sim Cards legalizados entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (terminación del contrato) son 339.847. En el siguiente cuadro se muestran las cantidades por cada año: (...) [En el anexo siguiente, se presenta el detalle de los planes sim cards legalizados para cada uno de los periodos: Anexo electrónico No. 22-B.1.a.\(iii\)- Sim cards legalizadas.](#)

Ver Prueba: Pág. 31 del DICTAMEN.

Encargo de Explotar el Negocio de COMCEL: En el acápite anterior se demostró que LA DEMANDANTE, en efecto, ejecutó actos de explotación del negocio de COMCEL. Probado esto, es menester demostrar que tales actos de explotación se ejecutaron por encargo de COMCEL; veamos: Explotar, en su segunda acepción, significa “sacar utilidad de un negocio o industria en provecho propio”. En este caso, y por ser LA DEMANDANTE un agente comercial de COMCEL (v. gr. una especie de mandatario), fue COMCEL quien sacó provecho de los actos de explotación que LA DEMANDANTE ejecutó; el provecho de LA DEMANDANTE, en cambio, provino de la remuneración que COMCEL le pagó por su gestión; veamos:

SEGUNDA CONCLUSIÓN: En el presente proceso quedó demostrado que COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la explotación de su negocio, encargo que LA DEMANDANTE efectivamente ejecutó. El elemento esencial sub examine, entonces, se halla presente en el CONTRATO.

Encargo de Promover el Negocio de COMCEL: Como se demostrará a continuación, en el CONTRATO se halla el encargo de promoción que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE y, en el expediente, se hallan pruebas que confirman que LA DEMANDANTE en efecto lo ejecutó:

- ✓ Existencia del Encargo de Promoción en el CONTRATO: COMCEL, en las siguientes cláusulas del CONTRATO, le encargó a LA DEMANDANTE la promoción de su negocio; en estas cláusulas, en efecto, se hallan las condiciones cómo LA DEMANDANTE debía promocionar el negocio de COMCEL.

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los “Productos” y la comercialización de los “Servicios” que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización...

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

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

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

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

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

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.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

ANEXO C. PLAN CO-OP

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

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

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

Ver Prueba 8. Modelo contractual extendido por COMCEL. Anexo C.

El texto transcrito del Anexo C corresponde al modelo que COMCEL extendió para todos los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida. Así lo confirmó el gerente de contratos de COMCEL:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey ¿y usted sabe si ese plan CO-OP está regulado en el ANEXO C del contrato sub judice?

[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, hay una mención a ese.

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey ¿y ese ANEXO C es igual para todos los miembros de la red incluidos SALCEDO DOMINGUEZ ?

[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

El encargo de promoción incorporado en las referidas cláusulas se complementó, además, con las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE, que según la cláusula 34 hacen parte del mismo:

34.Términos de referencia o reenvío: Integran el contenida de este contrato los manuales, reglamentaciones y normas de COMCEL, los cuales declara conocer EL DISTRIBUIDOR y las instrucciones que se le impartan durante su ejecución.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Al respecto, y a título de ejemplo, se transcriben a continuación algunas circulares que COMCEL le extendió a su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVO MANUAL DE MARCA**

Informamos que se encuentra publicado en el PID – Portal de Información a Distribuidores, en el módulo de Publicidad el nuevo manual de marca Claro, el cual deberá utilizarse para el diseño y desarrollo de todas las campañas publicitarias , piezas ATL , BTL, Merchandising, POP .

Con aplicación correcta de esta normatividad aseguraremos la unidad de marca en todas las campañas.

Ver Prueba Circular 2014-GSDI01-S244201 de agosto 25 de 2014 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G
Asunto **BTL'S PLAN COOP**

¡Incrementa tus ventas con el apoyo que te dan la agencia BTL!

CLARO te da excelentes ayudas para que generes muchas y novedosas actividades comerciales en puntos de venta, centros comerciales, barrios, barrios en poblaciones y sitios de alto tráfico; para que incrementes tus ventas significativamente.

Para el desarrollo e implementación de nuevas estrategias, contamos con el apoyo de 2 agencias BTL *E Group y Emblue Group en R3*, con las cuales podrán realizar actividades diferenciales con mayor impacto y lo más importante los costos que ustedes como distribuidores manejan.



Para la legalización de estos eventos **solamente** se va a requerir por parte de comisiones:

- Factura del distribuidor
- Copia de la factura de la BTL

(NO REQUIERE: fotos, RUT, comprobante de egreso ni reporte al correo consulta trade) *será una sola factura por todas las solicitudes del mes.*

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S141120 de mayo 18 de 2016 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA**

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

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

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

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

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

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S127089 de mayo 3 de 2016 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **APOYO COOP CAMPAÑA DIA DEL NIÑO**

Para cumplir con las ventas del mes, las acciones comerciales ingresadas y ejecutadas del **20 hasta el 30 de Abril**, exclusivamente dirigidas a la campaña **del día del niño** tendrán el beneficio del coop al **60%**.

Dichas actividades deben realizarse con las BTL Regionales. Las solicitudes deben ser generadas por el ítem **94 - BTL Regionales**.

Ver Prueba Circular 2017-GSDI01-S105760 de abril 18 de 2017 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Comcel
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **DESMONTE DE MATERIAL CAMPAÑA NAVIDAD Y OTRAS ANTERIORES**

Desde el pasado 16 de Enero y hasta el próximo 24 de Enero, las BTL asignadas por Comcel: Mejia Asociados, CVML y Ziel estarán visitando los puntos de venta: CAC, CVC, Distribuidores y cadenas respectivamente; con el objetivo de desinstalar el material POP de la campaña de Navidad Azul Comcel.

Así mismo, las BTL estarán retirando el material de las campañas anteriores, como: Portabilidad, Barra Comcel, Tecnología Inteligente, Bazar Navideño, entre otras. Igualmente publicidad de fabricantes que no esté aprobada por la Gerencia Nacional de Trade Marketing de Comcel.

El objetivo es limpiar los puntos de venta para darle espacio al nuevo material del año 2012, de esta manera el material presente en sitio cumplirá su objetivo principal que es: RECORDACION DE MARCA Y GENERACION DE VENTAS.

Solicitamos su colaboración con el cumplimiento de esta directriz.

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S009182 de enero 18 de 2012 exhibida por COMCEL.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **ASPECTOS A TENER EN CUENTA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PLAN COOP PUBLICIDAD A PARTIR DEL 13 DE NOVIEMBRE DEL 2012**

Las siguientes instrucciones que se darán respecto al PLAN COOP son derivadas del mismo anexo y contrato.

Estas son:

ASPECTOS A TENER EN CUENTA DENTRO DEL PROCEDIMIENTO PLAN COOP PUBLICIDAD A PARTIR DEL 13 DE NOVIEMBRE DEL 2012

1. Los distribuidores a partir de Noviembre 13 del 2012 sólo podrán utilizar el merchandising, material pop y acciones comerciales que se encuentren en el Portal de Información de Distribuidores, (PID) en la pestaña de Publicidad.
 - a. Las existencias de merchandising disponibles en las bodegas de los distribuidores podrán utilizarse hasta agotarse (incluidas las solicitadas hasta el 31 de Octubre del 2012, respecto de las cuales se deberá tener en cuenta lo indicado en el siguiente numeral b.).
 - b. La Gerencia de Trade Marketing verificará las solicitudes del COOP que se encuentran en proceso generadas hasta el 31 de Octubre de 2012 y que finalizan con posterioridad a dicha fecha y definirá en virtud de los objetivos y principio del Plan COOP cuales de esas solicitudes se cancelan, lo cual será comunicado al Distribuidor.
 - c. Todas las propuestas nuevas que surjan por parte de los Gerentes, Coordinadores y/o Distribuidores son bienvenidas para ser incluidas en el PID e implementadas siempre y cuando cuenten con el aval de la Gerencia de Trade Marketing y deben presentarla con 20 días de anticipación. De existir una propuesta presentada con menos días de los indicados, la Gerencia de Trade Marketing y la Gerencia de Distribución de manera conjunta podrán establecer su viabilidad o no.

(...)

2. Acorde con lo indicado en los numerales relacionados con Principio y autorización y el del Procedimiento del Plan COOP del anexo Plan COOP PUBLICIDAD del contrato de Distribución, se advierte que a partir del 13 de noviembre del 2012 cualquier diseño o actividad diferente a las que están en el PID y que los Distribuidores pretendan implementar a través del Plan COOP, debe de manera previa ser informado a la Gerencia de Trade Marketing y avalado por esta. Para el envío de la información de que trata este numeral y cualquier duda relacionada con ella, se describen a continuación los datos de contacto:

(...)

3. Todas las agencias logísticas de eventos de mercadeo BTL's que usan o lleguen a usar los Distribuidores para la realización de sus acciones comerciales deben reportarlas a Trade Marketing en el formato dispuesto para tal fin. **(Ver Anexo 2)**; esto con el fin de conocer los BTL'S que

trabajan con nuestra marca y garantizar que conozcan y cumplan los lineamientos de manejo de marca. Después de esto, estas BTL'S serán las que puedan usar en las actividades a legalizar por COOP; y/o nuestras actuales BTL's **(Ver Anexo 3)** en virtud de lo aquí indicado:

(...)

4. Los Distribuidores a partir del 13 de noviembre de 2012 presentarán informes de todas las acciones comerciales ejecutadas semanalmente, las cuales serán informadas a más tardar cada martes de la semana siguiente hasta las 5 pm. Este formato será el que actualmente usa la Gerencia de Trade Marketing **(Ver Anexo 4)**. Dichos informes serán enviados por los Distribuidores con la periodicidad aquí indicada al correo electrónico consultatrade.cambioimagen@claro.com.co.

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S232665 de noviembre 7 de 2012 exhibida por COMCEL.

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

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

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

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S075129 de abril 20 de 2012 exhibida por COMCEL.

✓ **Prueba de ejecución del Encargo de Promoción:** En los siguientes testimonios rendidos en el presente proceso, se manifestó:

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. En tu conocimiento Olga fundamentalmente ¿cuáles son las actividades que realizan los que tú denominas distribuidores entre ellos SALCEDO DOMINGUEZ?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Las actividades del distribuidor son actividades netamente comerciales, de promoción y de vinculación de clientes en los productos que se comercializan.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey, dentro de esas, hablemos primero de las actividades de promoción, cuéntame ¿qué actividades de promoción en tu conocimiento desarrollan los distribuidores, los que tu denominas distribuidores dentro de sus actividades ¿cuáles son esas entidades de promoción que relacionas, que realizan?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Ellos hacen actividades de cantidades comerciales como puntos alternos enfrente sus locales, pueden hacer tomas comerciales en algún sitio o en alguna empresa, todo pues previamente tiene que ser avalado por nosotros y de conocimiento de la compañía.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. ¿Y todas esas actividades que deben realizar los distribuidores deben ir previamente aprobadas por parte de COMCEL?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor, si van a recibir el apoyo, un apoyo que nosotros le damos a los distribuidores debe pasar para revisión y pues aval de nosotros.

<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey y esas actividades comerciales, esas acciones comerciales y promocionales que deben realizar los distribuidores ¿qué buscan, que se busca con estas entidades comerciales?</p>	<p>[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Traer más clientes.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey y esos clientes ¿son clientes de quién?</p>	<p>[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Los clientes son nuestros, cuando hablo de nuestros nos referimos a clientes de COMCEL, pues porque nosotros hacemos las promociones y pues damos ese, ese producto para que lo pueda comercializar el distribuidor.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA – Coordinador Regional de COMCEL	
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: OK. Hermes tu nos puedes explicar específicamente respecto de las acciones comerciales a las que tú estás haciendo referencia que debía realizar SALCEDO DOMINGUEZ ¿En qué consistían esas acciones comerciales?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Las acciones comerciales, pues teníamos varios tipos de acciones comerciales, acciones comerciales en punto de venta, con animador, esto con modelos, volanteadores generábamos esto... acciones comerciales por ejemplo cuando aperturábamos un punto de venta pues toda la dinámica de volantes en la zona, de poder hacer alianzas pues con las emisoras, con de pronto los canales regionales en su momento pues para generar una dinámica comercial en torno al punto de venta y darlo a conocer, pero pues las acciones comerciales se enfocaban era en, en el punto de venta, en generar mayor tráfico a los puntos de venta.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Yo te pregunto Hermes esas acciones comerciales que debía realizar SALCEDO DOMINGUEZ ¿tú pudiste constatar que ellos efectivamente durante la ejecución del contrato y cuando tú estuviste como coordinador realizaron efectivamente acciones comerciales?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si, se realizaron acciones comerciales en los puntos de venta, (...)</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Pero tú puedes testificar en este proceso que SALCEDO DOMINGUEZ si efectuó labores comerciales y acciones comerciales</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Acciones comerciales sí señor, claro</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Por otra parte, y según resultó probado con el DICTAMEN, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió \$617.629.758 en actividades mercadotécnicas que COMCEL verificó y aprobó, actividades con las cuales se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL:

B.2.b) ¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última? **RESPUESTA.** Siguiendo la metodología propuesta, sí COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE la suma de \$1.985.109.145 por concepto de comisión Plan Coop, es porque LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de \$3.970.218.290 (\$1.985.109.145 x 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por COMCEL. La metodología propuesta en la pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4° del Anexo C del contrato (Anexo electrónico No. 6): (...) **4. DESTINO DEL FONDO DEL PLAN CO-OP.** Los dineros que conforman el PLAN CO-OP se destinarán exclusivamente al pago del 50% de los costos en que incurra el Distribuidor en las siguientes actividades, previo cumplimiento de los requisitos previstos en este Anexo C: 4.1 Volantes. 4.2 Publicidad interior. 4.3 Publicidad exterior. 4.4 Medios impresos. 4.5 Merchandising. 4.6 Radio. 4.7 Televisión. 4.8 Ferias y eventos. 4.9 Páginas amarillas.

Al resultar probado:

- Que COMCEL, según el Anexo C del CONTRATO, quedó obligada a restituirle a LA DEMANDANTE el 50% de los dineros que esta última invirtió en actividades mercadotécnicas que: (i) fueron previamente autorizadas por COMCEL y (ii) respecto de las cuales LA DEMANDANTE le demostró a COMCEL su efectiva ejecución;
- Que dicha restitución se realizó a través del pago de la denominada Comisión Coop;
- Y que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE por concepto de Comisión Coop la suma dineraria a que se refiere el DICTAMEN;
- En el presente proceso resultó probado que LA DEMANDANTE, en efecto, ejecutó actos de promoción del negocio de COMCEL bajo encargo de esta última.

CONCLUSIÓN FINAL: En el presente proceso resultó probado que COMCEL le encargó la promoción y explotación de su negocio a LA DEMANDANTE, y que LA DEMANDANTE efectivamente ejecutó dicho encargo: El elemento esencial “Encargo”, entonces, se halla presente en el CONTRATO.

1.1.4.1. Informes de mercado.

LA DEMANDANTE, en su condición de agente comercial de COMCEL, tenía la obligación de rendirle informes de mercado a COMCEL. Esta obligación, en efecto, es un elemento natural del contrato de Agencia Comercial, elemento que, en este caso, se incorporó expresamente en el CONTRATO; veamos:

ARTÍCULO 1321 CCO: El agente cumplirá el encargo que se le ha confiado al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones del mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio.

El CONTRATO, por su parte, estableció:

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

Con el siguiente testimonio rendido en el presente proceso, se corroboró que LA DEMANDANTE, en efecto, cumplió con la obligación de rendir informes de mercado a COMCEL:

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. Hermes tú en las actividades que desarrollaste con CJ ORIENTE ¿tú tuviste la posibilidad de reunirte con el gerente de CJ ORIENTE, con los asesores comerciales de CJ ORIENTE en alguna oportunidad?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Sí señor.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. Yo te preguntó Hermes ¿en esas reuniones ellos de alguna manera te informaban cómo se estaba comportando el mercado, las ventas, que era lo que más se estaba vendiendo, qué tipo de clientes estaba llegando al punto te daban esa información te retroalimentaban con esa información desde C J Oriente?	[TESTIGO [TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Claro, esa era la base pues para ejecutar estrategias en las zonas y conservar pues la dinámica comercial de los puntos de venta, o sea ese era el insumo que pues que todos teníamos pues para poder determinar a qué tipo de clientes le aplicábamos la estrategia o si de pronto en alguna fecha especial pues debíamos hacer alguna acción comercial.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

1.1.4.2. YERRO DE LA SENTENCIA: La Jueza a quo, contra la evidencia probatoria, sostuvo en la SENTENCIA que LA DEMANDANTE no probó que hubiese ejecutado actividades de promoción.

El argumento de la SENTENCIA para considerar que el CONTRATO no fue de agencia comercial, se vinculó con el tema del encargo de promoción del negocio de COMCEL. La H. Jueza a quo al respecto manifestó lo siguiente: (i) Que no era claro que LA DEMANDANTE hubiese asumido el encargo de promoción del negocio de COMCEL. (ii) Que a pesar de que LA DEMANDANTE, en los términos del CONTRATO, con autorización de COMCEL efectivamente podía realizar las referidas actividades de promoción, no se probó en el proceso que LA DEMANDANTE hubiese ejecutado el referido encargo de promoción. (iii) Que a pesar de que LA DEMANDANTE hubiese realizado las referidas labores promocionales en ejecución del encargo de promoción, no se probó en el proceso que dichas labores de promoción hubiesen sido eficaces y determinantes para la consecución de negocios y clientes para COMCEL en la zona asignada.

Contrariamente a lo sostenido en la SENTENCIA respecto del encargo de promoción, en el presente proceso:

- (i) Resultó probado que COMCEL si le encargó la promoción de su negocio a la DEMANDANTE. Lata posición de la H. Jueza que plantea algo diferente, resulta abiertamente contraria a los hechos que resultaron probados en el presente proceso.
- (ii) Resultó probado que LA DEMANDANTE en efecto SI ejecutó dicho encargo de promoción.
- (iii) Resultó probado que las actividades de promoción adelantadas por LA DEMANDANTE fueron eficaces, pues LA DEMANDANTE, **entre enero 1 del 2012 y el 1 de febrero de 2018:** (i) Legalizó 283.556 Kits Prepago, (ii) Activó 1.085.560 Planes Pospago, (iii) Legalizó 339.847 Planes Welcome Back (Sim Cards), y (iv) Realizó 2.261.883 transacciones de recaudo de dineros que los clientes de COMCEL le pagaron a esta última.

Sin perjuicio de lo anterior, una vez se ha probado respecto del CONTRATO, tal y como arriba se ha expuesto, el encargo de promoción, su ejecución y la eficacia de las actividades promocionales realizadas, es preciso aclarar que el encargo de promoción como elemento de la esencia del contrato de agencia comercial, no tiene el alcance de una obligación de resultado, tal y como lo entiende la SENTENCIA y la juez a quo, según las cuales este elemento únicamente existe cuando se demuestra la relevancia de las labores de promoción realizadas, lo cual excede por completo lo establecido al respecto en la ley

1.1.5. Remuneración del agente:

COMCEL, en el modelo contractual que extendió, incorporó un sistema remuneratorio para su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, que abarcó: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas:

- ✓ COMCEL confesó que remuneró a LA DEMANDANTE: LA DEMANDANTE, en el hecho 61 de la demanda reformada, alegó:

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

Ver Demanda Reformada. Pág. 44.

61) Es cierto.

Aclaro que el sistema remuneratorio no fue implementado por COMCEL sino que, por el contrario, correspondió a lo que libremente acordaron ambos contratantes al momento de celebrar el contrato de distribución.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace IGG a través de su apoderado acerca de que su gestión durante la ejecución del contrato de distribución siempre le fue remunerada por COMCEL, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de IGG.

Ver Contestación de COMCEL de la Demanda Reformada. Pág. 17.

Existencia de la Remuneración de LA DEMANDANTE: En el Anexo A del CONTRATO se estableció el Plan de Comisiones que COMCEL se obligó a pagarle a LA DEMANDANTE. COMCEL, como predisponente del Anexo A, se otorgó a sí misma la siguiente facultad:

COMCEL reconocerá a EL DISTRIBUIDOR las comisiones calculadas y determinadas a continuación, respecto de los abonados activados en la red de COMCEL (el "Servicio") en virtud de su actividad de comercialización del servicio de telefonía móvil celular... Las comisiones a que tendrá derecho el DISTRIBUIDOR son aquellas que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada plan determine COMCEL, informando de ello al distribuidor por cualquier medio idóneo, incluidos los medios electrónicos de que trata la Ley 527 de 1999 y sólo se causarán y serán exigibles dentro de las condiciones previstas en el contrato de distribución y en este Anexo A: (...)

Prueba No. 8, modelo contractual extendido por COMCEL, Ver ANEXO A.

El texto transcrito del Anexo A corresponde al modelo que COMCEL extendió para todos los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida. Así lo confirmó el gerente de contratos de COMCEL:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Bueno, doctor Evelio, yo como primera medida quisiera preguntarte por el contrato de voz que se suscribió entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL. Mi primera pregunta es si ¿usted conoce ese contrato doctor Evelio?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, yo conozco el contrato, si bien es cierto pues no hice la negociación del documento como tal porque pues no estaba la compañía, pero si conozco el modelo.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. Le preguntó doctor Evelio ¿usted sabe si ese contrato de SALCEDO DOMINGUEZ cuando usted lo revisó es el modelo contractual típico y habitual suscrito por COMCEL contrato de voz con los miembros de su red incluidos SALCEDO DOMINGUEZ ?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, es el contrato que generalmente se suscribe con todos los distribuidores para esa época.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. Es decir que usted sabe si ese contrato ese contrato que cuenta con el anexo A de comisiones, el anexo C de plan CO-OP, los anexos del A al H, ¿el habitual que ustedes suscriben?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Sí doctor Camilo.

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Okey. Doctor Evelio yo le quiero preguntar ese modelo contractual ¿quién lo elaboró?

[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Bueno, esos modelos los elabora COMCEL, se los compartía a los distribuidores en todo el proceso de ingreso,

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

COMCEL, a lo largo del CONTRATO y a través de las denominadas “Cartas de Comisiones”, determinó la remuneración que LA DEMANDANTE recibiría por (i) cada plan pospago activado, (ii) cada plan prepago legalizado, (iii) cada equipo terminal atado a un plan pospago o prepago y comercializado ante el cliente final, (iv) cada transacción de recaudo realizada (servicio posventa) y (v) cada recarga de tiempo al aire comercializada ante el cliente final.

Algunos ejemplos de la remuneración que COMCEL estableció a favor de LA DEMANDANTE se hallan en las “Carta de Comisiones”, las cuales, según la cláusula 34, hicieron parte del CONTRATO:

34. Términos de referencia o reenvío: Integran el contenido de este contrato los manuales, reglamentaciones y normas de COMCEL, los cuales declara conocer EL DISTRIBUIDOR y las instrucciones que se le impartan durante su ejecución.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

En materia de pospago, COMCEL le pagaba a LA DEMANDANTE la comisión por activación y también la denominada comisión por residual:

I. POSPAGO																																							
Comisiones																																							
El pago de comisiones por venta de planes Pospago se realizará al Distribuidor de acuerdo al plan vendido por el Distribuidor, así:																																							
	<table border="1"> <thead> <tr> <th>PLAN</th> <th>COMISION</th> </tr> </thead> <tbody> <tr><td>Plan 25 Migración</td><td>\$55.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Estudiante Cerrado</td><td>\$55.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Estudiante Cerrado Welcome Back</td><td>\$55.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Práctico Cerrado</td><td>\$70.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Welcome Back Cerrado</td><td>\$70.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Espectacular Cerrado 04</td><td>\$70.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Estudiante Abierto</td><td>\$80.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Personal Cerrado</td><td>\$80.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Navegue</td><td>\$80.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Ejecutivo Cerrado</td><td>\$95.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Espectacular Abierto 04</td><td>\$95.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Práctico Abierto</td><td>\$110.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Oro Cerrado</td><td>\$110.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Alto Volumen Cerrado</td><td>\$125.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Personal Abierto</td><td>\$125.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Ejecutivo Abierto</td><td>\$135.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Oro Abierto</td><td>\$150.000 ✓</td></tr> <tr><td>Plan Alto Volumen Abierto</td><td>\$165.000 ✓</td></tr> </tbody> </table>	PLAN	COMISION	Plan 25 Migración	\$55.000 ✓	Plan Estudiante Cerrado	\$55.000 ✓	Plan Estudiante Cerrado Welcome Back	\$55.000 ✓	Plan Práctico Cerrado	\$70.000 ✓	Plan Welcome Back Cerrado	\$70.000 ✓	Plan Espectacular Cerrado 04	\$70.000 ✓	Plan Estudiante Abierto	\$80.000 ✓	Plan Personal Cerrado	\$80.000 ✓	Plan Navegue	\$80.000 ✓	Plan Ejecutivo Cerrado	\$95.000 ✓	Plan Espectacular Abierto 04	\$95.000 ✓	Plan Práctico Abierto	\$110.000 ✓	Plan Oro Cerrado	\$110.000 ✓	Plan Alto Volumen Cerrado	\$125.000 ✓	Plan Personal Abierto	\$125.000 ✓	Plan Ejecutivo Abierto	\$135.000 ✓	Plan Oro Abierto	\$150.000 ✓	Plan Alto Volumen Abierto	\$165.000 ✓
PLAN	COMISION																																						
Plan 25 Migración	\$55.000 ✓																																						
Plan Estudiante Cerrado	\$55.000 ✓																																						
Plan Estudiante Cerrado Welcome Back	\$55.000 ✓																																						
Plan Práctico Cerrado	\$70.000 ✓																																						
Plan Welcome Back Cerrado	\$70.000 ✓																																						
Plan Espectacular Cerrado 04	\$70.000 ✓																																						
Plan Estudiante Abierto	\$80.000 ✓																																						
Plan Personal Cerrado	\$80.000 ✓																																						
Plan Navegue	\$80.000 ✓																																						
Plan Ejecutivo Cerrado	\$95.000 ✓																																						
Plan Espectacular Abierto 04	\$95.000 ✓																																						
Plan Práctico Abierto	\$110.000 ✓																																						
Plan Oro Cerrado	\$110.000 ✓																																						
Plan Alto Volumen Cerrado	\$125.000 ✓																																						
Plan Personal Abierto	\$125.000 ✓																																						
Plan Ejecutivo Abierto	\$135.000 ✓																																						
Plan Oro Abierto	\$150.000 ✓																																						
Plan Alto Volumen Abierto	\$165.000 ✓																																						
Las comisiones mencionadas se pagarán siempre y cuando (i) los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de Datos en el Sistema Poliedro) y (ii) la documentación aportada por el distribuidor se encuentre legalizada, es decir, recepcionada, revisada y aprobada conforme el contrato de distribución, políticas y procedimientos de COMCEL.																																							
Comisión Residual																																							
Las líneas que se activen a partir del 21 de febrero de 2004 en los planes pospago mencionados, generarán un residual mensual al Distribuidor del 1,5% de los consumos realizados por el Abonado y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el contrato de distribución. Para las líneas que se encontraban activadas y al día en sus pagos con anterioridad al 21 de febrero de 2004, no cambiará el porcentaje de comisión residual que se venía reconociendo al DISTRIBUIDOR.																																							

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones de marzo 17 de 2004.

En la comercialización de Kits Prepago de Contado, una era la remuneración cuando el cliente/suscriptor adquiría el Kit Prepago financiado, y otra distinta cuando lo adquiría de contado; veamos:

Kit Prepago Financiado: Si el cliente/suscriptor de COMCEL adquiría el Kit Prepago financiado, COMCEL le pagaba a LA DEMANDANTE una comisión que variaba según el valor del Kits, así:

Kit a Cuotas:	
Por la venta de Kit's a cuotas, el Distribuidor recibirá un valor de acuerdo a la siguiente tabla:	
RANGO DE PRECIOS	VALOR
Entre \$ 139.000 y \$ 260.000	\$ 44.500
Entre \$ 260.001 y \$ 290.000	\$ 49.500
Entre \$ 290.001 y \$ 500.000	\$ 56.500
Desde \$ 500.001	\$ 62.500
Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:	
(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los 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 Distribuidores encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al 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.	

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Carta de junio 9 de 2006.

Kit Prepago de Contado: Si el cliente/suscriptor de COMCEL adquiría el Kit Prepago de contado, COMCEL remuneraba a LA DEMANDANTE así:

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 PUBLICO
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
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 al 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.	

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones de octubre 17 de 2006

Por una parte, COMCEL le pagaba a LA DEMANDANTE una comisión de \$12.500.

Por la otra, COMCEL remuneraba a LA DEMANDANTE con un descuento. Este descuento corresponde a la utilidad que LA DEMANDANTE obtenía en la diferencia de precios entre el precio que le fijaba COMCEL y el precio que LA DEMANDANTE le cobraba al cliente/suscriptor: Al consultar la intención de la ley manifestados en la historia fidedigna del establecimiento del Código

de Comercio, se confirma que dicha utilidad hace parte de uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial:

Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. El agente obra en forma independiente, aunque de manera estable, por cuenta de su principal. (...) Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fijado al agente por el principal y el que éste obtenga del comprador al colocar el artículo en el respectivo mercado, o en otra forma cualquiera de retribución... (Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

En relación con la utilidad remuneratorio que LA DEMANDANTE obtenía producto de esa diferencia en precio (v. gr. el descuento otorgado por COMCEL), los siguientes testimonios rendidos en el presente proceso señalaron:

Testimonio de ANDRES FRANCISCO MARTÍNEZ – Gerente de Comisiones de COMCEL	
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS]: Te preguntó sobre el primer ítem ¿COMCEL entonces entiende que ese descuento comercial que le otorga es una ganancia que recibe en este caso SALCEDO DOMINGUEZ por esa diferencia de precios?</p>	<p>[TESTIGO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Pues es una utilidad que recibe el distribuidor porque pues al final es un diferencial de precio entre a cómo compran la mercancía y a como se la vende después.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS]: OK ¿y esos precios quien los fija tanto el precio al cual se suministra el equipo a SALCEDO DOMINGUEZ como el precio al cual debe entregarse el equipo al cliente final, quien fijada esos precios?</p>	<p>[TESTIGO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Eso los define COMCEL dependiendo de las condiciones de mercado.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL	
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS]: No, los precios que se tenía que utilizar en esas ventas, el precio del kit prepago, el precio del plan post pago ¿esos precios quien los fijada?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: COMCEL</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Frente a la explotación de líneas celulares comercializadas a través por vía de las Sim Cards, COMCEL le pagaba a LA DEMANDANTE una comisión que se calculaba de la siguiente manera:

1.3 Amigo SIM (Chip Estratégico)
<p>Para las activaciones de líneas prepago con Amigo Sim (Chip Estratégico) que se realicen en el periodo a partir del 17 de Junio de 2016, el distribuidor tendrá derecho a recibir dentro de los seis meses siguientes a la activación de la línea una bonificación mensual del 8% del valor de las recargas realizadas dentro del respectivo mes. Esta bonificación se reconocerá, siempre y cuando la línea haya realizado al menos una llamada con costo.</p> <p>Así mismo, para el pago de la bonificación y el anticipo se requiere que el cliente este activo en COMCEL, que los documentos hayan sido debidamente revisados y aprobados conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL e ingresados a través de los sistemas de activación y de legalización (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales y que las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.</p>

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones de julio 30 de 2016

Respecto de la prestación de los servicios posventa que COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE, el mecanismo remuneratorio pactado se estableció como una comisión fija por cada transacción de recaudo realizada, así:

A continuación me permito informarles, los valores a cancelar a partir del día 01 de Octubre de 2005, por parte de COMCEL a los Distribuidores facultados para operar como Centros de Pago y Servicio, por concepto de transacción por recaudo. Lo anterior, sin perjuicio que COMCEL en cualquier tiempo ajuste o varíe esta escala de valores, conforme a lo establecido en el Orosí al Contrato de Distribución.

TRANSACCIONES DE RECAUDO	VALORES A PAGAR
1 – 500	\$ 2.240
501 – 1000	\$ 1.950
1001 – 3000	\$ 1.680
3001 – 6000	\$ 1.320
6001 o mayor	\$ 1.200

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones de septiembre 16 de 2005

✓ **DICTAMEN:** Además de la confesión de COMCEL y de la prueba documental que obra en el expediente (Anexo A del CONTRATO y Cartas de Comisiones emitidas por COMCEL), con el DICTAMEN también resultó probado que COMCEL efectivamente remuneró a LA DEMANDANTE con comisiones, utilidades (descuentos) y notas crédito. Al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:

✓ **Comisiones:** El promedio de las comisiones que LA DEMANDANTE recibió de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue de **\$5.689.174.331**.

DICTAMEN, Pág. 14

✓ **Kits Prepago:** El promedio de los descuentos que LA DEMANDANTE obtuvo de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del contrato de la relación jurídica patrimonial, fue de **\$999.188.079**.

DICTAMEN, Pág. 17

Sim Cards: El promedio de los descuentos que LA DEMANDANTE obtuvo de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del contrato de la relación jurídica patrimonial, fue de **\$84.137.134**.

DICTAMEN, Pág. 20

✓ **Notas Crédito:** El promedio de los montos incorporados en notas crédito que LA DEMANDANTE obtuvo de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del contrato de la relación jurídica patrimonial, fue de **\$143.398.665**.

DICTAMEN, Pág. 23

Al DICTAMEN se anexaron, como soporte, las facturas y documentos contables en los que consta cada acto remuneratorio que COMCEL cumplió a favor de LA DEMANDANTE.

Nótese que los montos remuneratorios a que se refiere el DICTAMEN corresponden con los mecanismos remuneratorios que COMCEL confesó haberle pagado a LA DEMANDANTE, confesión que quedó incorporada en la contestación de la demanda reformada, así: En el hecho 61 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

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

Ver Demanda Reformada. Pág. 44.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó:

61) Es cierto.

Aclaro que el sistema remuneratorio no fue implementado por COMCEL sino que, por el contrario, correspondió a lo que libremente acordaron ambos contratantes al momento de celebrar el contrato de distribución.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace IGG a través de su apoderado acerca de que su gestión durante la ejecución del contrato de distribución siempre le fue remunerada por COMCEL, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de IGG.

Ver Contestación de COMCEL de la Demanda Reformada. Pág. 17.

CONCLUSIÓN: En el presente proceso quedó probado que COMCEL efectivamente remuneró a LA DEMANDANTE y que el sistema remuneratorio implementado por COMCEL a favor de LA DEMANDANTE tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas En consecuencia, está probado que el CONTRATO incorporó el elemento “Remuneración” que es esencial en la Agencia Comercial.

1.1.6. Celebración de actos de comercio por cuenta de COMCEL:

La Agencia Comercial, según su ubicación sistemática en el Código de Comercio y según lo expresó el legislador en la exposición de motivos del Estatuto Mercantil, es una especie de mandato:

Otra de las especies de mandato es el de agencia comercial. (Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

En todo mandato, el mandatario (agente comercial/LA DEMANDANTE) se obliga a celebrar “o” a ejecutar uno o más actos de comercio por cuenta del mandante (empresario agenciado/COMCEL):

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. El mandato puede conllevar o no la representación del mandante.

La Agencia Comercial, como especie de mandato, exige **que los actos de comercio** que el agente comercial celebre o ejecute, se celebren y/o se ejecuten por cuenta del empresario agenciado. Este punto es fundamental. Las preguntas que surgen, entonces, son:

- ✓ En relación con el CONTRATO se pregunta: ¿Qué actos de comercio celebró y/o ejecutó LA DEMANDANTE? LA DEMANDANTE celebró los siguientes actos de comercio: (i) Contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y, (ii) contratos de venta de los equipos terminales que se requerían para que COMCEL pudiera prestar dichos servicios.

LA DEMANDANTE celebró estos contratos con los clientes/suscriptores que logró captar en sus establecimientos y puntos de venta. Estos clientes/suscriptores, a partir de la celebración de dichos contratos, quedaron contractualmente vinculados con COMCEL.

- ✓ Con los actos de comercio que LA DEMANDANTE celebró y/o ejecutó, ¿Qué negocio se explotó? Con (i) los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y, (ii) con los contratos de venta de los equipos terminales que se requerían para que COMCEL pudiera prestar dichos servicios, se EXPLOTÓ el negocio de COMCEL. LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica y operativa, no puede, por su propia cuenta, comercializar y prestar el

negocio de telefonía móvil celular. El negocio que LA DEMANDANTE promovió y explotó, entonces, fue el negocio de COMCEL.

✓ ¿Estos actos de explotación fueron celebrados por cuenta de COMCEL? La respuesta es afirmativa; veamos: LA DEMANDANTE celebró los referidos actos de comercio por encargo de COMCEL: COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE, explotación que, como se advirtió, se realizó mediante la celebración de contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y contratos de venta de los equipos terminales que se requieren para que COMCEL pueda prestar dicho servicio.

(i) Contrato de Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular: El objeto de dichos contratos fue la Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular. Las partes que quedaron vinculadas contractualmente en los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” fueron COMCEL y el respectivo cliente Abonado/Suscriptor; LA DEMANDANTE no fue parte en estos contratos. El CONTRATO definió y reguló el contrato de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, así:

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

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

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

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

7.5 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.

LA DEMANDANTE, entonces, celebró los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” en nombre y por cuenta de COMCEL.

(ii) Contrato de venta de equipos terminales: En relación con los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE con destino al cliente final, tenemos:

Planes Pospago: En planes pospago, frente a los equipos terminales que los clientes/suscriptores adquirirían de contado y también financiados, LA DEMANDANTE celebró, en nombre de COMCEL (v. gr. como su representante), un contrato de compraventa con el cliente/suscriptor, contrato en el cual las partes fueron COMCEL y el respectivo cliente/suscriptor. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL.

Planes Prepago: (i) Equipos Financiados: En planes prepago con equipos terminales financiados, LA DEMANDANTE celebró, en nombre de COMCEL (v. gr. como su representante), un contrato de compraventa con el cliente/suscriptor, contrato en el cual las partes fueron COMCEL y el respectivo cliente/suscriptor. El cliente/suscriptor quedó directamente vinculado con COMCEL y, en consecuencia, directamente obligado a pagarle a COMCEL las respectivas cuotas. COMCEL asumió el consecuente riesgo de cartera. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL. (ii) Equipos de Contado: En planes prepago en los cuales el cliente/suscriptor adquiriría un equipo terminal de contado, COMCEL le suministraba a LA DEMANDANTE el respectivo equipo terminal y LA DEMANDANTE, actuando en nombre propio pero por cuenta de COMCEL, se obligaba a entregárselo al cliente/suscriptor debidamente activado en la red celular de COMCEL. Por tratarse de

una venta de contado, no había riesgo de cartera. Del dinero pagado por el cliente/suscriptor, LA DEMANDANTE únicamente percibía, a título remuneratorio, el descuento que sobre el “Precio de Venta al Cliente” COMCEL le otorgaba y COMCEL percibía el resto del dinero: La venta de equipos terminales hacía parte del NEGOCIO de COMCEL y los dineros provenientes de dichas ventas, salvo por el componente remuneratorio de LA DEMANDANTE, ingresaban al patrimonio de COMCEL.

A continuación, se demostrará que los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró para explotar el negocio de COMCEL, fueron contratos que LA DEMANDANTE celebró **por cuenta de COMCEL**.

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

Como se anticipó, el CONTRATO definió y reguló los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, así:

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

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

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

A partir de estas definiciones, LA DEMANDANTE asumió las siguientes obligaciones:

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.**

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

LA DEMANDANTE, en virtud del encargo que COMCEL le hizo, se obligó a celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” cuyos textos COMCEL le suministraba, uno para planes Pospago, otro para planes Prepago.

Al respecto, los siguientes testimonios rendidos en el presente proceso señalaron:

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL

<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: OK. Tú te referiste a que en estos casos debía ponerse de presente un contrato a ese cliente potencial, cuando él aceptaba adquirir el producto de servicio, te pregunto. ¿Ese contrato era un modelo contractual que COMCEL le entregaba a SALCEDO DOMINGUEZ para que SALCEDO DOMINGUEZ se lo pusiera de presente al cliente potencial y el cliente lo firmara?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si, es un modelo de contrato que la compañía entregaba donde estaban pues todos los, las condiciones del mismo, pero si era un modelo no era un contrato que él quisiera colocar, no era un modelo establecido por la compañía.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: ¿Cuándo dices la compañía te refieres a COMCEL?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: OK ¿y ese contrato tú sabes si las partes, las partes de ese contrato eran, por un lado, COMCEL como prestador de servicio y, por el otro lado, el cliente que firmaba como quien recibía el servicio?</p>	<p>[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Doctor Evelio ¿usted sabe si cuando se les vende a los clientes de COMCEL, ese servicio de telefonía móvil celular pospago ellos deben firmar un contrato de prestación de servicios que los vincule con COMCEL?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Deben firmar un contrato, sí.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿Y ese contrato es un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, como lo indicaba, es un modelo que es aprobado por la Comisión de regulación y que pues es el que se utiliza.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Le pregunto doctor Evelio ¿una de las labores de SALCEDO DOMINGUEZ era precisamente cuando vendía esos planes pospago de telefonía móvil celular de COMCEL, generar que el cliente firmara ese contrato de prestación de servicios?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Dentro de la labor que tienen que hacer, hacían los distribuidores, evidentemente para poder hacer todo el tema de la venta toca suscribir el contrato porque hay esta las condiciones que establece pues digamos la ley y la regulación, hay que suscribir el documento.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Y esas, las partes de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular ¿eran por un lado COMCEL como prestatario de servicio y por el otro lado del cliente que iba a recibir servicios?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Patricia yo te pregunto, ya después de que los clientes digamos se han atraído con esas actividades promocionales que deben realizar los distribuidores, ¿los distribuidores tienen una labor de vender? Ya digamos después de que el cliente está en el punto, ¿tiene una actividad de ventas que deben realizar?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si, si señor, tienen hacer, diligenciar un contrato pues para vincular al cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: ¿Para vincularlo con quién?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Con COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Y en esas actividades de venta ¿tú sabes cuál es el portafolio que debe venderse por parte de los distribuidores? cuales son los productos y los servicios que se venden, cual es el portafolio esos productos y servicios que se venden.	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si claro, los productos de móvil, productos de hogar, planes en pospago, planes prepago.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. En el tema de móvil específicamente ¿estamos hablando de cuáles productos y servicios? En el tema de móvil.	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Planes pospago, planes prepago, venta de Sim Card, Kit prepago.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Le reformulo la pregunta, ¿los clientes cuando adquieren el plan con COMCEL suscriben un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Y ese contrato que firman los clientes ¿con quién los vincula?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Los vincula con COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. ¿Tú sabes si una de las labores que debe cumplir o debía cumplir CJ Oriente, SALCEDO DOMINGUEZ y los demás	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Sí señor.

miembros de la red era precisamente generar que los clientes firmarán esos contratos de servicios de telefonía móvil celular?

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Maria del Pilar Suarez – Gerente Universidad Claro COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Ok ¿Y cómo debe realizar las ventas?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Ahí básicamente se les explica los procesos, que deben tener en cuenta, qué documentación deben exigir al cliente, digamos el, el, las competencias comerciales en, en cómo hacer una venta consultiva y todo el diligenciamiento de documentación requisito para poder hacer esa, esa venta.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Ok ¿Y uno de los requisitos para, para poder hacer las ventas dentro de esa documentación que ellos deben diligenciar es el denominado contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si, es el, uno de los requisitos que deben diligenciar.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK, ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular ¿Que tiene que hacer o que tenía que hacer SALCEDO DOMINGUEZ respecto de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Solo lo que se les informa a la fuerza de ventas es la forma de diligenciar ese documento para ser entregado al, al distribuidor para que el distribuidor genere digamos la activación de la línea.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: ¿Y quién, quien debe firmar o diligenciar ese, ese, ese contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: El cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Ok ¿Y ese es un cliente de quién?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Un cliente que consigue el distribuidor para adquirir los servicios de Claro o de COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: ¿O sea que es un cliente de COMCEL una vez firma el contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Estos contratos los celebró LA DEMANDANTE a nombre de COMCEL, es decir, en su condición de mandataria (agente comercial) con representación. En los textos de estos contratos se lee:

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO – PAPELERIA PREIMPRESA
A partir del 01 de Junio de 2015, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.	
Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales NO tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.	
El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del 01 de Junio de 2015, es el Contrato Único de Servicios Móviles Pospago.	
Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato	

Ver Prueba Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015 exhibida por COMCEL.



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



CONDICIONES GENERALES DEL SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO

EL SERVICIO

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

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución del MINTIC, los modelos vigentes serán los publicados en la página web de COMCEL, en este caso los publicados en el portal de internet cuya dirección es: <https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html>.

Antes de que la Comisión de Regulación de Comunicaciones estableciera los formatos que COMCEL y los demás operadores debían obligatoriamente utilizar con sus clientes/suscriptores, los formatos que COMCEL extendió y que le suministró a LA DEMANDANTE tenían la siguiente forma:

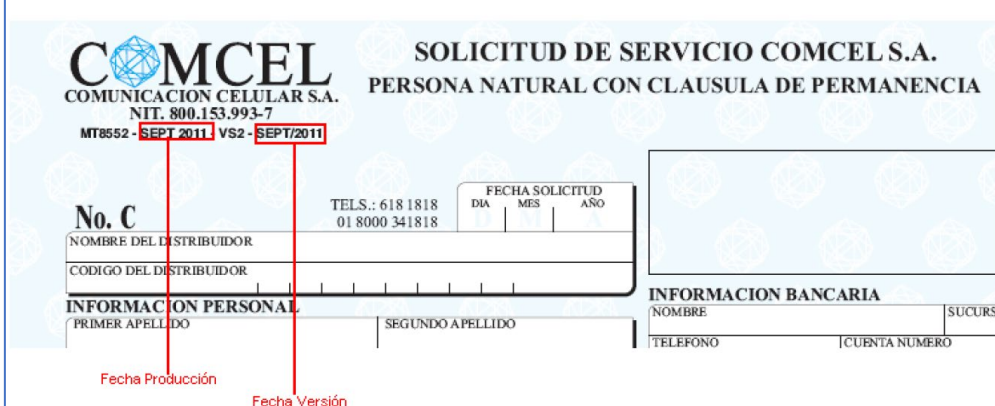
Para Distribuidores Comcel
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **INFORMACION IMPORTANTE CONTRATOS**

Los Contratos con versión de Septiembre son los siguientes:

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

NOTA:

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



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

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

TELS.: 618 1818
01 8000 341818

FECHA SOLICITUD
DIA MES AÑO

No. C

NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR

CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

INFORMACION PERSONAL
PRIMER APELLIDO SEGUNDO APELLIDO

INFORMACION BANCARIA
NOMBRE SUCURS.
TELEFONO CUENTA NUMERO

Fecha Producción

Fecha Versión

Ver Prueba Circular 2011-GSDI01-S167958 de octubre 14 de 2011 exhibida por COMCEL.

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

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

Ver Prueba Circular 2012-GSDI01-S186351 de septiembre 13 de 2012 exhibida por COMCEL.

Como se lee en los encabezados de los contratos que COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE para ser celebrados con los clientes/suscriptores que esta última gestionó, fue COMCEL, no LA DEMANDANTE, la parte que quedó vinculada contractualmente con cada uno de los clientes/suscriptores. En virtud de los contratos así celebrados, COMCEL, por un lado, prestó los respectivos servicios de telefonía móvil celular y, en contraprestación, percibió los dineros que los clientes/suscriptores pagaron por los servicios contratados y, por el otro, fue COMCEL la que asumió los riesgos propios de los contratos celebrados (riesgo de cartera, riesgo operativo, etcétera).

Conclusión: LA DEMANDANTE, en cumplimiento del CONTRATO y del encargo de explotación que COMCEL le hizo, celebró los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” en nombre y por cuenta de COMCEL, v. gr. celebró estos contratos en su condición de mandataria (Agente Comercial) de COMCEL.

CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

Para comercializar los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL, LA DEMANDANTE se obligó a comercializar, simultánea y necesariamente, el respectivo equipo terminal (teléfono celular y Sim Cards). El CONTRATO, en su cláusula 1.14, definió “Producto de Abonado” así:

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

LA DEMANDANTE comercializó los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL: Este hecho resultó probado con los siguientes elementos probatorios: Confesión de COMCEL, Circulares que COMCEL exhibió, con el DICTAMEN y con los siguientes testimonios:

CONFESIÓN

Al respecto, **COMCEL**, al contestar la demanda, confesó que el siguiente hecho es cierto:

Hecho 64. LA DEMANDANTE únicamente podía comercializar los equipos terminales y las Sim Cards atados al Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) de COMCEL, es decir, debidamente activados en su red celular.

Ver Demanda reformada, Pág. 44.

64) Por contener varios hechos, los contesto separadamente, así:

- a) Es cierto que la Demandante solamente podía comercializar los servicios, SIM cards y terminales móviles atados al servicio de telefonía móvil celular de COMCEL.

Ver Contestación de COMCEL de la demanda reformada, Pág. 18.

TESTIMONIOS

Por otra parte, en los siguientes testimonios rendidos en el presente proceso se sostuvo:

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. Y te preguntó Hermes ¿ese equipo en la modalidad de prepago necesariamente iba con esa Sim Card a la que tú has hecho referencia.	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si señor, o sea un kit prepago cuando se factura como kit prepago llevaba el equipo y llevaba su Sim Card para que pudiese utilizar el servicio al cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. ¿Y esa Sim Card lleva siempre atada una línea telefónica de COMCEL esa Sim Card?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Así es.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: ¿Es decir que cada vez que C J ORIENTE comercializaba un plan prepago debía entregar un teléfono con una línea para prestación de servicios?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si con una línea o sea toda Sim Card que se vendía era, tenía su NIM su número, pero no necesariamente debía llevar el equipo o sea prepago, yo puedo vender el equipo con la Sim Card o puedo vender sólo las Sim Card, si, eso es en producto prepago, pero entonces a lo que hace referencia de que, si iban y con una línea, así era, todas las líneas iban pre activadas con un número de COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: Es decir, Hermes que en cualquier caso en prepago ya fuera kit prepago o sólo la Sim Card, (...) ¿siempre se le vendía la línea telefónica con el servicio de telefonía móvil celular al cliente?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si señor.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SA]: OK. ¿Tú sabes si C J Oriente podía vender equipos libres? es decir ¿sin el servicio de telefonía móvil celular de COMCEL?	[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: No. Los equipos, o sea cuando se vendía un equipo se vendía con una sim card, siempre iba atado a una Sim Card por temas de garantía, por temas de pues legalización, pero un equipo libre no se podía vender ni distribuir.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de ANDRES FRANCISCO MARTÍNEZ – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SAS]: OK, ¿ese kit prepago necesariamente va además del teléfono en el caso de los kits prepago con una línea telefónica de COMCEL para hacer y recibir llamadas?	[TESTIGO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Se venden juntas, pero es potestad del cliente usarlas o no juntas porque pues los teléfonos ahora como también tienen bandas abiertas pues la podría utilizar con cualquier sim card, pero al momento de la venta salen ambas.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTE SAS]: Independientemente de la decisión que tome el cliente si quiere votar el teléfono a la caneca lo que él	[TESTIGO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ]: Se le vende una sim card con una línea y un equipo telefónico.

quiera hacer, ¿cuándo se le vende se le vende con la línea, se le vende con la línea telefónica de COMCEL- CLARO?

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017.

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



Ver Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida por COMCEL.

DICTAMEN

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o, ¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** Para dar respuesta a esta pregunta se solicitó a LA DEMANDANTE una certificación donde se diera a conocer el proceso de comercialización y activación de los equipos. De dicha certificación, de fecha marzo 18 de 2019, se extrae lo siguiente: (...) Con el propósito de contrastar la anterior información, se revisaron los archivos de detalle de las comisiones, donde se observó que para cada línea se relaciona el número de teléfono (IMEI) y la sim card (ICCID). En la siguiente imagen se muestra un ejemplo de lo indicado anteriormente: (...) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

Ver Prueba: Pág. 19, DICTAMEN.

Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016. **Planes Pospago y Planes Prepago:** Equipo Terminal que el cliente/suscriptor adquiría "financiado".

Cuando los clientes de COMCEL adquirían el equipo terminal financiado, tanto para planes Pospago como para Planes Prepago, LA DEMANDANTE tenía la obligación de cumplir con las siguientes instrucciones:

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


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

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

DILIGENCIAMIENTO DEL CONTRATO

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

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



CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

No. C XXXXXXXXX

COMCEL S.A.
NET. 8000-5339287
MT2001621-ENERO 2016-154-DC (MAYO 2015)

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

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

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

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

SUARIO - El COMPRADOR se obliga a realizar el pago de cada cuota de manera oportuna en la fecha establecida para ello en la factura que COMCEL enviará a la dirección indicada por EL COMPRADOR. Autorizo el envío de mi factura al correo electrónico indicada en este contrato SI _____ NO _____.
CUARTA. MORA. En caso de mora de una cualquiera de las cuotas mensuales de acuerdo a los términos de la cláusula tercera, EL COMPRADOR facultará a COMCEL para acelerar el pago

Ver Prueba Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016 exhibida por COMCEL.

Como se deduce del texto contractual incorporado en esta Circular, LA DEMANDANTE celebraba el contrato de venta actuando en nombre de COMCEL: Fue COMCEL la parte que quedó vinculada con los clientes/suscriptores, de tal manera que tales negocios se ejecutaron por cuenta de COMCEL. Se reitera: Estos contratos de “venta” iban atados a una “línea nueva postpago o prepago o a una reposición de equipo”, v. gr. iban atados a un contrato de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” existente entre COMCEL y el respectivo cliente/suscriptor.

La venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL, se perfeccionó así: (i) Planes Pospago. Equipos de contado y también financiados: En planes postpago LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL (v. gr. como su representante), contratos de compraventa con los clientes/suscriptores de COMCEL, contratos en los cuales las partes que jurídicamente quedaron vinculadas contractualmente fueron COMCEL y los respectivos clientes/suscriptores. Estos contratos abarcaron los equipos terminales que los clientes/suscriptores adquirirían de contado y también los que adquirirían financiados. (ii) Planes Prepago. Equipos Financiados: En planes prepago con equipos terminales financiados, LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL (v. gr. como su representante), contratos de compraventa con los clientes/suscriptores, contratos en los cuales las partes que jurídicamente quedaron vinculadas contractualmente fueron COMCEL y los respectivos clientes/suscriptores. (iii) Planes Prepago. Equipos de Contado: En planes prepago con equipos terminales que los clientes/suscriptores de COMCEL pagaron de contado, LA DEMANDANTE celebró, en nombre propio y por cuenta de COMCEL (v. gr. como su agente), el respectivo contrato de compraventa.

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

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

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

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

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



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

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



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



Ver Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por COMCEL.

Aclaración: Hasta el año 2014, los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” extendidos por COMCEL incorporaban la venta del respectivo equipo terminal (teléfono celular) que el cliente adquiriría para poder utilizar el servicio de telefonía móvil celular de COMCEL; estos equipos eran vendidos por COMCEL con precios subsidiados, precios cuyo pago estaba ligado a los valores de

llamadas y paquetes de datos que los clientes/suscriptores le pagaban a COMCEL. A partir del año 2014, la regulación obligó a COMCEL y a los demás operadores de servicios de telefonía móvil celular (Movistar, Tigo, etcétera) a celebrar por separado los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales”: esto explica el origen de las referidas instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE a partir de 2014. Al respecto, en el informe anual de COMCEL de 2014 que se aportó como prueba documental en el expediente se lee:

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

Ver Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, página 27.

Lo establecido en el Informe Anual de COMCEL de 2014 se complementa con las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE y a los demás miembros de su red de agentes/distribuidores a través de la siguiente Circular que obra en el expediente como prueba documental:

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

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

(...)

1. Ventas sin Cláusula de Permanencia:

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

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

Ver Prueba Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014 exhibida por COMCEL.

Circular 2014-GSDI01-S142046 de mayo 22 de 2015.

Los clientes/suscriptores de COMCEL que suscribían un contrato de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular-Pospago” y que adquirían un Equipo Terminal financiado por COMCEL, suscribían, en garantía, un pagaré en blanco con su respectiva carta de instrucciones; estos títulos valores, como se deduce de las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE, tenían por acreedor a COMCEL y por deudor al respectivo cliente/suscriptor, cuestión que confirma que la actuación de LA DEMANDANTE fue siempre en nombre y por cuenta de COMCEL:

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **IMPORTANTE - NUEVO CONTRATO UNICO DE SERVICIOS MOVILES POSPAGO PERSONA NATURAL Y JURIDICA.**



COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MAYO 2015 - MAYO 2015 - V01 - ABRIL 2015

**CARTA DE INSTRUCCIONES ABIERTA Y GLOBAL
PERSONA NATURAL Y/O JURÍDICA**

Señores
COMCEL S.A.
E.S.M.
Debidamente facultado (s), expresa, espontánea e irrevocablemente, por este documento, autorizo (autorizamos) a COMCEL S.A. (en adelante COMCEL o quien le suceda en sus derechos) para llenar el pagaré con espacios en blanco que he otorgado (hemos otorgado) en la fecha y de conformidad con las siguientes instrucciones:

- El pagaré que puede ser llenado de conformidad con estas instrucciones por COMCEL está contenido en la hoja identificada con el Número **000001**
- El pagaré podrá ser llenado por COMCEL en cualquier momento y sin previo aviso, para instrumentar cualquier obligación (es) en que sea (mos) su (s) deudor (es), adquiera (adquiramos) tenga (o tengamos) para con ella, en forma directa, indirecta, conjunta, solidaria, individual, con ocasión de cualquier negocio jurídico, acto o contrato y por cualquier concepto, sin importar su naturaleza u origen, presente o futura con COMCEL, y por cualquier obligación anterior, coetánea o posterior. Por lo anterior, se faculta a COMCEL para declarar de plazo vencido todas o algunas de las obligaciones que se incorporen en dicho pagaré sin necesidad de requerimiento judicial o extrajudicial alguno.
- CUANTÍA.** La cuantía del citado pagaré, es la correspondiente a todas o algunas de las sumas de dinero originadas o relacionadas con los conceptos expresados en el numeral anterior y que por cualquier causa se halle (n) insoluto (s) el día en que sea llenado el pagaré, así como con el de los gastos que COMCEL deba realizar en relación con la (s) misma (s), incluyendo, el valor de los impuestos que se causen.
- INTERESES.** Si al momento de llenarse el pagaré existen intereses ya causados y no pagados por cualquiera de las obligaciones, se autoriza a COMCEL para incluir el monto total de éstos en el lugar que en el mismo se consigna, para cuyo efecto, se le autoriza liquidarlos a la tasa máxima legalmente permitida, siendo procedente el cobro de intereses sobre dichos intereses en los casos previstos en el artículo 886 del Código de Comercio y en los demás legalmente autorizados. Los intereses de mora que se causen sobre las sumas incluidas en el pagaré se liquidarán a la tasa máxima legalmente permitida.
- FECHA Y LUGAR DE SUSCRIPCIÓN DEL PAGARÉ.** La fecha y lugar de suscripción del pagaré será la misma fecha y lugar de suscripción de esta carta de instrucciones.
- FECHA DE VENCIMIENTO DEL PAGARÉ.** El espacio en blanco correspondiente a la fecha de vencimiento del pagaré resultante de esta carta de instrucciones, será la misma en que COMCEL lo llene. Para todos los efectos legales, el simple atraso o retraso en el pago de cualquier suma de dinero comporta la exigibilidad y constitución en mora, para lo cual, renuncio (amos) a los requerimientos judiciales o extrajudiciales.
- EFICACIA.** En caso de cualquier discusión respecto del monto del pagaré o de la cuantía, sin embargo, el pagaré completado tendrá plena eficacia hasta concurrencia de lo efectiva y realmente debido, extendiéndose al capital, intereses, costos y gastos de cobranza judicial o extrajudicial.


En constancia se firma en _____ los _____ días, del mes _____ de _____.

Firma persona natural o Representante Legal Persona Jurídica

NOMBRE PERSONA NATURAL O JURÍDICA _____

C.C. /Nit. _____

DIRECCIÓN/DOMICILIO _____ TELÉFONO _____



COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MAYO 2015 - MAYO 2015 - V01 - ABRIL 2015

PAGARÉ No. 000001

/o(Nosotros) _____, en nombre propio y/o en mi calidad de representante legal de _____ identificado(a) con Nit./CC No. _____, debidamente facultado (s), expresamente: _____ me obligo (nos obligamos) y pagaré (mos) incondicionalmente a COMCEL S.A., o a su orden o a quien represente sus derechos, en sus oficinas de Bogotá, D.C., el día _____ del mes _____ del año _____ la suma de _____

Moneda legal colombiana, (\$ _____). Sobre el valor del capital reconoceré y pagaré (mos) intereses de mora a la tasa máxima legalmente permitida. Además del valor del capital, este pagaré se extiende al pago de los honorarios, gastos de cobranzas e impuestos que cause este documento, así como a todos los intereses causados y no pagados originados en cualquier clase de obligaciones a mi (nuestro) cargo, los cuales a la fecha ascienden a _____

(\$ _____), suma sobre la cual reconoceremos y pagaremos intereses de mora en los casos previstos en el artículo 886 del Código de Comercio, o en los demás casos autorizados legalmente, el pagaré se extiende a los intereses de mora a la tasa máxima legalmente permitida. Expresa y espontáneamente se declara excusado el protesto y renuncia a los requerimientos o reconveniones judiciales o extrajudiciales para ser constituido en mora.

En constancia se firma en _____ a los _____ días, del mes _____ de _____.

Firma persona natural o Representante Legal Persona Jurídica

NOMBRE PERSONA NATURAL O JURÍDICA _____

C.C. /Nit. _____

DIRECCIÓN/DOMICILIO _____ TELÉFONO _____

**LOS ACTOS DE EXPLOTACIÓN DEL NEGOCIO DE COMCEL QUE LA DEMANDANTE
CELEBRÓ, SE CELEBRARON EN NOMBRE Y POR CUENTA DE COMCEL**

La Corte Suprema de Justicia, al explicar el contenido de la actuación del agente por cuenta del empresario agenciado, recurre a los siguientes criterios para identificar en qué casos existe una actuación por cuenta ajena; sostiene la Corte:

Sentencia de septiembre 10 de 2013. Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030222005-00333-01. Página 20: “De los anteriores condicionamientos cobra relevancia el que la actuación del agente es por cuenta ajena, en vista de que el impacto del éxito o fracaso de la encomienda se patentiza primordialmente en los estados financieros del agenciado, mientras que por sus labores de conexión aquel recibe una remuneración preestablecida.”

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”.

Por su parte, la justicia arbitral le sigue los pasos a la Corte, así:

Laudo Arbitral de febrero 23 de 2007. Tribunal de Arbitraje de PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A. Árbitros. Página 60: “Para el Tribunal son dos, específicamente, los criterios determinantes para la configuración del concepto que se comenta -actuación por cuenta del empresario agenciado-: (i) la atribución patrimonial de una determinada actuación, y, consecuente con la anterior, (ii) la identificación de quién ha de soportar los riesgos, o reportar las ventajas de una específica actuación jurídica.”

Laudo Arbitral de enero 30 de 2009. Tribunal de Arbitraje de CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL S.A. Página 71: “Quinto elemento. Actuación del agente por cuenta del agenciado. De la cláusula 7 del contrato, sobre deberes y obligaciones de CMV, es posible deducir que esta no asumió una posición propia en el mercado, sino que actuó por cuenta de COMCEL.”

Como resultó probado en el presente proceso, en este caso se tipifican los criterios que permiten concluir que LA DEMANDANTE, en efecto, actuó por cuenta de COMCEL: (i) LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y, simultánea y necesariamente, los contratos de “Venta de Equipos Terminales”. (ii) LA DEMANDANTE celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL. En consecuencia:

- Fue COMCEL, no LA DEMANDANTE, la persona que quedó vinculada directa y jurídicamente con los clientes/suscriptores que suscribieron contratos de Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular y que adquirieron equipos terminales. Una vez los clientes/suscriptores suscribían estos contratos, LA DEMANDANTE les entregaba los equipos terminales debidamente activados en la red celular de COMCEL, esto es, les entregaba un equipo terminal con un número de teléfono asignado y con el cual, desde ese momento, cada cliente/suscriptor podía realizar y/o recibir llamadas, enviar y/o recibir mensajes de texto, etcétera. A partir de ese momento,

entonces, COMCEL les podía prestar a sus clientes/suscriptores los servicios de telefonía móvil celular contratados.

- COMCEL percibió los dineros que los clientes pagaron por dichos equipos terminales: COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió la siguiente cláusula:

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

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

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

En virtud de estas cláusulas, fue COMCEL la parte que percibió el provecho proveniente de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. En el presente proceso, a través de los informes anuales de COMCEL aportados al expediente, resultó probado que los ingresos operacionales de COMCEL, en efecto, provienen de las dos fuentes señaladas:

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.				
ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)				
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2013 Y 2012				
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)				
	2013		2012	
INGRESOS:				
Servicios de telecomunicaciones (Nota 19)	\$	7,022,939,621	\$	6,799,381,869
Venta de equipos telefónicos		1,355,524,972		948,181,655
Total ingresos		8,378,464,593		7,747,563,524

Ver Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2013.

- COMCEL asumió los Riesgos de Cartera: Fue COMCEL la parte que asumió los “Riesgos de Cartera” asociados a los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”. Al respecto, se transcribe la Nota 13 de los Estados Financieros de COMCEL de 2015 y 2014, estados financieros que obran como prueba documental en el expediente:

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

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

Al respecto, en el siguiente testimonio rendido en el presente proceso, se manifestó:

Testimonio de Oscar Rodríguez – Gerente de Consolidación de Informes COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: Okey, yo te preguntó Oscar ¿ese numeral 13 esas cuentas corresponden al activo corriente de COMCEL?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, es una parte del activo corriente, si doctor.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: ¿Y dentro de ese activo corriente está la Cartera?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, ahí está la Cartera, son las cuentas por cobrar por cartera, deudores comerciales y otras cuentas por cobrar.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: Okey. Yo te preguntó Oscar. Ahí en esa numeral 13 hay un concepto que se denomina suscriptores, yo te pregunto ¿esos son los suscriptores del servicio de telefonía móvil celular de COMCEL?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si doctor, si, son los suscriptores de telefonía móvil.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: ¿Qué relación tiene, tenía SALCEDO DOMINGUEZ y los demás miembros de la red con estos suscriptores?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Pues básicamente lo que hacían era de acuerdo al contrato de distribución, pues vendían o activaban como le digo no soy el comercial, pero digamos que lo digo en términos contables, entonces había una relación comercial en la cual los distribuidores a través del contrato de distribución, ayudaban a la adquisición de los usuarios, a la activación del usuario, ya la prestación del servicio, los riesgos, la cartera, lo que se le paga al ministerio, la licencia pues era, lo que asumía COMCEL, como por ser el que tenía la licencia de telefonía móvil celular.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: Okey. Oscar, en relación con esos riesgos a los que te referías, en relación con estos riesgos a los que tú te referías, debería entenderse entonces que ¿COMCEL era quien asumía esos riesgos de cartera de esos suscriptores que aparecen en el informe que tú nos indicabas?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, si señor, claro que sí, ahí hay un rol inclusive de incobrabilidad que básicamente la provisión que hace la compañía pero si, el riesgo de cartera lo asumía COMCEL
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: Okey. Y te preguntó, además de esos riesgos de cartera que asume COMCEL ¿En esos informes que tú elaborabas se planteaban otros riesgos que debían asumirse por parte de COMCEL?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, si doctor claro que sí, ahí cinco, digamos que el informe se presentan cinco tipos de riesgos, entonces uno es el riesgo de liquidez, el riesgo de liquidez, el riesgo de mercado, el riesgo de moneda, el riesgo de crédito y el riesgo de administración de capital; son los cinco riesgos que reporta la compañía en el informe
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: ¿Esos son los riesgos que asume COMCEL?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si doctor.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIAENTES SA]: Te preguntó, ¿tú sabes si también COMCEL en la ejecución de esa venta y prestación de servicios asumía los riesgos operativos? ¿el funcionamiento en general de todo lo que tenía que ver con antenas, equipos, etcétera?	[TESTIGO OSCAR RODRÍGUEZ]: Si, claro que si doctor. Eso está enmarcado dentro de la prestación del capital entonces sí, sí señor.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

En contraste, y este punto es fundamental, en los activos de LA DEMANDANTE no se hallan cuentas por cobrar que estén a cargo de los clientes/suscriptores a quienes LA DEMANDANTE les activó un Plan Pospago o un Plan Prepago o a quienes les comercializó los Equipos Terminales que se vendieron atados a dichos planes. En el presente proceso resultó probado, en cambio, que el 100% de las cuentas por cobrar de LA DEMANDANTE tienen por deudor a COMCEL.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones negaciones indefinidas no requieren prueba.

Ver Prueba No. 18 aportada con la demanda. Facturas que LA DEMANDANTE emitió y que COMCEL no pagó.

DICTAMEN: (i) Prestación Mercantil causada y no pagada. (ii) Comisiones causadas y no pagadas.

DE LOS GASTOS DE AGENCIA

Aclaración en relación con los denominados GASTOS DE AGENCIA: LA DEMANDANTE, como empresario independiente, sufragó de sus propio patrimonio todos los gastos operacionales en los que incurrió para ejecutar el CONTRATO: El hecho de que LA DEMANDANTE hubiera asumido los gastos de agencia no significa que hubiera actuado por cuenta propia; la actuación por cuenta propia o ajena es un asunto que se analiza respecto de los actos de comercio que LA DEMANDANTE celebró y/o ejecutó en cumplimiento del encargo de explotación que COMCEL le hizo. Precisamente, es un elemento natural de la Agencia Comercial, el que los gastos de agencia en los que incurre el agente comercial no son reembolsables por parte del empresario agenciado (COMCEL):

ARTÍCULO 1323 CCO: Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; ...

El hecho de que LA DEMANDANTE hubiera asumido directamente los GASTOS DE AGENCIA no desnaturaliza el contrato de Agencia Comercial celebrado con COMCEL y, por el contrario, el hecho de que la dinámica contractual de la relación entre las aquí partes corresponda con la naturaleza de la Agencia Comercial, confirma que entre ellas se celebró y se ejecutó un típico y nominado agenciamiento comercial.

CONCLUSIONES: LA DEMANDANTE actuó como agente comercial/mandataria de COMCEL:

- COMCEL, en el CONTRATO, le encargó la promoción y explotación de su negocio a LA DEMANDANTE, v. gr. la promoción y explotación de los Servicios de Telefonía Móvil Celular y de los equipos terminales que operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.
- COMCEL, según las facultades que le otorgó el Anexo A del CONTRATO, estableció motu proprio un sistema remuneratorio que incorporó comisiones, utilidades en la diferencia en precio y notas crédito. Los ingresos que LA DEMANDANTE obtuvo tuvieron por fuente al CONTRATO y provinieron del sistema remuneratorio implementado por COMCEL.
- A falta de estipulación en contrario, LA DEMANDANTE asumió los gastos de agencia que destinó para la ejecución del CONTRATO, asunto que, como se demostró, no desnaturaliza la Agencia Comercial:

ARTÍCULO 1323 CCO: Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; ...

En ausencia de un pacto de reembolso, LA DEMANDANTE financió los gastos de agencia con los ingresos remuneratorios que percibió de COMCEL.

- Los actos de explotación del negocio de COMCEL que LA DEMANDANTE ejecutó se perfeccionaron a través de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE gestionó por cuenta de COMCEL.
- LA DEMANDANTE, al ser remunerada, al promover el negocio de COMCEL, al actuar al tenor del encargo y las instrucciones impartidas por COMCEL, y al explotar el negocio de COMCEL mediante contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de contratos de

“Venta de Equipos Terminales” que celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL, actuó, jurídicamente, por cuenta de COMCEL.

CONCLUSIÓN: En el presente proceso, entonces, quedó probado que LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL. En consecuencia, está probado que el CONTRATO incorporó el elemento “actuación por cuenta del empresario agenciado” que es esencial en la Agencia Comercial.

1.1.7. Una zona prefijada:

El CONTRATO se ejecutó dentro de una zona prefijada del territorio nacional (Área Oriental); dentro de esta área, COMCEL se reservó el derecho de autorizarle a cada agente/distribuidor la apertura de establecimientos (puntos de venta) en los municipios y sectores que COMCEL establecía.

- El CONTRATO se ejecutó dentro del Área Oriental, área que corresponde a una zona prefijada en el territorio nacional: Según la propia definición del contrato de Agencia Comercial, el agente comercial ejecuta el encargo que el empresario agenciado le hace dentro de una zona prefijada del territorio nacional. La zona prefijada, entonces, es un elemento esencial de la Agencia Comercial.

ART. 1317 CCO: Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional...

En el CONTRATO se definió, de la siguiente manera, el Área de Servicio:

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

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Como resultó probado en el proceso, la Nación/Ministerio de Comunicaciones le concedió a COMCEL la facultad de para prestar el servicio de telefonía móvil celular en el área ORIENTAL. Al respecto, en la Resolución 598/14 del MINTIC se lee:



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

CONCLUSIÓN: En el presente proceso resultó probado que EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área ORIENTAL.

- Dentro del Área ORIENTAL, COMCEL establecía en qué municipios y en qué zonas específicas podía LA DEMANDANTE abrir puntos de venta: Dentro del territorio del CONTRATO (área Oriental: zona prefijada), COMCEL, a través del mecanismo contractual de la “autorización previa”, le prefijó a LA DEMANDANTE las zonas donde podía abrir y operar sus establecimientos (subzona prefijada), v. gr., le prefijó las zonas donde podía promover y explotar el negocio de COMCEL; veamos: COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió las siguientes cláusulas:

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

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

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

En el presente proceso LA DEMANDANTE alegó el siguiente hecho:

Hecho 57: El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA ORIENTAL.

Demanda reformada, Pág. 42.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, se pronunció frente a este hecho, así:

57) Es cierto.

Contestación de COMCEL, Pág. 17.

LA DEMANDANTE, asimismo, alegó el siguiente hecho, hecho que COMCEL confesó cierto:

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

58) Es cierto.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace IGG a través de su apoderado acerca de que únicamente IGG podía abrir establecimientos y puntos de venta en los locales que COMCEL le autorizaba previamente, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de IGG.

Demanda reformada, Pág. 44 y Contestación de COMCEL, Pág. 17.

Finalmente, y según resultó probado en el proceso, LA DEMANDANTE ejecutó el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL en los siguientes puntos de venta, todos ellos ubicados en las zonas que COMCEL le autorizó (fijó) a LA DEMANDANTE:

B.1.b) Extensión de los negocios: ¿En qué puntos (locales comerciales) comercializó LA DEMANDANTE los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL? Se le solicita al perito indicar la ciudad y dirección de estos. **RESPUESTA.** De acuerdo con los certificados de registro mercantil entregados por LA DEMANDANTE, los puntos donde LA DEMANDANTE comercializó los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL son los siguientes:

MUNICIPIO	ESTABLECIMIENTOS	DIRECCION
BOGOTÁ	SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS	CRA 78B No 39A 49 SUR BRR KENNEDY
BOGOTÁ	STAND CJ ORIENTE CENTRO SUBA	BOGOTA STAND SUBA: AV 145 No 91-19 Centro Cial Centro Suba
SOACHA	CJ ORIENTE SOACHA	Cr 7 No 32-35 Lc 246 Centro Comercial Mercurio -Soacha
CUCUTÁ	CJ ORIENTE OFICINA CENTRO CUCUTA	CUCUTA: calle 10 No 3-11 LOCAL 7
CUCUTÁ	CJ ORIENTE VIVERO ÉXITO	Local 1 Throx Éxito
CUCUTÁ	CJ ORIENTE LA OCTAVA CENTRO COMERCIAL EL PALACIO	CII 9 No 4-22 Lc 39 CC El Palacio Brr el Centro
VILLA DEL ROSARIO	CJ ORIENTE - VILLA DEL ROSARIO	Cr 7 No 5-49 Brr El Centro
LOS PATIOS	CJ ORIENTE LOS PATIOS	CII 26 No 8 69 Brr Patios Centro
PAMPLONA	CPSCJ ORIENTE PAMPLONA	Cr 6 No 6 21
PAMPLONA	CJ ORIENTE PAMPLONA	Cr 6 No 5-03
TIBÚ	CJ ORIENTE TIBU	Cl 6 No 5-22 Brr El Carmen
OCAÑA	CJ ORIENTE AGENCIA OCAÑA	Calle 10 No 14-98 Local 2 Brr El Centro
ABREGO	CJ ORIENTE ABREGO	Cr 7 No 13-92 Centro
BUCARAMANGA	CJ ORIENTE - BUCARAMANGA	BUCARAMANGA Calle 22 No 22 04 Barrio Alarcon - San Francisco
SABANA DE TORRES	CJ ORIENTE SABANA DE TORRES	Calle 14 No 11-09
IBAGUÉ	CJ ORIENTE- IBAGUE CALLE 13	Calle 12 No 3-65 Brr El Centro
IBAGUÉ	CJ ORIENTE- IBAGUE	Cr 5 CL 20-89 Lc 3 Ed El imperio Brr El Carmen
ORTEGA	CJ ORIENTE ORTEGA TOLIMA	Cl 5 No 6-49 Brr Centro
YOPAL	CJ ORIENTE YOPAL UNICENTRO	Cr 29 No 14-47 local 2-29
YOPAL	C.J. ORIENTE AGENCIA YOPAL	Calle 40 Bis 6-56 / 6-58 Piso 1 Brr Maranatha
AGUAZUL	CJ ORIENTE AGENCIA AGUAZUL	AGUAZUL: CII 9 No 17-49 Centro
CUCUTÁ	C.J. ORIENTE OFICINA MONTERREY	Cra 7 No 17-76 Brr Centro
SARAVENA	CJ ORIENTE AGENCIA SARAVENA	Cra 14 No 24-19 Brr Centro
MORICHAL	CJ ORIENTE MORICHAL	Cra 24 No 28-72 Local 308 Yopal
BARRANCABERMEJA	CJ ORIENTE BARRANCABERMEJA	Calle 52 No 18-60 1 Piso
BUCARAMANGA	CJ ORIENTE - CABECERA	Cr 35A No 48-96 Barrio Cabecera del Llano

En el siguiente anexo, se adjuntan los documentos escaneados: Anexo electrónico No. 24 -B.1.b- Certificados de registro mercantil.

Ver Prueba: Pág. 32 y ss del DICTAMEN.

COMCEL, al momento de la terminación del CONTRATO, le reasignó estos puntos (zonas) a otros miembros de su red de agentes/distribuidores, v. gr. le reasignó las respectivas zonas a otros agentes comerciales:

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS]: OK Doctor Hermes en relación con las preguntas que usted nos refirió frente a la carta de terminación de preaviso de terminación del contrato usted nos hablaba del tema de los puntos, yo le pregunto los puntos ¿esos puntos que tenía SALCEDO DOMINGUEZ fueron reasignados a otros miembros de la red de COMCEL?

[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Sí señor.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

CONCLUSIÓN: En el presente proceso, entonces, resultó probado que EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área ORIENTAL y, asimismo, resultó probado que dentro del área COSTA, COMCEL prefijaba los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

1.1.8. La clientela gestionada por LA DEMANDANTE fue 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 Comercia.

La conquista, conservación y ampliación de la clientela, entonces, se halla en la “causa” y en la finalidad misma de la 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 octubre 31 de 1995. Sala de Casación Civil. Expediente 4701. Páginas 29 y 30: “De allí que sea explicable la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. 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 exploración de los negocios del empresario.”

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”

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.”

En relación con el CONTRATO, en el presente proceso resultó probado que los abonados y suscriptores gestionados por LA DEMANDANTE se vincularon directamente con COMCEL a través de los contratos de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular y los contratos de venta de equipos terminales que LA DEMANDANTE celebró por cuenta de COMCEL: Los abonados y suscriptores, entonces, pasaron a ser clientes directos de COMCEL.

Al respecto, en los informes de sostenibilidad preparados y publicados por COMCEL se explica que la clientela que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores gestionaron, fue una clientela de COMCEL:

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

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

Página 60: Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70% de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

Página 23: Distribuidores: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos. Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes...

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

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

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

El CONTRATO, en las siguientes cláusulas, protegió la clientela que LA DEMANDANTE gestionó como clientela exclusiva de COMCEL:

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

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

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Lúdice.

En relación con los clientes de COMCEL que LA DEMANDANTE gestionó en cumplimiento del encargo de promoción y explotación del negocio de COMCEL, los siguientes testigos dijeron:

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL

<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantES SA]: Okey y esas actividades comerciales, esas acciones comerciales y promocionales que deben realizar los distribuidores ¿qué buscan, que se busca con estas entidades comerciales?</p>	<p>[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Traer más clientes.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantES SA]: Okey y esos clientes ¿son clientes de quién?</p>	<p>[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Los clientes son nuestros, cuando hablo de nuestros nos referimos a clientes de COMCEL, pues porque nosotros hacemos las promociones y pues damos ese, ese producto para que lo pueda comercializar el distribuidor.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Nayibe del Pilar Salcedo – Analista Senior Protección Comercial COMCEL

<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantE SAS]: Okey, cuando tú te refieres a los clientes, ¿te estás refiriendo a los clientes de quién?</p>	<p>[TESTIGO NAYIBE SALCEDO]: De la compañía, ...la función del distribuidor era hacer ventas de los servicios que presta COMCEL.</p>
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantE SAS]: Te pregunto, esos clientes a los que tú haces referencia y cuando dices la compañía ¿son clientes de COMCEL?</p>	<p>[TESTIGO NAYIBE SALCEDO]: Si, son clientes de COMCEL o de CLARO.</p>

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Maria del Pilar Suarez – Gerente Universidad Claro COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Ok ¿Y cómo debe realizar las ventas?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Ahí básicamente se les explica los procesos, que deben tener en cuenta, qué documentación deben exigir al cliente, digamos el, el, las competencias comerciales en, en cómo hacer una venta consultiva y todo el diligenciamiento de documentación requisito para poder hacer esa, esa venta.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Ok ¿Y uno de los requisitos para, para poder hacer las ventas dentro de esa documentación que ellos deben diligenciar es el denominado contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si, es el, uno de los requisitos que deben diligenciar.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: OK, ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular ¿Que tiene que hacer o que tenía que hacer SALCEDO DOMINGUEZ respecto de ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Solo lo que se les informa a la fuerza de ventas es la forma de diligenciar ese documento para ser entregado al, al distribuidor para que el distribuidor genere digamos la activación de la línea.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: ¿Y quién, quien debe firmar o diligenciar ese, ese, ese contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: El cliente.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Ok ¿Y ese es un cliente de quién?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Un cliente que consigue el distribuidor para adquirir los servicios de Claro o de COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: ¿O sea que es un cliente de COMCEL una vez firma el contrato?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Finalmente, y según lo establecido en la cláusula 7 del CONTRATO, LA DEMANDANTE tenía la obligación de identificar sus establecimientos con AVISOS que COMCEL instalaba y con los cuales la clientela potencial y real de COMCEL tenía la seguridad de estar en un punto de COMCEL.

7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR. (...) 7.16. (...) En ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización de COMCEL, EL DISTRIBUIDOR podrá colocar ningún aviso al lado o encima del de COMCEL.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Al respecto en la circular GSD-2005-153468 que COMCEL le envió a su red de agentes/distribuidores, se lee:

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA
ASPECTOS A TENER EN CUENTA SOBRE LA IMAGEN CORPORATIVA Y EL USO DE POP EN LOS PDV:	
<p>1. De acuerdo a lo estipulado en el contrato de distribución en los numerales 7.16 7.17 y 7.18 en los cuales indica que el distribuidor se compromete a ajustarse al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios, <i>el distribuidor se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue CLARO o que se apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, de igual forma en ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización, el distribuidor podrá colocar aviso al lado o encima del de CLARO.</i></p>	
Por tanto cualquier material fuera de lo autorizado deberá ser retirado de los puntos de venta.	

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

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

Lo establecido en estas circulares se complementa con el siguientes testimonio que se rindió en el presente proceso:

Testimonio de Patricia Martínez – Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. ¿tú sabes si esos puntos, SALCEDO DOMINGUEZ digamos en la apariencia física de los puntos debía ceñirse al manual de imagen corporativa de COMCEL?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Voy a hablar en términos generales de los distribuidores porque no tuve relación con CJ oriente, pero si los puntos de venta se tenían, los avisos se tienen que regirá la imagen corporativa de Claro o de COMCEL S.A.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. ¿Es decir que los clientes que se acercaban a ese punto tenían que tener claro que estaban entrando un punto autorizado de COMCEL?	[TESTIGO PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

En el presente proceso, al resultar probado que la clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL, se corroboró que el CONTRATO fue un típico negocio de Agencia Comercial.

1.2. La NATURALEZA jurídica del CONTRATO es de Agencia Comercial.

Una vez se ha probado que el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, el paso siguiente es fundamental, jurídicamente, que su calificación es de Agencia Comercial.

De esta manera: (i) Se derrotan todos los esfuerzos elusivos que COMCEL, como predisponente del CONTRATO, realizó para evitar que fuera calificado como Agencia Comercial. (ii) Se resuelve el principal problema jurídico que subyace en la presente litis y que versa sobre la calificación jurídica del contrato sub iúdice.

Antinomia relativa a la calificación del CONTRATO:

- La cláusula 4ª del CONTRATO está amparada por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC).

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, (...)

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

- Asimismo, otras cláusulas del CONTRATO en las que se hallan los elementos esenciales de la Agencia Comercial también están amparadas por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC).
- Del texto contractual extendido por COMCEL (cláusula 4ª y aquellas otras en las que se denomina el CONTRATO como un negocio de distribución o en las que se excluye la agencia comercial como calificación de este), por una parte, y de los elementos esenciales del CONTRATO, por la otra, se deducen DOS VOLUNTADES NEGOCIALES que son contradictorias y excluyentes entre sí:
 - a) 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, Comisión, Compra para la Reventa, etcétera.
 - b) 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 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. *antinomía*, 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.

En el CONTRATO no se puede manifestar la exclusión de un agenciamiento comercial y, simultáneamente, configurar sus elementos esenciales.

Esta antinomia se resuelve, jurídicamente, (i) con fundamento en el principio del Contrato Realidad, (ii) y con fundamento en el inciso 2º del Art. 898 CCO. En los subsiguientes títulos se abordarán estas cuestiones.

1.2.1. Principio del “Contrato Realidad”.

Este principio, en materia civil y por ende comercial¹, 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:

¹ 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.”

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 rige el principio del “Contrato Realidad”.

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

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

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

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

En las siguientes sentencias también sostuvo:

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

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. Ese proceder, a pesar de ser viable, se hace innecesario si se tiene en cuenta que el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción, sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica. Sobre este punto la Corte tiene precisado que “es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los

intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta - lealtad, corrección o probidad-. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos. (...) Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevenida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica" (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474). (...) Por tal razón, cuando un nexo de esa índole se hace constar por escrito y se aduce que éste no contiene la real voluntad de los concertantes o que simplemente el apelativo dado para identificarlo no corresponde al contenido de sus estipulaciones, es imprescindible hacer un contraste entre ambas figuras para que, dejando de lado los puntos en que convergen y delimitadas sus divergencias, se encamine el esfuerzo probatorio a develar la presencia de estas últimas en la forma como se desarrollan las relaciones entre sus intervinientes, sin que se requiera de un pronunciamiento previo sobre la existencia de un concierto simulatorio.

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

1.2.2. La real intención de las partes fue la de celebrar y ejecutar un contrato de Agencia Comercial. El CONTRATO se interpreta en contra de COMCEL como predisponente del mismo.

COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas con las cuales intentó eludir las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial por vía de una calificación del CONTRATO como un atípico negocio de distribución

A partir de los siguientes elementos probatorios, se concluye que el texto del CONTRATO, *ad litteram*, coincide con el modelo contractual que COMCEL extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores y también para los miembros de la red de agentes/distribuidores de OCCEL y de CELCARIBE; entonces (i) porque todos los textos son idénticos (hecho indicador), (ii) porque todos los contratos tienen en común a COMCEL como la parte contratante (hecho indicador), se concluye que el CONTRATO, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión (hecho indicado).

Pruebas Documentales:

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

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

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

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

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

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

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

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

- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental). Al comparar estos veintidós (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos comparten el mismo texto, v. gr. que todos ellos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce: (i) que todos estos negocios, en cuanto a su contenido, son idénticos y (ii) que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma.
- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. CELCARIBE, bajo el control de COMCEL, extendió para su propia red de agentes/distribuidores el mismo modelo contractual que COMCEL creó para sí misma. Al comparar estos cinco contratos con el CONTRATO, se deduce que todos estos negocios comparten el mismo texto, es decir, que todos ellos corresponden con el modelo que COMCEL extendió.

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

HECHOS PROBADOS: COMCEL, para unificar y replicar su modelo de negocio en las tres áreas (oriental, occidental y costa), organizó para OCCEL y CELCARIBE sendas redes de agentes/distribuidores, para lo cual utilizó el mismo modelo contractual que COMCEL extendió para su propia red de agentes/distribuidores: de esta forma, las redes de agentes/distribuidores de los tres concesionarios empezaron a operar de manera uniforme, estandarizada y coordinada, todas ellas bajo el control

administrativo y operativo de COMCEL, y todas ellas bajo el mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma.

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

VER Prueba No. 4 aportada con la demanda.

HECHO PROBADO: En virtud de estos actos de Fusión, COMCEL quedó vinculada directa y contractualmente con los miembros de la red de agentes/distribuidores de OCCEL y CELCARIBE.

- ✓ LA DEMANDANTE se adhirió al modelo contractual confeccionado por COMCEL. Prueba Documental: Cláusulas del CONTRATO.

HECHO PROBADO: Al contrastar el CONTRATO que LA DEMANDANTE suscribió, con los contratos que COMCEL suscribió con los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, se corrobora que todos estos contratos comparten el mismo texto. LA DEMANDANTE, entonces, se adhirió al reglamento contractual que COMCEL confeccionó y extendió para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores.

En el presente proceso, entonces, resultó probado que COMCEL fue la parte que extendió el CONTRATO y que este negocio, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión. Este hecho fue confirmado en el siguiente testimonio que se rindió en el presente proceso

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Bueno, doctor Evelio, yo como primera medida quisiera preguntarte por el contrato de voz que se suscribió entre SALCEDO DOMINGUEZ y COMCEL. Mi primera pregunta es si ¿usted conoce ese contrato doctor Evelio?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, yo conozco el contrato, si bien es cierto pues no hice la negociación del documento como tal porque pues no estaba la compañía, pero si conozco el modelo.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Le preguntó doctor Evelio ¿usted sabe si ese contrato de SALCEDO DOMINGUEZ cuando usted lo revisó es el modelo contractual típico y habitual suscrito por COMCEL contrato de voz con los miembros de su red incluidos SALCEDO DOMINGUEZ ?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si, es el contrato que generalmente se suscribe con todos los distribuidores para esa época.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Es decir que usted sabe si ese contrato ese contrato que cuenta con el anexo A de comisiones, el anexo C de plan CO-OP, los anexos del A al H, ¿el habitual que ustedes suscriben?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Sí doctor Camilo.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Doctor Evelio yo le quiero preguntar ese modelo contractual ¿quién lo elaboró?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Bueno, esos modelos los elabora COMCEL, se los compartía a los distribuidores en todo el proceso de ingreso,
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Doctor Evelio yo le preguntó. ¿usted sabe si en esos doscientos y pico de contratos que estaban suscritos para 2018, en todos esos contratos la cláusula cuarta del contrato y las demás que excluyen la existencia de una agencia comercial eran idénticas en todos esos contratos?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Sí.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

En la SENTENCIA, asimismo, la Juez a quo resolvió:

CUARTO: Declarar que el Convenio referenciado en los ordinales PRIMERO Y SEGUNDO fue de adhesión para Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. y que Comunicación Celular extendió cláusulas abusivas en el mismo a saber: cláusula 15 inciso 2, cláusula 17.4, cláusula 30 inciso. 3, y el siguiente fragmento de las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas": (...).

COMCEL, como predisponente del modelo contractual al que se adhirieron los miembros de su red de agentes/distribuidores (LA DEMANDANTE incluida), v. gr. como predisponente del CONTRATO, realizó ingentes esfuerzos para eludir las consecuencias económicas que son connaturales al contrato de Agencia Comercial, entre ellas la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. Fue así como COMCEL extendió cláusulas en las que (i) denominó el CONTRATO como un negocio de distribución, (ii) denominó a LA DEMANDANTE como distribuidor, (iii) y en las cuales excluyó a la Agencia Comercial como calificación del CONTRATO.

Si bien estas cláusulas, en su literalidad, rehúyen una Agencia Comercial, lo cierto es que la real y clara intención de las partes fue la de celebrar y ejecutar, precisamente, una típica Agencia Comercial. La causa y la finalidad común que motivó la celebración del CONTRATO, por una parte, y el objeto, el contenido y alcance de las obligaciones contractuales que las partes asumieron y ejecutaron, por la otra, no deja duda alguna que su intención fue la de celebrar y ejecutar una típica Agencia Comercial. Entonces, al interpretar la intención de contratantes en armonía con los elementos esenciales de la Agencia Comercial y con el contrato verdaderamente celebrado y ejecutado, se confirma que el CONTRATO fue un típico negocio de Agencia Comercial:

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

Por otra parte, y como complemento de lo anterior, el CONTRATO, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión. Son diversas las implicaciones que acarrea el que el CONTRATO haya sido de adhesión. Una de ellas versa sobre su interpretación:

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES: A partir de lo que resultó probado en el proceso, la antinomia presente en el CONTRATO relativa a su calificación jurídica, en recta aplicación de los Arts. 1618 y 1624 CC, se debe resolver a favor de la calificación del CONTRATO como un típico negocio de Agencia Comercial, v. gr, a favor de las pretensiones de LA DEMANDANTE como adherente y en contra de las excepciones de COMCEL como predisponente que quiso eludir las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial.

1.2.3. Inciso 2º del Art. 898 CCO.

El inciso 2º del Art. 898 CCO establece:

ARTICULO 898 CCO: (Inciso 2º) Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de sus elementos esenciales.

En la SENTENCIA, el Juez ad quem declaró la inexistencia de una Agencia Comercial. Pues bien, bajo el estatuto mercantil, solamente se puede declarar la inexistencia de un contrato cuando falte alguno de sus elementos esenciales. En el presente caso, y porque el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, el Juez ad quem no podía declarar la inexistencia de este tipo contractual.

CONCLUSIÓN: Porque el Juez ad quem pretermitió la valoración de las pruebas que dan cuenta de que el CONTRATO reunía los elementos esenciales de la Agencia Comercial, su decisión violó el Art. 898 CCO.

1.2.4. El error de derecho cometido en cuanto a la naturaleza jurídica del CONTRATO no vicia el consentimiento.

El Art. 1509 CC establece:

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

- COMCEL, 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 LA DEMANDANTE.
- Al resultar probado que entre las partes se celebró y se ejecutó un típico negocio de Agencia Comercial, las cláusulas que COMCEL extendió y a las que LA DEMANDANTE se adhirió, y en las que el negocio se calificó como un atípico contrato de distribución o en las que se excluyó expresamente una Agencia Comercial, fueron cláusulas que incorporaron un “Error de Derecho”.

Este “Error de Derecho”, en voces del Art. 1509 CC no vició el consentimiento y el mismo resultó ser completamente inerte. Por esta razón, ningún efecto jurídico (p.e. un efecto ratificatorio) habría tenido el que LA DEMANDANTE, durante la ejecución del CONTRATO, hubiera alertado sobre el error de derecho cometido en cuanto a la calificación del CONTRATO como Agencia Comercial.

Por otra parte, haber alertado sobre dicho error de derecho, o al momento de la celebración del CONTRATO o durante su ejecución, no constituye un requisito de procedibilidad de la acción que LA DEMANDANTE ejerció cuando incoó el presente proceso.

CONCLUSIÓN: El error de derecho cometido por las partes en cuanto a la calificación del CONTRATO, y el silencio que frente a él mantuvieron durante su ejecución, en nada afectó la naturaleza jurídica del CONTRATO: El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de la Agencia Comercial fue, en cuanto a su naturaleza y calificación, un típico negocio de Agencia Comercial.

1.2.5. Del error cometido en la SENTENCIA en relación con la naturaleza jurídica del CONTRATO.

La SENTENCIA en su parte motiva al definir el problema jurídico central de la litis relacionada con la naturaleza jurídica del CONTRATO concluyó que lo pretendido por LA DEMANDANTE consistía en que se declarara que independientemente y más allá del contrato firmado por las Partes lo que realmente se pretendió suscribir y se ejecutó fue un contrato de agencia comercial. Lo anterior no es cierto.

LA DEMANDANTE nunca planteó en su Demanda reformada la solicitud de declaratoria de una agencia comercial de hecho. Lo cierto, en contravía de lo señalado en la SENTENCIA, es que en las pretensiones de la demanda se solicitó que se declarara que el CONTRATO celebrado por las partes (contrato que quedó incorporado en el texto extendido por COMCEL) incorpora todos y cada uno de los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial, de tal manera que su naturaleza corresponde a la de un típico agenciamiento comercial, esto último más allá de la denominación que COMCEL le asignó y de las cláusulas meramente declarativas que pretendieron excluir la calificación del negocio celebrado como una agencia comercial.

La SENTENCIA, asimismo, concluyó erradamente que el CONTRATO es un negocio atípico conformado por obligaciones de un contrato de franquicia y obligaciones de un contrato que denominó “de comercialización”. Al respecto deberá y bastará señalarse que el CONTRATO no incorpora ninguno de los elementos esenciales de un contrato de franquicia. Por otra parte, deberá señalarse el craso error en el cual incurre la SENTENCIA cuando concluye que la cláusula 7.10.1 del contrato sub iúdice en la cual se establecen unas cuotas mínimas de activaciones significa una cuota mínima de compras a cargo de la DEMANDANTE, tal y como la SENTENCIA lo concluye para concluir que esta cláusula da cuenta de un contrato de “comercialización”. Es incompresible y flagrantemente errado señalar, como lo concluye la SENTENCIA, que una “activación” es un bien sujeto a la compra por parte de la DEMANDANTE. La activación según lo establece el contrato sub iúdice es el acto por medio del cual el cliente de COMCEL queda vinculado al servicio de telefonía móvil celular de COMCEL, vinculación que se perfecciona con la suscripción de un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular y un contrato de venta del equipo terminal que se requiere para que COMCEL le pueda prestar al cliente el referido servicio; estos contratos que vinculan jurídica y contractualmente a COMCEL con el respectivo cliente, los celebraba LA DEMANDANTE en nombre y por cuenta de COMCEL, v. gr. como agente comercial encargado de la promoción y explotación del negocio de COMCEL.

CONCLUSIÓN: Lo que establecía la cláusula 7.10.1. era precisamente la obligación a cargo de la DEMANDANTE de vincular, como intermediario de COMCEL, un número mínimo de clientes en planes de telefonía móvil celular, clientes que se vinculaban directamente con COMCEL.

1.3. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

PRIMERO: Declarar que entre Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. y Comunicación Celular S.A. existió un contrato innominado que NO era de agencia comercial con vigencia entre veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007) y veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), y que este finalizó por mutuo disenso expreso.

Y, en su lugar, deberá declarar probadas las siguientes pretensiones de la demanda reformada:

TERCERA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: a) Declarar que LA DEMANDANTE, como comerciante independiente y en virtud de la celebración y ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, asumió, por cuenta de COMCEL, en el ÁREA ORIENTAL del territorio colombiano, a cambio de una remuneración y en los establecimientos expresamente autorizados, el encargo de promover y explotar el negocio de telefonía móvil celular de COMCEL. b) Declarar, en consecuencia, que el CONTRATO SUB IÚDICE reúne los elementos esenciales de un contrato típico de Agencia Comercial, negocio que está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

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

2. GRUPO DE REPAROS relativos a la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

La Prestación Mercantil está regulada en el inciso 1º del Artículo 1324 CCO, así:

ARTÍCULO 1324 CCO: (INCISO 1º) El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.

La Prestación Mercantil es una obligación de fuente legal que, según el propio Art. 1324 del CCO:

- ✚ Se hace exigible a partir de la terminación de un contrato de Agencia Comercial.
- ✚ Se hace exigible por el solo hecho de la terminación.

La Corte Suprema de Justicia, al respecto, ha sostenido:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 35 y 36: "La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, "cesantía comercial", prestación "por clientela", "retributiva", "suplementaria", "extraordinaria" o "diferida", ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste. La fuente del derecho del agente y deber obligatorio correlativo del empresario, es el contrato de agencia comercial, a cuya "terminación el agente tendrá derecho" a su pago (artículo 1324 [inciso 1º], Código de Comercio), sin calificación ninguna de la causa, motivo o circunstancia de extinción del vínculo, ni condicionamiento adicional alguno."

Sentencia de marzo 18 de 2003. Sala de Casación Civil. Expediente 6892. Página 16: "No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la otra obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 del Código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso."

En el presente proceso resultó probado que (i) el CONTRATO es un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, y (ii) que la relación jurídica patrimonial terminó el 22 de febrero de 2018. A partir del 22 de febrero de 2018, entonces, se hizo exigible la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE, prestación que, como resultó probado en el proceso, COMCEL aún no le ha pagado.

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

61. LA DEMANDANTE, durante y con ocasión de la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, fue remunerada por COMCEL. El sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes

prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas”.

Ver Demanda Reformada. Pág. 44.

61) Es cierto.

Aclaro que el sistema remuneratorio no fue implementado por COMCEL sino que, por el contrario, correspondió a lo que libremente acordaron ambos contratantes al momento de celebrar el contrato de distribución.

El Juzgado deberá apreciar la confesión que hace IGG a través de su apoderado acerca de que su gestión durante la ejecución del contrato de distribución siempre le fue remunerada por COMCEL, confesión esta que tiene plena validez conforme a lo previsto en el Artículo 193 del C.G.P y que descarta la autonomía e independencia de IGG.

Ver Contestación de COCMEI de la Demanda Reformada. Pág. 17.

Al incorporar en el cálculo de la Prestación Mercantil los factores de cálculo a que se refieren el Art. 1324 CCO (comisiones, utilidades y regalías) y el hecho 61 de la demanda (comisiones, utilidades y regalías), se tiene:

A.6. TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL. Si se suman los montos que el Perito estableció en las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b), (A.4.b) y (A.5.b) se pregunta: ¿Cuál es el monto total de la prestación mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE?

RESPUESTA. De acuerdo con las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b), (A.4.b) y (A.5.b) anteriores, el monto total de la prestación mercantil es de \$6.332.139.904. En el siguiente cuadro se muestra el resumen::

PREGUNTA	CONCEPTO	MONTO
A.1.b	Prestación mercantil Comisiones	5.058.624.177
A.2.b	Prestación mercantil Descuentos Kits	888.444.731
A.3.b	Prestación mercantil Descuentos Sim Cards	74.811.937
A.4.b	Prestación mercantil Notas Crédito	127.505.316
A.5.b	Prestación mercantil Recargas	182.753.743
TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL		6.332.139.904

En el siguiente anexo, se muestran los valores y la sumatoria: Anexo electrónico No. 18-A.6-Total prestación mercantil.

Ver Prueba: Pág. 27 del DICTAMEN.

2.1. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEXTO: NEGAR la totalidad de las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. por no haberse probado los elementos axiológicos de las mismas.

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Duodécima de la demanda reformada:

DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de SEIS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y DOS MILLONES CIENTO TREINTA Y NUEVE MIL NOVECIENTOS CUATRO PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (COP\$ 6.332.139.904).

3. GRUPO DE REPAROS relativos a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Cuando se reclaman intereses no es necesario demostrar perjuicios: El Art. 1617 CC, en su numeral 2º, establece:

ARTICULO 1617 CC: Si la obligación es de pagar una cantidad de dinero, la indemnización de perjuicios por la mora está sujeta a las reglas siguientes: (...) 2a.) El acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.

CONCLUSIÓN: LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios, pues solo pretende los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.

Aclarado lo anterior, tenemos:

3.1 La Prestación Mercantil es una obligación dineraria de carácter mercantil. Sobre ella se han venido causando intereses moratorios a partir de la constitución en mora de COMCEL.

1. La Prestación Mercantil es una obligación mercantil de carácter dinerario: La Prestación Mercantil es una obligación connatural al contrato de Agencia Comercial, contrato que corresponde con un típico negocio mercantil. La Prestación Mercantil, en voces de los Arts. 20 y 21 del CCO, es, para todos los efectos legales, una obligación de carácter mercantil:

ARTICULO 20 CCO: Son mercantiles para todos los efectos legales: (...) 19) Los demás actos y contratos regulados por la ley mercantil.

ARTICULO 21 CCO: Se tendrán así mismo como mercantiles todos los actos de los comerciantes relacionados con actividades o empresas de comercio, ...

Por otra parte, la Prestación Mercantil, además de ser mercantil, es una obligación de carácter dinerario: En efecto, al aplicar la fórmula matemática incorporada en el inciso 1º del Art. 1324 CCO, se obtiene una SUMA LÍQUIDA DE DINERO. En el presente caso, la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE asciende a la suma de \$865.442.814.

CONCLUSIÓN: La Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dinerario.

2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 883 CCO, antes de que fuera derogado por el Art. 99 de la Ley 45 de 1990, establecía:

ARTICULO 883 CCO: El deudor estará obligado a pagar los intereses legales comerciales en caso de mora y a partir de ésta, ...

El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, en los siguientes términos, sustituyó a la otrora regla del Art. 833 CCO, así:

ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

CONCLUSIONES: (i) COMCEL, como resultó probado en el proceso, es deudora de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Como quedó establecido en el presente memorial, la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dineraria. (iii) COMCEL, en consecuencia, está obligada a pagarle a LA DEMANDANTE intereses de mora sobre la Prestación Mercantil, intereses que se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora.

3. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora? El Código de Comercio no regula, de manera especial, la constitución en mora del deudor mercantil. Por este motivo, y con fundamento en los Arts. 2º y 822 CCO, la norma que regula la constitución en mora del deudor en asuntos mercantiles es la norma que se halla en el Art. 1608 CC:

ARTICULO 2º CCO: En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

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

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso, y según la regla del numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; veamos: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda... produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin... Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 22 de agosto de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

2019-08-22	Diligencia de notificación personal (acta)	SE NOTIFICA LA PASIVA A TRAVES DE APODERADO-ACG			2019-08-22
2019-07-16	Fijacion estado	Actuación registrada el 16/07/2019 a las 15:54:05.	2019-07-17	2019-07-17	2019-07-16
2019-07-16	Auto admite demanda	admite.			2019-07-16

(Expediente del presente proceso: El auto admisorio de la demanda se le notificó personalmente a COMCEL el 22 de agosto de 2019)

3.2. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEXTO: NEGAR la totalidad de las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. por no haberse probado los elementos axiológicos de las mismas.

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Décima Tercera (Literal d) Subsidiario) de la demanda reformada:

DÉCIMA TERCERA: Se solicita al señor Juez:

- b) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior es una obligación mercantil de carácter dinerario.
- c) Declarar, con fundamento en el numeral 2º del Art. 1617 CC, que LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
- d) Declarar, con fundamento en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, que COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior en caso de mora y a partir de ella.
- e) SUBSIDIARIA AL LITERAL D) DE LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA: Si se rechaza el literal d) de la pretensión décima tercera principal, en subsidio se solicita: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente Demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia).

Condena a COMCEL por concepto de intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil: Únicamente a título informativo, a continuación se establecen los intereses moratorios que se han causado desde el 22 de agosto de 2019, fecha en la cual COMCEL quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda, y el 31 de octubre de 2021, fecha que corresponde al último periodo de interés moratorio certificado por la Superfinanciera que se tiene al momento de radicar la presente sustentación.

Periodo		Interés Bancario Corriente	Interés Moratorio 1,5 Bancario Corriente	Interes Nominal Periódico	Capital	Intereses
Inicio	Final					
AGO. 23 a 31 2019		19.32%	28.98%	0.0697%	\$6,332,139,904	\$39,721,514
SEPTIEMBRE 2019		19.32%	28.98%	2.1434%	\$6,332,139,904	\$135,723,087
OCTUBRE 2019		19.10%	28.65%	2.1216%	\$6,332,139,904	\$134,342,680
NOVIEMBRE 2019		19.03%	28.55%	2.1150%	\$6,332,139,904	\$133,924,759
DICIEMBRE 2019		18.91%	28.37%	2.1030%	\$6,332,139,904	\$133,164,902
ENERO 2020		18.77%	28.16%	2.0891%	\$6,332,139,904	\$132,284,735
FEBRERO 2020		19.06%	28.59%	2.1176%	\$6,332,139,904	\$134,089,395
MARZO 2020		18.95%	28.43%	2.1070%	\$6,332,139,904	\$133,418,188
ABRIL 2020		18.69%	28.04%	2.0811%	\$6,332,139,904	\$131,778,164
MAYO 2020		18.19%	27.29%	2.0312%	\$6,332,139,904	\$128,618,426
JUNIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$6,332,139,904	\$128,149,847
JULIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$6,332,139,904	\$128,149,847
AGOSTO 2020		18.29%	27.44%	2.0412%	\$6,332,139,904	\$129,251,640
SEPTIEMBRE 2020		18.35%	27.53%	2.0472%	\$6,332,139,904	\$129,631,568
OCTUBRE 2020		18.09%	27.14%	2.0211%	\$6,332,139,904	\$127,978,880
NOVIEMBRE 2020		17.84%	26.76%	1.9957%	\$6,332,139,904	\$126,370,516
DICIEMBRE 2020		17.46%	26.19%	1.9574%	\$6,332,139,904	\$123,945,306
ENERO 2021		17.32%	25.98%	1.9432%	\$6,332,139,904	\$123,046,143
FEBRERO 2021		17.54%	26.31%	1.9655%	\$6,332,139,904	\$124,458,210
MARZO 2021		17.41%	26.12%	1.9527%	\$6,332,139,904	\$123,647,696
ABRIL 2021		17.31%	25.97%	1.9426%	\$6,332,139,904	\$123,008,150
MAYO 2021		17.22%	25.83%	1.9331%	\$6,332,139,904	\$122,406,596
JUNIO 2021		17.21%	25.82%	1.9320%	\$6,332,139,904	\$122,336,943
JULIO 2021		17.18%	25.77%	1.9291%	\$6,332,139,904	\$122,153,311
AGOSTO 2021		17.24%	25.86%	1.9352%	\$6,332,139,904	\$122,539,571
SEPTIEMBRE 2021		17.19%	25.79%	1.9304%	\$6,332,139,904	\$122,235,629
OCTUBRE 2021		17.08%	25.62%	1.9189%	\$6,332,139,904	\$121,507,433
TOTAL A PAGAR						\$3,357,883,134

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiendo a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil.

3.3. De la Excepción que COMCEL propuso relativa a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la siguiente excepción de mérito (ver Págs. 68 y ss. del memorial de contestación):

T. IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES MORATORIOS DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN. Esta excepción se fundamenta en los siguientes hechos: 1. Pretende SALCEDO DOMINGUEZ que, de darse el despacho favorable de sus pretensiones, se declare que COMCEL, se encuentra obligado al pago de intereses moratorios sobre el monto al que eventualmente se le condene, en relación a las indemnizaciones de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, que regula lo atinente a las prestaciones surgidas de la terminación del contrato de agencia comercial, desde el momento mismo en que se puso fin a la relación contractual que los vinculaba. 2. La anterior solicitud debe tenerse por improcedente en cuanto falta el requisito sine qua non para la exigibilidad de los intereses moratorios: la constitución en mora. Tal como lo han sostenido diversos pronunciamientos de la Corte Suprema de Justicia – Sala de Casación Civil, "... resulta claro que la mora, si la obligación es dineraria supone, necesariamente, que se encuentre plenamente determinada, es decir que con certeza se halle establecido cuál es su monto, asunto

éste sobre el cual, desde antiguo tiene dicho la corte que “la mora en el pago sólo llega a producirse cuando exista en firme una suma líquida” (Sentencia Casación 27 de agosto de 1930, G.J. T.XXXVIII, pág. 128)” (Subrayado por fuera del texto original). 3. Lo anterior encuentra sustento al considerar que nadie puede ser conminado a pagar una sanción –la cual constituye uno de los elementos y fines del interés moratorio– cuando no tienen conocimiento sobre la existencia de la obligación que se le imputa haber incumplido, debate y controvierte con argumentos sólidos y con soporte fáctico y jurídico, y, con mayor razón, tiene una ignorancia legítima y razonable acerca de la suma a la que ascendería dicha obligación, si es que acaso existe.

En el caso que nos ocupa, la constitución en mora de COMCEL es innegable: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990 establece que “En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”; porque la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO es una “obligación mercantil” de “carácter dinerario”, sobre ella se causan intereses moratorios a partir de la constitución en mora del deudor (COMCEL). El Art. 1608 CC establece que la constitución en mora se perfecciona, o “cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado” (Num. 1), o “cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (Num. 3), reconvención que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto admisorio de la demanda. La autonomía judicial de la que gozan los Jueces no puede pretermitir el marco del Art. 1608 CC: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de terminación del contrato (Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.

La Prestación Mercantil que LA DEMANDANTE reclama corresponde con una SUMA LÍQUIDA DE DINERO que se establece a partir de la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

COMCEL, en ejercicio de sus propias razones, decidió no pagarle a LA DEMANDANTE la suma líquida de dinero que se causó a título de Prestación Mercantil: la decisión de COMCEL no modifica las condiciones de existencia y exigibilidad de la obligación incumplida. COMCEL, con su negativa de cumplir con el pago de la Prestación Mercantil, obligó a LA DEMANDANTE a incoar el presente proceso. COMCEL, entonces, asumió el riesgo de la litis, es decir, el riesgo de que, en este caso, los efectos de la mora se retrotraigan a la etapa de la litis contestatio (Num. 3 del Art. 1608 CC). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia que sí resulta pertinente, sostuvo:

Sentencia del 7 de julio 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente rad. 1998-00174-01: “... “si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, “en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)”.

Además de lo dicho, la excepción propuesta por COMCEL, por las siguientes razones complementarias, está llamada a fracasar:

- La Sentencia con la que se le pondrá fin al presente litigio, en cuanto a la naturaleza del CONTRATO, es DECLARATIVA: Las sentencias judiciales que se dictan en relación con la naturaleza de un contrato tienen siempre efectos DECLARATIVOS (ex tunc) y no CONSTITUTIVOS (ex nunc), pues en ellas simplemente se reconoce una situación jurídica anterior: en este caso, la existencia de un contrato válidamente celebrado que incorpora unos determinados elementos esenciales; así lo confirma la Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019: “... en tanto, que las sentencias ‘declarativas’, como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, ... por manera que, sus efectos devienen ‘ex tunc’, esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales

que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención... los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

CONCLUSIONES: (i) Porque la naturaleza jurídica del CONTRATO fue de Agencia Comercial, situación que se deberá declarar con efectos declarativos ex tunc (desde siempre), (ii) porque la Prestación Mercantil pertenece al Contrato de Agencia Comercial por vía de un elemento de su naturaleza, (iii) porque la Prestación Mercantil se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO, (iv) porque COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda, y (v) porque COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios en caso de mora y a partir de ella (Art. 65 de la Ley 45 de 1990), se debe condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado desde la fecha en que COMCEL quedó constituida en mora, v. gr., desde la fecha en la cual se le notificó el auto admisorio de la demanda.

- La Sentencia no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil: Por regla residual, el deudor de una obligación mercantil de carácter dinerario queda constituido en mora desde el momento en que se le notifica la demanda (Art. 94 CGP). Esta regla residual se aplica en los casos en los que no opera directamente alguna de las reglas especiales de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC:

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

En el presente proceso, bien sea que se aplique la regla residual, o bien sea que opere alguna de las dos reglas especiales, la constitución en mora de COMCEL, en todos los casos, es un acto jurídico que se perfeccionó en un MOMENTO MUY ANTERIOR al momento en que se dictará la Sentencia definitiva con la cual se le pondrá fin al presente proceso. Por este motivo, sostener, directa o implícitamente, que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se causarán a partir de la ejecutoria de la Sentencia, es desconocer, abiertamente, lo establecido en los Arts. 1608 CC, 94 CGP y 65 de la Ley 45 de 1990.

La justicia ordinaria, en un caso idéntico al sub examine y con fundamento en las siguientes razones, condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se causaron desde que se le notificó a COMCEL el respectivo auto admisorio de la demanda, v. gr. desde que COMCEL quedó constituida en mora con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES. Proceso ordinario de Comunidad Celular SA Vs COMCEL. Expediente: 17001-40-03-002-2017-00188-02: Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o reconocitivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de aquel reconocimiento. (...) Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado: "(...) El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser noticiada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al

estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)". Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2° del artículo 94 del Código General del Proceso. (...) Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria

4. GRUPO DE REPAROS relativos a los incumplimientos contractuales y/o abusos del derecho imputables a COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

4.1. Marco teórico:

En el Anexo A del CONTRATO se pactó:

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

(...)

8. En relación con los planes prepago, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones que de tiempo en tiempo, determine COMCEL para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.

Ver Anexo A. Modelo contractual extendido por COMCEL para su red de agentes distribuidores. Prueba 8 aportada con la demanda.

COMCEL, según el Anexo A del CONTRATO, tenía la facultad de establecer unilateralmente las comisiones remuneratorias de LA DEMANDANTE. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, así lo confesó:

150) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL.

151) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL.

152) No es cierto en la forma en que se encuentra redactado, pues olvida SALCEDO DOMINGUEZ que según se convino por los contratantes en el Anexo A del contrato de distribución, ambos contratantes habilitaron a COMCEL para modificar las comisiones de manera unilateral, haciendo uso de una legítima facultad que fue

fruto de la voluntad de los contratantes. Por tanto, la fijación de comisiones fue válidamente delegada por los contratantes a COMCEL. Niego que COMCEL haya causado un desequilibrio económico en el contrato a favor de SALCEDO DOMINGUEZ, lo que le corresponderá probar a la demandante conforme al deber que le impone el artículo 167 del CGP.

Frente a la facultad que tenía COMCEL de establecer unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, el artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

El contenido y alcance de la obligación que tenía COMCEL de ejecutar el CONTRATO de buena fe, según la ley y la equidad natural, se establece en el siguiente marco:

- (i) LA DEMANDANTE ejecutó el negocio en su calidad de empresario independiente, circunstancia que refleja un elemento esencial del CONTRATO (Agencia Comercial). Como empresario independiente, LA DEMANDANTE organizó su empresa con el único fin de ejecutar el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, encargo que también hizo parte esencial de la naturaleza del CONTRATO.
- (ii) La empresa que LA DEMANDANTE organizó para ejecutar el encargo hecho por COMCEL se ajustó a los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta organización trajo consigo una estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener constantemente a lo largo de la relación contractual para, precisamente, cumplirla al tenor de lo pactado (contenido estático del encargo) y de las instrucciones impartidas (contenido dinámico del encargo).
- (iii) La estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener a lo largo del CONTRATO se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor suyo, remuneración que también constituye un elemento esencial del CONTRATO.
- (iv) El CONTRATO fue un negocio oneroso en el que se pactó una remuneración a favor de LA DEMANDANTE y una exclusividad a favor de COMCEL (cláusula 7.15 del CONTRATO); así las cosas, el 100% de los ingresos operacionales que LA DEMANDANTE generó con la empresa que organizó para ejecutar el CONTRATO, provinieron de la remuneración contractual que COMCEL le pagó. Con estos ingresos (v. gr. con su remuneración) LA DEMANDANTE sufragó el 100% de sus gastos operacionales (v. gr. los gastos de agencia) con la esperanza de obtener una rentabilidad empresarial al final de cada ejercicio.
- (v) COMCEL, como la parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó el ANEXO A para establecer las cuantías de las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cumplir el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Sin embargo, y como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), decisiones que extendió en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE; veamos: En los años comprendidos entre 2005 (año siguiente a la fusión de

COMCEL con OCCEL y CELCARIBE) y 2018, la penetración del mercado (v. gr. la proporción entre el número de líneas celulares activas y el número de habitantes del país) por una parte, y la participación de COMCEL en este mercado, su cantidad de suscriptores y sus ingresos operacionales, por la otra, fueron los siguientes:

AÑO	% PENETRACIÓN DEL MERCADO CELULAR	% PARTICIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRITORES DE COMCEL	INGRESOS OPERACIONALES DE COMCEL
2018	126%	46.36%	29.166.426	\$8.305.180.262.000
2017	122%	48.91%	29.224.927	\$8.124.364.000.000
2016	120.4%	49.34%	28.953.884	\$8.049.653.000.000
2015	118.9%	52.46%	28.973.124	\$8.669.934.203.000
2014	116.1%	54.66%	29.775.739	\$8.953.628.062.000
2013	106.7%	58.32%	28.977.299	\$8.378.464.593.000
2012	105.3%	61.52%	30.371.083	\$7.747.563.524.000
2011	100,3%	65.34%	28.818.791	\$7.055.871.602.000
2010	97.7%	65.98%	29.264.339	\$6.270.009.238.000
2009	91.5%	67.24%	27.673.546	\$5.388.371.079.000
2008	92%	66.2%	27.389.566	\$5.810.675.636.000
2007	79.6%	65.8%	22.334.510	\$5.520.968.733.000
2006	69.8%	64.27%	19.521.262	\$4.588.407.345.000
2005	47.5%	62.9%	13.774.657	\$3.277.813.000.000

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Información interna de COMCEL).

(Informe Anual de COMCEL de 2018, documento exhibido por COMCEL)

Como COMCEL misma lo admite, su participación de mercado y los consecuentes ingresos operacionales que ha obtenido, han provenido mayoritaria e históricamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de agentes/distribuidores, red de la cual LA DEMANDANTE hizo parte:

4.5. Ventas y Distribución COMCEL

Ventas Directas. Las ventas directas en el año 2002 representaron el 7.0% del total de las ventas.

Distribuidores Exclusivos Independientes. El 93.0% de las ventas se realizaron a través de la red de distribuidores independientes. Luego de una estrategia de crecimiento masivo la red de distribución de COMCEL y OCCEL pasó de 1,424 puntos en oriente a 2,351 puntos y de 727 puntos en occidente a 1,236 puntos, para un total de 3,587 puntos a nivel nacional, presentando así un de incremento del 67% con respecto al año anterior, así como una fuerza de ventas de 9.400 profesionales al final del año 2002.

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe anual COMCEL de 2002, página 25)

Nuestra red de distribución es el canal más representativo en la comercialización de productos de voz y datos de soluciones móviles, ya que aporta el 70 % de participación de ventas de la empresa, por lo que en muchas ocasiones los distribuidores son nuestra cara frente al cliente.

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página 60)

En este punto resulta fundamental señalar que en el año 2002 la participación de la red de agentes/distribuidores en el porcentaje de ventas de COMCEL era del 93%; y que este porcentaje, para el año 2014, ya había bajado al 70%. La razón que explica ese decrecimiento es muy sencilla: COMCEL, con los años, ha generado mecanismos para atender directamente su clientela, cuestión que le ha permitido reducir su principal gasto operacional de ventas: LA REMUNERACIÓN de los miembros de su red de agentes/distribuidores.

COMCEL, a pesar de los riesgos que asumió como operador del Servicio de Telefonía Móvil Celular (p.e. la competencia del mercado y la consecuente reducción de tarifas al cliente final, las medidas regulatorias, la fluctuación de tasas de cambio, las condenas judiciales, etcétera), incrementó, a lo largo de los años y de manera importante, sus ingresos operacionales, al punto que, desde el año 2013, ha mantenido ingresos sostenidos por más

de \$8 billones al año. Estos impresionantes logros empresariales se explican, en buena medida, gracias a los buenos resultados que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores tuvieron en la promoción y explotación de los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para señalar unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, y como resultó probado en el presente proceso, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), cuestión que, en sí misma, fue **inequitativa**; veamos:

Presupuesto que resultó probado: Las decisiones impuestas por COMCEL generaron un efecto positivo en COMCEL (a menores gastos operacionales, mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (a menor remuneración, menores ingresos).

Obiter dicta: Una reducción habría sido equitativa si hubiera sido producto de un sacrificio conjunto que resultaba necesario para mantener el equilibrio económico del CONTRATO en el contexto micro-económico del mercado; se explica: Supongamos que la competencia del mercado hubiera llevado a COMCEL a reducir las tarifas de sus servicios ante el cliente final, y que tal reducción hubiera significado una reducción de sus ingresos operacionales y de sus utilidades operacionales; en este caso, habría resultado equitativo que COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para establecer la remuneración de BONNCEL, hubiera reducido la cuantía originalmente establecida para trasladarle **equitativamente** a LA DEMANDANTE una parte de las consecuencias negativas asociadas a la situación micro-económica; con esta reducción, COMCEL habría mermado el impacto en su utilidad operacional (la que de todas maneras se habría reducido) y LA DEMANDANTE, con menores ingresos, habría asumido su cuota de sacrificio también reflejada en una reducción en su utilidad operacional. Sin embargo, y a partir de lo que resultó probado, se deduce que esta no fue la situación. Sin importar las tarifas que COMCEL finalmente estableció para el cliente final, y gracias mayoritariamente a los esfuerzos de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, COMCEL logró incrementar anualmente el número de suscriptores, sus ingresos operacionales y, lo que resulta más importante, sus utilidades operacionales.

Gracias a la labor y esfuerzos empresariales de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, COMCEL pasó de tener 2 billones anuales de ingresos operacionales, a tener niveles sostenidos de \$8 billones de pesos anuales, y pasó de tener 13 millones de suscriptores a tener 29 millones. Resulta completamente inicuo que COMCEL, precisamente en los años más productivos y boyantes, haya tomado decisiones tan drásticas que afectaron sustancialmente la remuneración de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: COMCEL incumplió el CONTRATO por vía de la infracción a las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual, por cuanto las decisiones que tomó frente a las comisiones por residual (eliminar tres meses de causación), por permanencia pospago (eliminarla completamente) y por transacción de recaudo (reducirlas en un 45%), NO FUERON EQUITATIVAS.

Abuso del derecho imputable a COMCEL: Finalmente, si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá considerara que los actos contractuales a través de los cuales COMCEL eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), v. gr. las Cartas de Comisiones que COMCEL extendió, fueron actos que incorporaron obligaciones **expresas** para las partes, de tal manera que, al no existir un vacío negocial que pudiera ser suplido con fundamento en la fuerza integradora del Art. 871 CCO (buena fe, naturaleza del negocio y equidad), lo cierto es que, bajo esta hipótesis subsidiaria, COMCEL, indiscutiblemente, abusó de sus derechos. En otras palabras, si el H. Tribunal estimara que las Cartas de Comisiones establecieron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual², lo cierto es que, bajo este

² La buena fe en el Código de Comercio y en el Código Civil únicamente cumple las funciones (i) interpretativa e (ii) integradora de los contratos. En virtud de la primera, la buena fe dirige el proceso interpretativo de los acuerdos negociales en los que se

supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos: Las razones que justifican la existencia del abuso del derecho, son las mismas que explican, a la luz de la buena fe contractual, la inequidad de las decisiones adoptadas por COMCEL.

COMCEL, entonces, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que BONNCEL le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En efecto, LA DEMANDANTE, en sus pretensiones, solicitó, de manera principal, condenar a COMCEL civilmente por los incumplimientos que le son imputables (incumplimientos que pueden provenir de cláusulas del CONTRATO o de las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual) y, subsidiariamente, le solicitó condenarla civilmente por los daños que provienen del abuso de sus derechos.

4.2. Pretensión Décima Séptima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual:

PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA:

- a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.
- b) Declarar que la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.
- c) Declarar que COMCEL, al haber excluido unilateralmente de su liquidación los tres primeros meses de causación, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA y no es subsidiaria de los literales a) y b) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.

En el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por residual:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada AL DISTRIBUIDOR, comisión que variará dependiendo si el distribuidor está calificado como centro de ventas o como centro de ventas y servicios. Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Esta comisión se

prefieren los significados normativos que más se acompasen a los mandatos de la buena fe y la equidad. Por su parte, con la fuerza integradora de la buena fe se llenan vacíos contractuales, es decir, se resuelven cuestiones que las partes no previeron expresamente en sus acuerdos negociales. Excepcionalmente, por ejemplo a través de la teoría de la imprevisión, la cláusula penal enorme, la reducción de intereses, etcétera, la buena fe inspira normas especiales que "corrigen" los acuerdos celebrados entre las partes, es decir, normas que se aplican de manera preferente sobre reglas que expresamente acordaron los contratantes, estipulaciones estas últimas que, en consecuencia, son derogadas por normas imperativas fundadas en la buena fe correctiva. Esta función de la buena fe se denomina "función correctiva"; en el ordenamiento jurídico colombiano, esta función no se estatuyó bajo una regla general y la misma, en todos los casos, solamente se halla en normas especiales.

causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantienen abierto al menos un punto de venta capaz de atender las necesidades de los abonados de la región que sirve. (...) Para los efectos del cálculo de las comisiones pagaderas al DISTRIBUIDOR los "ingresos que generen efectivamente comisión" significarán los ingresos que correspondan a COMCEL y realmente recaude e ingresen efectivamente a su patrimonio, de los siguientes cargos al Abonado: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por COMCEL y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan. La causación de comisiones, se hará dentro de los periodos mensuales que fije COMCEL, indicando el día de iniciación y de cierre de cada periodo.

Ver Anexo A. Modelo contractual extendido por COMCEL para su red de agentes distribuidores. Prueba 8 aportada con la demanda.

1. La comisión por residual, según el CONTRATO, se causaría: (i) Sobre los ingresos recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte de los "Abonados" cuya vinculación contractual con COMCEL fue gestionada por LA DEMANDANTE, y (ii) mientras LA DEMANDANTE tuviera por lo menos un punto de venta abierto capaz de atender las necesidades de los abonados en la región que le fue prefijada por COMCEL. El CONTRATO define el concepto "Abonado", así:

1.13 "Abonado" -significa una persona, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de telefonía móvil celular mediante un contrato celebrado con CELCARIBE y permanezca con ésta por un término mínimo de doce (12) meses contados desde la activación.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub lúdice.

Los ingresos recibidos por COMCEL que se tenían en cuenta para calcular la comisión por residual, según lo pactado en el numeral 2º del Anexo A, eran: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por CELCARIBE y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan.

2. COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, incumplió lo pactado en el Anexo A; veamos:

- a) En las Cartas de Comisiones que COMCEL le extendió a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, COMCEL estableció que la comisión por residual únicamente se causaría sobre los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado:

1.2 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes y paquetes mencionado en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.67% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.33% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 2.00%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

1.3 Residual y Anticipo

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

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

- b) La regla que COMCEL aplicó durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, según la cual los tres primeros meses de consumo del cliente postpago no generarían una comisión por residual, constituye una violación del CONTRATO, v. gr. un incumplimiento contractual de COMCEL. En efecto, en el Anexo A, la comisión por residual se ha debido calcular a partir de todos los consumos que realice el cliente postpago; en el Anexo A no se

estipuló la exclusión de los tres primeros meses que COMCEL, a la postre, aplicó motu proprio:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual"... Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos... que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente.

Ver Anexo A. Modelo contractual extendido por COMCEL para su red de agentes distribuidores. Prueba 8 aportada con la demanda.

3. **CONCLUSIÓN:** En el presente proceso resultó probado el literal (c) de la Pretensión Décima Séptima, motivo por el cual el H. Tribunal deberá declarar probado el consecuente literal e) de dicha Pretensión, v. gr., deberá declarar que COMCEL, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación de la comisión por residual, incumplió el CONTRATO.

4.3. Pretensión Décima Novena: Incumplimiento contractual de COMCEL: Eliminación de la comisión por permanencia pospago.

PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA: En cuanto a las comisiones por permanencia y buena venta en planes pospago y prepago, así denominadas respecto del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (Kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE. (...) **c) Declarar** que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

1. Respecto de los planes normales (todos aquellos diferentes a prepago) cuya activación gestionó LA DEMANDANTE, en el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por permanencia:

Numeral 1, inciso 3º: Sin perjuicio de la anterior regla general, se entiende y acuerda que las comisiones de planes normales (todos aquellos diferentes de prepago) podrán tener causación total o parcial, según que el abonado permanezca activado en la red dentro de los doce (12) meses siguientes al mes de activación o por un período inferior a dicho lapso, respectivamente.

Ver Anexo A. Modelo contractual extendido por COMCEL para su red de agentes distribuidores. Prueba 8 aportada con la demanda.

2. COMCEL, a través de las Cartas de Comisiones que le envió a LA DEMANDANTE, determinó, en los siguientes términos, la cuantía de la comisión por permanencia:

1.2 Bonificación por Permanencia			
Por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una permanencia de 6 meses a partir de la fecha de activación, el Distribuidor recibirá una Bonificación por Permanencia de acuerdo al siguiente rango de cargo fijo mensual del plan postpago que activó el usuario:			
CARGO FIJO MENSUAL	ANTICIPO 20%	COMISIÓN	TOTAL
Si es menor o igual a \$70.000	\$ 2.000	\$10.000	\$12.000
Si es mayor a \$70.000	\$ 5.000	\$25.000	\$30.000

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE de 2014 02 27.

3. A partir del 1º de julio de 2014, COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, eliminó la comisión por permanencia en planes pospago. Al respecto, con el DICTAMEN resultó probado lo siguiente:

C.5. COMISIÓN POR PERMANENCIA EN POSPAGO. C.5.a) ¿En qué año eliminó COMCEL la denominada comisión por permanencia (buena venta) en pospago? **RESPUESTA.** De acuerdo con la revisión a la información contable suministrada por LA DEMANDANTE, se observó que los últimos pagos por concepto de comisión (bonificación) por permanencia en pospago corresponde al mes de junio de 2014, que se evidencian en la factura No FVCOMP33694 por un monto de \$4.946.367. En la contabilidad de LA DEMANDANTE, no se evidenciaron pagos posteriores al mes de junio de 2014. Con fundamento en lo

anterior, se puede afirmar que COMCEL eliminó la denominada comisión por permanencia (buena venta) en pospago a partir del 1º de julio de 2014. En el siguiente anexo, se aportan las pruebas documentales que sustentan lo dicho anteriormente: [Anexo electrónico No. 41-C.5.a-Factura No.FB-FVCOMP33](#).

VER Prueba: Pág. 49 y ss, DICTAMEN.

4. **COMCEL, al haber eliminado la comisión por permanencia pospago, incumplió el CONTRATO:** Para sustentar lo pretendido, se prohíjan los argumentos que el Tribunal de Arbitraje de COMPAÑÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL expuso frente a los mismos hechos en el reciente Laudo del 3 de febrero de 2020, así:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial y de los incumplimientos imputables a COMCEL S.A., condenar a esta última a pagarle a la CELL NET DE OCCIDENTE S.A., las siguientes sumas de dinero: (...) 37.5.- A título de lucro cesante, la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL NOVEOCIENTOS ONCUESTA Y SEIS PESOS (\$667.470.956), que corresponde a la comisión por permanencia de planes pospago que CELL NET DE OCCIDENTE S.A. dejó de percibir.

Esta decisión, en la parte motiva del laudo, se motivó de la siguiente manera:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. PÁG. 225.

Por lo dicho, resulta evidente que COMCEL incumplió el contrato, no por la modificación de la comisión por permanencia en los planes prepago en sí mismas, para la que estaba facultada, sino por su eliminación. (...) Por tanto, el Tribunal concluye que estamos en presencia de un claro incumplimiento contractual. Debe tenerse presente que la atribución conferida no es absoluta porque lo que se pretende es hacer simples ajustes en función de las necesidades del mercado, siempre cambiante, pero sin desconocer los intereses legítimos del distribuidor o agente que en ningún caso pueden entenderse tenidos en cuenta con la eliminación de la prestación convenida. En mayor medida cuando no aparece acreditado que respecto de esta eliminación se hubiere establecido compensación alguna, así fuera con ajustes a su favor respecto de otra prestación. (...) Por consiguiente la eliminación no solo no estaba prevista en el contrato ni en los otrosíes firmados por las partes, sino que no correspondía a las expectativas naturales de CELL NET al convenir que COMCEL hiciera los ajustes necesarios a la comisión por permanencia en planes pospago y prepago para adecuarse a las realidades del mercado y soportar su competencia, y esa eliminación privaba a la Convocante por completo de una contraprestación legítima que estaba prevista de manera expresa en el contrato y sus anexos. Dadas las anteriores consideraciones el Tribunal declara... que Comcel al haber eliminado las comisiones por permanencia incumplió el contrato celebrado con CELL NET.

De manera complementaria, en el Laudo Arbitral dictado el 4 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitraje de CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL sostuvo:

CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. Págs 278 y ss

Observa el Tribunal que esta Comisión por Permanencia en Planes Postpago, dejó de ser incluida por COMCEL dentro del "Plan de Comisiones" a partir del 1º de Julio de 2014; en efecto, mediante la comunicación N° 2014-DIME01-S188096, de fecha 2 de julio de 2014233, COMCEL le manifestó a CELUTEC que "[a] continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos que COMCEL aplica a su red de Distribuidores desde 01 de Julio de 2014", listado de comisiones en la que se prescindió, sin explicación alguna, de la denominada "Bonificación por Permanencia" en planes pospago. Así, pues, esta comisión de Permanencia en Planes Pospago, dejó de ser reconocida y pagada por COMCEL a CELUTEC a partir del 1º de julio de 2014. Así las cosas, el Tribunal encuentra que le asiste la razón a la CONVOCANTE cuando solicita que se declare que "COMCEL de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia y buena venta a que tenía derecho LA CONVOCANTE" y de allí resulta evidente que la eliminación de tales comisiones redujo los ingresos de CELUTEC y constituyeron un incumplimiento contractual por parte de COMCEL, por lo cual prospera la petición de que trata la letra a) de la pretensión Vigésima Novena. No obstante, se hace la precisión en el sentido que el incumplimiento contractual por el no pago de la Comisión por Permanencia en Planes Postpago aconteció a partir del 1º de Julio de 2014;... Así las cosas, el Tribunal ... declara (a) "que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE"; (b) que tal eliminación no "significó una reducción correlativa en sus gastos operacionales". (...) Para el Tribunal es evidente que la eliminación (no modificación) de la remuneración por cuenta de estas

comisiones constituye un incumplimiento contractual y por tanto procede la pretensión c), en su primera parte, de esta pretensión Vigésima Novena

4.4. Pretensión Vigésima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Reducción de la comisión por transacción de recaudo.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA: En relación con los Centros de Pagos y Servicios (CPS), se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, desde la suscripción del CONTRATO SUB IÚDICE, mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación. **b) Declarar** que COMCEL, como consta en la circular 2017-GSDI01-S345350 de diciembre 26 de 2017, de manera unilateral e inconsulta aplicó a partir del 1º de enero de 2018 un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo la cual no vino aparejada con una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco con una reducción correlativa de sus gastos operacionales. (...) **d) Declarar** que COMCEL, al haber mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo, al haber aplicado la reducción de sus tarifas a partir de 2018 y al haberle trasladado abusivamente a LA DEMANDANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

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

1. En el año 2008, COMCEL y LA DEMANDANTE celebraron una convención con la cual se modificó la cláusula 7.8. del CONTRATO. En esta convención (CPS 2003) se pactó:

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8. del contrato de distribución deberá quedar así:

7.8.1. Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, **para actuar como Centros de Centros de Pago y Servicio**, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL ... Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL.

7.8.1.17 EL DISTRIBUIDOR se obliga a seguir las instrucciones y cumplir los procedimientos que COMCEL le señale para efectos del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente cláusula.

7.8.1.18. Las anteriores cláusulas nacen como consecuencia de haber sido ELDISTRIBUIDOR autorizado por parte de COMCEL, para actuar como Centros de Pago y Servicios.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2008, Otrosí CPS.

2. De la comisión por transacción de recaudo: En la convención CPS 2008 se pactó, de la siguiente manera, la comisión por transacción de recaudo que LA DEMANDANTE recibiría por cada operación de recaudo:

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

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2008, Otrosí CPS.

COMCEL, en ejercicio de las facultades que como predisponente de la convención CPS 2008 se otorgó a sí misma, le pagó a LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO y a título de comisión por transacción de recaudo un promedio de \$1.534 por cada transacción realizada en sus CPS; al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:

C.3.b) Durante los últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IUDICE, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta. ¿cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE? **RESPUESTA.** De acuerdo con la revisión a la información suministrada por LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE es de \$1.534 por transacción de recaudo (\$3.468.912.240÷ 2.261.883). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PERIODO	CANTIDAD DE TRANSACCIONES	VALOR FACTURADO
Enero 01 a 31 diciembre de 2015	492.310	780.100.250
Enero 01 a 31 diciembre de 2016	813.500	1.247.758.500
Enero 01 a 31 diciembre de 2017	883.558	1.334.292.250
Enero 01 a octubre 12 de 2018	72.515	106.761.240
TOTAL	2.261.883	3.468.912.240
PROMEDIO DE TRANSACCIÓN DE RECAUDO		1.534

En el siguiente anexo, se aporta el detalle y los pagos realizados por COMCEL a LA DEMANDANTE por concepto de comisión por transacción de recaudo: [Anexo electrónico No. 36-C.3.b-Facturas, pagos y libros auxiliares de contabilidad de la comisión por transacción de recaudo.](#)

VER Prueba: Pág. 42 y ss, DICTAMEN.

- Reducción de la comisión por transacción de recaudo: COMCEL, el 26 de diciembre de 2017 y a través de la siguiente circular, le informó a su red de agentes/distribuidores las nuevas tarifas que empezarían a regir a partir del 1º de enero de 2018, tarifas que representaron una reducción significativa de la remuneración por concepto de comisión por transacción de recaudo:

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

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

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

(...)

2017-GSDI01-S345350 1
 26 DE DICIEMBRE DE 2017 INFORMACION CONFIDENCIAL

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

Esta reducción impuesta unilateralmente por COMCEL se realizó con fundamento en la facultad que ella misma se otorgó como predisponente de la convención CPS 2008 para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE:

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

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2008, Otrosí CPS.

Por otra parte, el siguiente testimonio rendido en el proceso confirma que las instrucciones impartidas por COMCEL de manera unilateral en las Circulares, eran de obligatorio cumplimiento para LA DEMANDANTE:

Testimonio de Maria del Pilar Suarez – Gerente Universidad Claro COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Si su señoría, Doctora María del Pilar respecto de esos, de esas circulares y cartas de comisiones que usted refiere que se remitían desde su área, yo le pregunto en el caso de las circulares, ¿Esas circulares eran uniformes, es decir eran idénticas para SALCEDO DOMINGUEZ y para todos los demás miembros de la red?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Si, las circulares son una misma circular que aplica para todos los distribuidores.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Ok, yo le pregunto Doctora María del Pilar ¿Quién define esas políticas que constan en las circulares SALCEDO DOMINGUEZ o COMCEL?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: COMCEL.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Ok ¿Y todas las modificaciones, cambios, condiciones que, que hay allí establecidas en esas circulares son decididas de manera unilateral por COMCEL?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Pues son comunicaciones que emiten las áreas de COMCEL que requieren comunicar.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]: Ok, ahora le pregunto sobre las cartas de comisiones, entiendo que esas cartas de comisiones, usted nos dice que se remiten a cada uno de los miembros de la red, yo le pregunto ¿Esas cartas de comisiones independientemente de que se dirijan a cada uno de los miembros con nombre propio, cuando se remiten son iguales para todos los miembros de la red?	[TESTIGO MARÍA SUÁREZ]: Nosotros nos envía digamos el área de comisiones la carta a imprimir y la carta es uniforme para cada uno, simplemente va pues membreteada digamos con el nombre del distribuidor.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

4. **Incumplimiento y/o abuso imputable a COMCEL por la reducción en la comisión por transacción de recaudo:** Como resultó probado en este proceso, COMCEL estableció que la cuantía de la comisión por transacción de recaudo sería entre \$1.200 y \$2.240 por transacción, pagándole a LA DEMANDANTE un promedio de \$1.534 durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO. Posteriormente, y a partir del 1 de enero de 2018, COMCEL redujo la cuantía de dicha comisión así: Una escala de \$1.200 a \$1.600 para los meses de enero a abril de 2018, de \$950 a \$1.250 para los meses de mayo a agosto de 2018, y de \$700 a \$950 de septiembre de 2018 en adelante.

Incumplimiento del contrato por vía de las obligaciones que emanan de la buena fe contractual:
El artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En el presente proceso, entonces, resultó probado:

- LA DEMANDANTE, para poder ejecutar las operaciones de recaudo en sus CPS, tuvo que realizar inversiones y tuvo que incrementar su estructura de costos y gastos de tal manera que sus locales y servicios cumplieran con los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta nueva estructura de gastos y costos se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor de LA DEMANDANTE.

- COMCEL, como parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó la convención CPS 2008 para establecer la cuantía de la comisión por transacción de recaudo, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad, en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE, , a partir de enero de 2018 redujo de manera sustancial dicha comisión, con lo cual rompió el equilibrio económico del CONTRATO, v. gr. la equivalencia entre las obligaciones que LA DEMANDANTE debía ejecutar (para lo cual incurre en unos costos y gastos) y la remuneración a que tiene derecho (en este caso la que proviene de la comisión por transacción de recaudo).

¿Por qué las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE al reducir o eliminar las comisiones debida a la DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO? La decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Abuso del derecho imputable a COMCEL; análisis general: Si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá estimara que la comisión por transacción de recaudo que COMCEL determinó fueron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual, lo cierto es que, bajo este supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos. Las razones que explican el abuso del derecho imputable a COMCEL son las siguientes:

- COMCEL mantuvo la misma cuantía para la comisión por transacción de recaudo y no la incrementó, cuanto menos, en el mismo porcentaje en que varió el Índice de Precios al Consumidor (IPC), lo que significó que desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda, LA DEMANDANTE recibió, año tras año, una remuneración cada vez menor, con el agravante que, año tras año, COMCEL extendió en el Manual de Procedimiento CPS el número de servicios posventa que LA DEMANDANTE debía prestarle a los clientes de COMCEL (Ver Prueba No. 26 aportada con la demanda: Manual CPS): **Entre más servicios debía prestar LA DEMANDANTE, en más gastos debía incurrir.**
- A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700).
- La no actualización monetaria de la comisión por transacción de recaudo, y las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos).
- Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL;

a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores.

CONCLUSIÓN: COMCEL, al romper injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo perjuicio de LA DEMANDANTE, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

4.5. Pretensión Vigésima Segunda: Incumplimiento contractual de COMCEL: No liquidación ni pago de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE todas las comisiones, remuneraciones y descuentos generados a favor de LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE durante el último periodo contractual.

1. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que se causaban a favor de LA DEMANDANTE.

E.1.a) ¿Qué parte, si COMCEL o LA DEMANDANTE, liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL? **RESPUESTA.** De acuerdo con las verificaciones efectuadas a la información contable entregada por LA DEMANDANTE, se evidenció que antes de facturar y registrar los ingresos por comisiones, LA DEMANDANTE recibía de COMCEL, un reporte (vía correo electrónico) donde se indicaban las sumas por cada concepto que LA DEMANDANTE debía facturar. Para ilustrar esta situación, a continuación, se muestra un ejemplo del proceso: (...) Con base en lo anterior, se puede indicar que COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE, le facturó a esa sociedad.

VER Prueba: Pág. 63 y ss, DICTAMEN.

COMCEL, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO no liquidó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

2. COMCEL, asimismo, no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

ARTÍCULO 167 CGP. CARGA DE LA PRUEBA. (INCISO 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

Según resultó probado con el DICTAMEN, las comisiones que COMCEL no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.1.-COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS. C.1.a) Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no pagó a LA DEMANDANTE? **RESPUESTA.** De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por LA DEMANDANTE, se estableció que las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE, en relación con el contrato de voz alcanzó la suma de \$426.390.058, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
Comisión Kit prepago	21.678.407
Comisión Postpago	118.934.964
Comisión Reconocimiento Logístico	53.762.468
Comisión Sim Cards	18.820.806
Comisión por transacción de recaudo	213.193.413
TOTAL	426.390.058

VER Prueba: Pág. 35 y ss, DICTAMEN.

CONCLUSIÓN: El H. Tribunal Superior de Bogotá deberá declarar probada la pretensión vigésima segunda de la demanda.

4.6. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

PRIMERO: Declarar que entre Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. y Comunicación Celular S.A. existió un contrato innominado que NO era de agencia comercial con vigencia entre veintisiete (27) de junio de dos mil siete (2007) y veintidós (22) de febrero de dos mil dieciocho (2018), y que este finalizó por mutuo disenso expreso.

En el sentido de declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL.

5. GRUPO DE REPAROS relativos a la terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima tercera de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 de febrero de 2018.

5.1. Pretensión Vigésima Tercera: Terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 DE FEBRERO DE 2018.

1. **Del Preaviso de Terminación del CONTRATO: LA DEMANDANTE**, el 9 de febrero de 2018, le envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO. En este preaviso se manifestó:

Bogotá D.C., febrero 9 2018.

Doctor
CARLOS HERNÁN ZENTENO DE LOS SANTOS
Presidente de COMCEL S.A.
Bogotá D.C.

ASUNTO: Terminación de la relación jurídica patrimonial de VOZ.

CARLOS ALFREDO SALCEDO PEREZ, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Cúcuta, identificado con la cédula de ciudadanía número 19.469.515, actuando en mi condición de representante legal de la sociedad SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES S.A.S. (sigla C J ORIENTE SAS), sociedad comercial domiciliada en Bogotá D.C., identificada tributariamente con el NIT 900.025.598-5, por medio del presente escrito, y en relación con la siguiente relación jurídica patrimonial, me permito manifestar:

*Recibe
Heimer Alfonso D
9/02/18 11
6:15 pm. CS
Acto: Terminación
Contrato*

(...)

2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA PROVOCADA POR COMCEL S.A.

EL DISTRIBUIDOR decidió terminar el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. En efecto, COMCEL ha incumplido con sus obligaciones contractuales y ha ejecutado acciones abusivas que han afectado gravemente los intereses de EL DISTRIBUIDOR, tipificándose de esta manera las justas causas de terminación reguladas en los literales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, todo esto en armonía con lo dispuesto en el Artículo 1327 ibidem:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

A título enunciativo, se mencionan los siguientes incumplimientos y actos abusivos imputables a COMCEL:

(...)

Los mencionados incumplimientos y abusos imputables a COMCEL han roto el equilibrio económico del CONTRATO y han llevado a que la empresa que EL DISTRIBUIDOR organizó para ejecutar el negocio sea financieramente inviable. Como si lo anterior no fuese suficiente, COMCEL, mediante la imposición de un nuevo reglamento contractual, pretende desdibujar por completo las situaciones de hecho y de derecho que hasta este momento se han consolidado, todo esto en perjuicio de los derechos que legal y contractualmente le asisten a EL DISTRIBUIDOR como agente comercial suyo.

VER Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

2. Como se sostuvo en el preaviso de terminación del CONTRATO, las justas causas de terminación del contrato de Agencia Comercial por parte de LA DEMANDANTE están consagradas en el numeral 2º del ART. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;.

Tal y como lo establece el Art. 1325 del CCO, el agente puede terminar el contrato de agencia comercial por justa causa, (i) o en caso de incumplimientos del empresario agenciado (Numeral 2º, literal a)), o (ii) en caso de que las decisiones tomadas por el empresario agenciado, sin ser incumplimientos contractuales, afecten gravemente sus intereses (Numeral 2º, literal b)).

3. Al respecto, en el presente proceso resultó probado que:
- COMCEL excluyó los tres primeros meses de causación de la comisión por residual y eliminó la comisión por permanencia pospago.
 - COMCEL, una vez recibió el preaviso de terminación del CONTRATO, en lugar de solventar los abusos e incumplimientos que LA DEMANDANTE le reclamó y continuar así con la recta ejecución del CONTRATO, decidió, en un acto soberbio y vengativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato.
 - COMCEL redujo prácticamente a la mitad la denominada comisión por transacción de recaudo. Al respecto, se reitera lo dicho cuando se analizó el incumplimiento o el abuso que se le imputa a COMCEL en relación con esta comisión: COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, mantuvo la misma cuantía para la comisión por transacción de recaudo y no la incrementó, cuanto menos, en el mismo porcentaje en que

varió el Índice de Precios al Consumidor (IPC), lo que significó que desde el punto de vista del poder adquisitivo de la moneda, LA DEMANDANTE recibió, año tras año, una remuneración cada vez menor, con el agravante que, año tras año, COMCEL incrementó en el Manual de Procedimiento CPS el número de servicios posventa que LA DEMANDANTE debía prestarle a los clientes de COMCEL (Ver Prueba No. 26 aportada con la demanda: Manual CPS): Entre más servicios debía prestar LA DEMANDANTE, en más gastos debía incurrir. A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión, incluso, se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700). La no actualización monetaria de la comisión por transacción de recaudo, y las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos). Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL y sus accionistas), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores. COMCEL, entonces, rompió injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo y correlativo perjuicio de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: Los cambios unilaterales impuestos por COMCEL en la remuneración de LA DEMANDANTE, afectaron gravemente los intereses de la DEMANDANTE, afectación que, en voces del literal b) del numeral 2º del Art. 1325 CCO, legitimaron a LA DEMANDANTE a dar por terminado el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. El H. Tribunal Superior de Bogotá, entonces, deberá declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL.

6. GRUPO DE REPAROS relativos a la indemnización especial del inciso 2º y ss del art. 1324 CCO y a la responsabilidad civil de COMCEL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar la prosperidad de la pretensión Vigésima Cuarta de la Demanda reformada y en consecuencia declarar que: COMCEL es (i) responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO y (ii) civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables y, en consecuencia, con fundamento en la pretensión Vigésimo Quinta de la Demanda reformada:

a) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, la suma de \$1.985.109.145 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 30 a 34).

b) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, comisiones que COMCEL no liquidó ni pagó, la suma de \$426.390.058 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, página 35).

c) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por residual que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de \$897.148.870 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 36 a 38).

d) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por "permanencia pospago" que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de \$1.580.551.430 (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 49 a 52).

6.1. Pretensión Vigésima Cuarta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL.

En la Pretensión Vigésima Tercera de la demanda reformada, LA DEMANDANTE solicitó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 DE FEBRERO DE 2018.

Como consecuencia de la Pretensión Vigésima Tercera y de lo que resultó probado en el proceso en el presente caso se debe acceder a los solicitado en la Pretensión Vigésima Cuarta que reza:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: **a) COMCEL** es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO. **b) COMCEL** es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

Veamos:

1. En los numerales 4 y 5 del presente memorial de sustentación, se identificaron los abusos e incumplimientos imputables a COMCEL que provocaron la terminación del CONTRATO por configurar las justas causas de terminación que regulan los numerales (2 a) y (2 b) del Art. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

Indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO: Porque el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, ésta deberá pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial prevista a partir del inciso 2º del Art. 1324 CCO; así lo ordena el Art. 1327 CCO:

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

2. **Responsabilidad por Abuso del Derecho:** Los Arts. 95 CP y 830 CCO establecen:

ARTICULO 95 CP: (...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En la responsabilidad por abuso del derecho el título de imputación no es la culpa, ni el dolo, ni uno de naturaleza objetiva; el título de imputación es el abuso de un derecho. Habrá abuso del derecho cuando se excede el interés jurídicamente reconocido en el derecho, sin importar si el titular obró con o sin culpa, con o sin dolo. Los derechos subjetivos tienen un núcleo esencial sin el cual no existirían; el interés jurídicamente tutelado en un derecho subjetivo encuentra en su núcleo el interés disponible por excelencia y a medida que el ejercicio del derecho por parte de su titular se va alejando de dicho núcleo, se va encontrando con otros derechos subjetivos cuyos titulares son terceras personas; entonces, a medida que el ejercicio de un derecho se aleja de su núcleo esencial y se enfrenta a derechos de terceros, aquel se va relativizando. Habrá abuso del derecho cuando en una relación intersubjetiva en concreto, el titular de un derecho, excediendo el interés jurídicamente tutelado por su derecho para dicha situación en particular, afecta el núcleo esencial del derecho de un tercero y, por esta vía, le causa un perjuicio.

En materia contractual (derechos contractuales) los casos de abuso del derecho suceden, principalmente, cuando una de las partes ostenta una posición de dominio contractual (circunstancia que en sí misma no es reprochable); una parte tendrá posición de dominio contractual cuando tiene el poder de extender el reglamento contractual y agregar, modificar o suprimir cláusulas durante su ejecución. En estos casos, habrá abuso del derecho cuando en ejercicio de su posición de dominio contractual, una de las partes le impone a la otra reglas contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien ostenta el poder contractual y, por esta vía, se le causan daños antijurídicos a la parte débil de vínculo negocial, surgiendo así una responsabilidad civil por abuso del derecho.

3. **Responsabilidad civil de COMCEL:** A partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL, con fundamento en los Arts. 1608 CC y 94 CGP, quedó constituida en mora y, a partir de los incumplimientos y abusos que le son imputables (Ver numerales 4º y 5º del presente memorial), está obligada a indemnizar los perjuicios que LA DEMANDANTE sufrió y que son consecuencia directa y previsible de dichos incumplimientos y abusos del derecho:

ARTÍCULO 1613 CC: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

ARTÍCULO 870 CCO: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Pretensión Vigésima Quinta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, correspondientes a las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación:

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

6.2. Pretensión Vigésima Quinta. Literal a). Indemnización especial del Art. 1324 CCO:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

Frente a la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 31 y 32: "En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización "equitativa" y "retributiva". (...) Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, **sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios**, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra."

Sentencia de junio 22 de 2011. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 11001-3103-010-2000-00155-01. Páginas 28 y 51: "Conforme a lo dicho, los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las

ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular, efectuadas durante el lapso determinado en la norma; pero no sucede lo mismo con la ruptura anticipada o terminación abrupta del convenio, a instancia de una de las partes y sin razones valederas para ello, pues, si a dicha decisión le precede una causa injusta, se abona el camino para la prestación prevista en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, esa sí una verdadera indemnización pues resulta de imputar la causa de la ruptura al abuso de una de las partes. Por lo demás, el empresario podría pedir una indemnización, jamás cesantía, mientras que el Agente puede pedir ambas."

A partir de los incisos 2º y 3º del Art. 1324 CCO y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se pueden extraer las siguientes reglas: La indemnización especial del Art. 1324 CCO se causa en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: (i) Cuando el empresario agenciado (COMCEL) revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada. (ii) Cuando el agente comercial (LA DEMANDANTE) de por terminado el contrato por justa causa **I M P U T A B L E** al empresario agenciado. (iii) Cuando el agente comercial de por terminado el contrato por justa causa **P R O V O C A D A** por el empresario agenciado (Art. 1327 CCO). (iv) El agente comercial (LA DEMANDANTE) puede reclamar la indemnización especial del Art. 1324 CCO juntamente con la Prestación Mercantil y con los demás perjuicios complementarios (daños emergentes y lucros cesantes).

La indemnización especial del Art. 1324 CCO es una indemnización "equitativa" con la cual se le retribuyen al agente comercial los esfuerzos que realizó para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Para establecer el quantum de la indemnización especial del Art. 1324 CCO, la norma, originalmente, delegaba en un perito su tasación; veamos:

ARTICULO 1324 CCO: (INCISO 2º y ss) Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-990 de 2006, declaró inexecutable el respectivo aparte:

El Legislador reguló el tema de la terminación del contrato de agencia y sus efectos en dicha hipótesis de controversia y de actuación ante la jurisdicción de manera tal que asignó a los peritos una función que ellos de acuerdo con la Constitución (art 116 C.P.) no pueden cumplir. Con lo que desplazó además la función del juez y limitó su labor a un simple role de verificación de lo ya decidido por los peritos. En efecto en el segundo inciso del artículo 1324 el Legislador señaló imperativamente que la indemnización equitativa debida en esas circunstancias será "fijada por peritos". Empero es claro que al aludirse a una indemnización y además a una indemnización equitativa el Legislador no podía atribuir a los peritos la posibilidad de fijar dicha indemnización pues como se señaló en los apartes preliminares de esta sentencia los peritos en ningún caso pueden ser investidos de la función de administrar justicia. Es que en el presente caso se trata, como lo afirma el actor, de la determinación de una indemnización como consecuencia de la verificación de un daño o perjuicio antijurídico, así como de la existencia o no de justa causa comprobada para la terminación del contrato, por lo que la posibilidad de establecer el derecho a dicha indemnización y además su carácter equitativo son aspectos que solo quien está investido de la potestad de administrar justicia puede hacer. Si a ello se suma que el Legislador en este caso señaló que debería tratarse de una indemnización equitativa, es claro que introdujo un elemento que como la equidad está por fuera de las reglas de valoración puramente objetiva y que solo corresponde establecer a los jueces.

En el caso sub iúdice, el DICTAMEN aportado por LA DEMANDANTE se ajustó a los dictados de la H. Corte Constitucional en tanto el perito se abstuvo de cuantificar la indemnización especial del Art.

1324 CCO reclamada por la convocante. En el DICTAMEN, en cambio, el perito constató los criterios que la propia norma extendió para que sea el H. Tribunal Superior de Bogotá quien, administrando justicia, determine el quantum equitativo. Estos criterios se hallan el inciso 3º del Art. 1324 CCO, así:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 3º) Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Con el DICTAMEN y el siguiente testimonio, en efecto, resultaron probados los siguientes hechos, los cuales dan cuenta de la extensión, importancia y volumen de los negocios que LA DEMANDANTE adelantó en desarrollo del CONTRATO:

Testimonio de HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA– Coordinador Regional de COMCEL

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS]: OK. Desde el punto de vista para terminar de redondear esa respuesta que usted nos da sé que todos son importantes, pero desde el punto de vista de tamaño de número de puntos de venta, de número de ventas, es decir cuantitativamente ¿CJ ORIENTE era de los dos o tres más importantes miembros de la red en esa zona del Norte de Santander?

[TESTIGO HERMES ALFONSO DUARTE MENDOZA]: Si, si, si señor era muy representativo.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

DICTAMEN

B. INDEMNIZACIÓN ESPECIAL DEL INCISO 2º DEL ART. 1324 CCO. Con el fin de otorgarle elementos objetivos de juicio que le permitan al Juez del contrato establecer la indemnización especial y en equidad que se regula a partir del inciso 2º del artículo 1324 CCO, se pregunta:

B.1. EXTENSIÓN, IMPORTANCIA Y VOLUMEN DE LOS NEGOCIOS QUE LA DEMANDANTE ADELANTÓ EN DESARROLLO DEL CONTRATO.

B.1.b. ¿En qué puntos (locales comerciales) comercializó LA DEMANDANTE los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL? Se le solicita al perito indicar la ciudad y dirección de estos. **RESPUESTA.** De acuerdo con los certificados de registro mercantil entregados por LA DEMANDANTE, los puntos donde LA DEMANDANTE comercializó los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL son los siguientes:

MUNICIPIO	ESTABLECIMIENTOS	DIRECCION
BOGOTÁ	SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SAS	CRA 78B No 39A 49 SUR BRR KENNEDY
BOGOTÁ	STAND CJ ORIENTE CENTRO SUBA	BOGOTA STAND SUBA: AV 145 No 91-19 Centro Cial Centro Suba
SOACHA	CJ ORIENTE SOACHA	Cr 7 No 32-35 Lc 246 Centro Comercial Mercurio -Soacha
CUCUTÁ	CJ ORIENTE OFICINA CENTRO CUCUTA	CUCUTA: calle 10 No 3-11 LOCAL 7
CUCUTÁ	CJ ORIENTE VIVERO ÉXITO	Local 1 Throx Éxito
CUCUTÁ	CJ ORIENTE LA OCTAVA CENTRO COMERCIAL EL PALACIO	Cil 9 No 4-22 Lc 39 CC El Palacio Brr el Centro
VILLA DEL ROSARIO	CJ ORIENTE - VILLA DEL ROSARIO	Cr 7 No 5-49 Brr El Centro
LOS PATIOS	CJ ORIENTE LOS PATIOS	Cil 26 No 8 69 Brr Patios Centro
PAMPLONA	CPSCJ ORIENTE PAMPLONA	Cr 6 No 6 21
PAMPLONA	CJ ORIENTE PAMPLONA	Cr 6 No 5-03
TIBÚ	CJ ORIENTE TIBU	Cl 6 No 5-22 Brr El Carmen
OCAÑA	CJ ORIENTE AGENCIA OCAÑA	Calle 10 No 14-98 Local 2 Brr El Centro
ABREGO	CJ ORIENTE ABREGO	Cr 7 No 13-92 Centro
BUCARAMANGA	CJ ORIENTE - BUCARAMANGA	BUCARAMANGA Calle 22 No 22 04 Barrio Alarcon - San Francisco
SABANA DE TORRES	CJ ORIENTE SABANA DE TORRES	Calle 14 No 11-09
IBAGUÉ	CJ ORIENTE- IBAGUE CALLE 13	Calle 12 No 3-65 Brr El Centro
IBAGUÉ	CJ ORIENTE- IBAGUE	Cr 5 CL 20-89 Lc 3 Ed El imperio Brr El Carmen
ORTEGA	CJ ORIENTE ORTEGA TOLIMA	Cl 5 No 6-49 Brr Centro
YOPAL	CJ ORIENTE YOPAL UNICENTRO	Cr 29 No 14-47 local 2-29
YOPAL	C.J. ORIENTE AGENCIA YOPAL	Calle 40 Bis 6-56 / 6-58 Piso 1 Brr Maranatha
AGUAZUL	CJ ORIENTE AGENCIA AGUAZUL	AGUAZUL: Cil 9 No 17-49 Centro
CUCUTÁ	C.J. ORIENTE OFICINA MONTERREY	Cra 7 No 17-76 Brr Centro
SARAVENA	CJ ORIENTE AGENCIA SARAVENA	Cra 14 No 24-19 Brr Centro
MORICHAL	CJ ORIENTE MORICHAL	Cra 24 No 28-72 Local 308 Yopal
BARRANCABERMEJA	CJ ORIENTE BARRANCABERMEJA	Calle 52 No 18-60 1 Piso
BUCARAMANGA	CJ ORIENTE - CABECERA	Cr 35A No 48-96 Barrio Cabecera del Llano

En el siguiente anexo, se adjuntan los documentos escaneados: [Anexo electrónico No. 24 -B.1.b-Certificados de registro mercantil.](#)

B.1. EXTENSIÓN, IMPORTANCIA Y VOLUMEN DE LOS NEGOCIOS QUE LA DEMANDANTE ADELANTÓ EN DESARROLLO DEL CONTRATO. B.1.a) Volumen de los negocios: Para el periodo comprendido entre el 1º de enero de 2012 y la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, se pregunta:

B.1.a.(i) ¿Cuántos Kits Prepago legalizó LA DEMANDANTE? **RESPUESTA.** De acuerdo con la información suministrada por LA DEMANDANTE, entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (fecha de terminación del contrato), se legalizaron 283.556 kits prepago. En el siguiente cuadro se muestra el detalle. (...) En el anexo siguiente, se presenta el detalle de las legalizaciones de kits prepago para cada uno de los periodos: [Anexo electrónico No. 20-B.1.a. \(i\)-Cantidad Kits Prepago-legalizados 2012 al 2018.](#)

B.1.a.(ii) ¿Cuántos Planes Pospago activó LA DEMANDANTE? **RESPUESTA.** Con fundamento en la información suministrada por LA DEMANDANTE, se observaron 1.085.560 planes pospagos activados entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (terminación del contrato). En el siguiente cuadro presentan los valores por años. (...) En el anexo siguiente, se presenta el detalle de activaciones de los planes pospago para cada uno de los periodos: [Anexo electrónico No. 21-B.1.a.\(ii\)-Cantidad de Planes pospago activados.](#)

B.1.a.(iii) ¿ Cuántos Planes Sim Cards (wb) legalizó LA DEMANDANTE? Según la información entregada por LA DEMANDANTE, los planes Sim Cards legalizados entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018 (terminación del contrato) son 339.847. En el siguiente cuadro se muestran las cantidades por cada año: (...) En el anexo siguiente, se presenta el detalle de activaciones de los planes pospago para cada uno de los periodos: [Anexo electrónico No. 22-B.1.a.\(iii\)- Sim cards legalizadas.](#)

B.1.a.(iv) ¿ Cuántas transacciones de recaudo hizo LA DEMANDANTE en sus Centros de Pagos y Servicios (CPS)? De acuerdo con las evaluaciones efectuadas a la información entregada por LA DEMANDANTE, las transacciones de recaudo entre enero 1° de 2015 y febrero 22 de 2018 (terminación del contrato) son 2.261.883. En el siguiente cuadro se muestran las cantidades por cada año: (...) En el anexo siguiente, se presenta el detalle de activaciones de los planes pospago para cada uno de los periodos: [Anexo electrónico No. 23-B.1.a.\(iv\)-Recaudos realizados en las Centros de Pago y Servicios.](#)

VER Prueba: Pág. 30 y ss, DICTAMEN.

LA DEMANDANTE, entre enero 1 de 2012 y marzo 2 de 2018, gestionó la activación de 1.708.963 líneas celulares (pospago y prepago) y realizó 2.261.883 operaciones de recaudo en sus CPS. Dentro de estos lindes, nada resulta ser más equitativo que restituirle a LA DEMANDANTE el dinero que de su propio patrimonio ella misma invirtió en actividades mercadotécnicas con las cuales se promovieron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL, v. gr. los productos y servicios de COMCEL.

Estos dineros así invertidos representan el principal esfuerzo que LA DEMANDANTE realizó para acreditar los servicios de COMCEL, esfuerzo que además es susceptible de ser cuantificado:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 2º) (...) una indemnización equitativa, ..., como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato.

Según resultó probado con el DICTAMEN, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió \$1.985.109.145 en actividades mercadotécnicas que COMCEL verificó y aprobó, actividades con las cuales se promocionaron las marcas “Comcel” y “Claro” y se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de COMCEL:

B.2.-COMISIONES POR PLANCOOP. Según el Anexo C de la relación jurídica patrimonial sub iúdice, COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE el 50% de los gastos incurridos en actividades de promoción efectivamente realizadas. A propósito de esta disposición contractual, se pregunta. B.2.a) A partir del año 2012, ¿cuánto dinero le pagó COMCEL a LA DEMANDANTE a título de comisión por Plan Coop? **RESPUESTA.** Para dar respuesta a esta pregunta se efectuó una revisión exhaustiva de 5.325 facturas y se cruzaron con los libros de contabilidad suministrados por LA DEMANDANTE; los ingresos a título de comisión por Plan Coop, en el periodo comprendido entre enero 1° de 2012 y febrero 22 de 2018, son de \$1.985.109.145. En el siguiente cuadro se presenta el resumen por periodo. (...) En el siguiente anexo, se aportan 5.325 facturas y libros auxiliares de contabilidad de LA DEMANDANTE que soportan las cifras anteriores: [Anexo electrónico No. 25-B.2.a-Facturas y libros de contabilidad Plan Coop.](#)

B.2.b) ¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió LA DEMANDANTE en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última? **RESPUESTA.** Siguiendo la metodología propuesta, sí COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE la suma de \$1.985.109.145 por concepto de comisión Plan Coop, es porque LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de \$3.970.218.290 (\$1.985.109.145 x 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por COMCEL. La metodología propuesta en la

pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4° del Anexo C del contrato(Anexo electrónico No. 6), así: (...).

VER Prueba: Pág. 33 y ss, DICTAMEN.

Teniendo en cuenta (i) que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, (ii) que con su terminación LA DEMANDANTE perdió su fuente de ingresos operacionales, (iii) que con su terminación LA DEMANDANTE clausuró la empresa que organizó exclusivamente para ejecutarlo y (iv) que COMCEL continúa lucrándose de los ingresos provenientes de los clientes que LA DEMANDANTE vinculó a los Servicios de Telefonía Móvil Celular que la primera presta, nada resulta más equitativo que COMCEL le restituya a LA DEMANDANTE, a título de la indemnización especial del inciso 2° del Art. 1324 CCO, los \$1.985.109.145 con los cuales se retribuyen los esfuerzos de LA DEMANDANTE hizo para acreditar la marca y los servicios objeto del CONTRATO.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por la indemnización especial y en equidad que según el inciso 2° y ss del Art. 1324 CCO aquella le debe pagar a LA DEMANDANTE; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$1.985.109.145

6.3 Pretensión Vigésima Quinta. Literal b). Comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, incluidas las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.1.-COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS. C.1.a) Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no pagó a LA DEMANDANTE? **RESPUESTA.** De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por LA DEMANDANTE, se estableció que las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE, en relación con el contrato de voz alcanzó la suma de \$426.390.058, en el siguiente cuadro se presentan los conceptos y valores:

CONCEPTO	MONTO
Comisión Kit prepago	21.678.407
Comisión Postpago	118.934.964
Comisión Reconocimiento Logístico	53.762.468
Comisión Sim Cards	18.820.806
Comisión por transacción de recaudo	213.193.413
TOTAL	426.390.058

VER Prueba: Pág. 35 y ss, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$426.390.058

6.4 Pretensión Vigésima Quinta. Literal c). Comisiones por residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.2.COMISIÓN POR RESIDUAL: (...) EXCLUSIÓN DE LOS TRES PRIMEROS MESES.

C.2.a) Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, si COMCEL le hubiera pagado a LA DEMANDANTE la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, ¿cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir? **RESPUESTA.** Para establecer la cuantía de la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, que LA DEMANDANTE dejó de percibir, se consideran los siguientes supuestos (variables):

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Periodo:	5 años
Fecha inicial:	Febrero 23 de 2013
Fecha final:	Febrero 22 de 2018
Fuente de la información:	Ingresos por comisión residual de LA DEMANDANTE
Periodo pagado:	9 meses = 75%
Periodo por pagar:	3 meses = 25%

De acuerdo con las evaluaciones realizadas a 115 facturas y a los registros contables de LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años recibió la suma de \$2.691.446.612. En el siguiente cuadro se muestran las sumas contables recibidas en cada periodo:

AÑO	VALOR ANUAL
Febrero 23 a diciembre 31 de 2013	404.547.635
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	484.223.785
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	665.765.226
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	583.009.858
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	512.435.392
Enero 1 a febrero 22 de 2018	41.464.716
TOTAL	2.691.446.612

En el siguiente anexo se adjuntan 115 facturas y los registros contables que sustentan las cifras anteriores: [Anexo electrónico No. 31-C.2.a-Facturas y registros contables de la comisión residual.](#)

Teniendo en cuenta que la pregunta menciona que LA DEMANDANTE dejó de percibir tres meses de comisión residual, es decir un 25%, lo anterior significa que los \$2.691.446.612 presentados en el cuadro anterior, representan el 75%. Para calcular el 100% que habría recibido LA DEMANDANTE, se realiza la siguiente operación matemática (...) En el siguiente cuadro se muestra el cálculo para cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)
Febrero 23 a diciembre 31 de 2013	539.396.847
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	645.631.713
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	887.686.968
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	777.346.477
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	683.247.189
Enero 1 a febrero 22 de 2018	55.286.288
TOTAL	3.588.595.482

¿Cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir? Para establecer la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir, se calcula la diferencia entre el monto que habría recibido y el monto recibido según la contabilidad. El resultado de esta operación es de \$897.148.870 (\$3.588.595.482 - \$ 2.691.446.612). En el siguiente cuadro se muestran las diferencias en cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)	MONTO SEGÚN CONTABILIDAD (75%)	DIFERENCIA (25%)
Febrero 23 a diciembre 31 de 2013	539.396.847	404.547.635	134.849.212
Enero 1 a diciembre 31 de 2014	645.631.713	484.223.785	161.407.928
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	887.686.968	665.765.226	221.921.742
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	777.346.477	583.009.858	194.336.619
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	683.247.189	512.435.392	170.811.797
Enero 1 a febrero 22 de 2018	55.286.288	41.464.716	13.821.572
TOTAL	3.588.595.482	2.691.446.612	897.148.870

VER Prueba: Pág. 36 y ss, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$897.148.870

6.5. Pretensión Vigésima Quinta. Literal f). Eliminación de la comisión por permanencia pospago:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.5.-COMISIÓN POR PERMANENCIA EN POSPAGO.

C.5.a) ¿En qué año eliminó COMCEL la denominada comisión por permanencia (buena venta) en pospago?
RESPUESTA. De acuerdo con la revisión a la información contable suministrada por LA DEMANDANTE, se observó que los últimos pagos por concepto de comisión (bonificación) por permanencia en pospago corresponde al mes de junio de 2014, que se evidencian en la factura No FVCOMP33694 por un monto de \$4.946.367. En la contabilidad de LA DEMANDANTE, no se evidenciaron pagos posteriores al mes de junio de 2014. Con fundamento en lo anterior, se puede afirmar que COMCEL eliminó la denominada comisión por permanencia

(buena venta) en pospago a partir del 1° de julio de 2014. En el siguiente anexo, se aportan las pruebas documentales que sustentan lo dicho anteriormente. [Anexo electrónico No. 41-C.5.a-Factura No.FB-FVCOMP33694](#)

C.5.b) Si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, ¿cuánto habría devengado LA DEMANDANTE por dicho concepto desde la fecha de su eliminación y hasta la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE?
RESPUESTA. (...) En el anexo siguiente, se muestran los libros auxiliares de contabilidad y cálculos anteriores: [Anexo electrónico No. 42-C.5.b-Facturas, libro auxiliar de contabilidad y cálculo de la comisión por permanencia en pospago](#). Con fundamento en lo anterior, se puede indicar que, si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, LA DEMANDANTE habría devengado por dicho concepto desde la fecha de su eliminación (julio 1 de 2014) y hasta la fecha de terminación del contrato (febrero 22 de 2018), la suma de \$1.580.551.430.

VER Prueba: Pág. 54 y ss, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$1.580.551.430

6.6. Pretensión Vigésima Sexta: Intereses Moratorios sobre las indemnizaciones reclamadas.

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1. Las condenas a que se refieren los literales b), c) y f) de la Pretensión Vigésima Quinta provienen de obligaciones mercantiles de carácter dinerario: En efecto, las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó, las comisiones por residual que COMCEL no liquidó ni pagó por haber excluido los tres primeros de causación y las comisiones por permanencia pospago que COMCEL no liquidó ni tampoco pagó a partir del 1° de julio de 2014 y hasta la terminación del CONTRATO, son todas ellas obligaciones mercantiles por cuanto las mismas tuvieron por fuente un contrato de Agencia Comercial, contrato que está nominado y regulado en el estatuto mercantil; estas comisiones son, asimismo, obligaciones dinerarias.
2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales b), c) y d) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, establece:

ARTICULO 65 de la LEY 45 DE 1990: Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella.

A propósito del Art. 65 de la Ley 45 de 1990, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA SALA DE CASACION CIVIL, MAGISTRADO PONENTE: DR. JOSÉ FERNANDO RAMÍREZ GÓMEZ, BOGOTÁ, D.C., VEINTICUATRO (24) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL UNO (2001), REFERENCIA: EXPEDIENTE NO. 5876: De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-,

que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal.

3. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refiere el literal k) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 1615 CC, establece:

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

4. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora?: Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil desde el momento en que se le notificó el Auto Admisorio de la demanda: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

ARTICULO 94 CGP: INTERRUPTIÓN DE LA PRESCRIPCIÓN, INOPERANCIA DE LA CADUCIDAD Y CONSTITUCIÓN EN MORA. (Inciso 2º) La notificación del auto admisorio de la demanda... produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin... Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación.

COMCEL, con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP, quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 22 de agosto de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

2019-08-22	Diligencia de notificación personal (acta)	SE NOTIFICA LA PASIVA A TRAVES DE APODERADO-ACG			2019-08-22
2019-07-16	Fijacion estado	Actuación registrada el 16/07/2019 a las 15:54:05.	2019-07-17	2019-07-17	2019-07-16
2019-07-16	Auto admite demanda	admite.			2019-07-16

(Expediente del presente proceso: El auto admisorio de la demanda se le notificó personalmente a COMCEL el 22 de agosto de 2019)

5. Cuantificación de los intereses moratorios: El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEXTO: NEGAR la totalidad de las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. por no haberse probado los elementos axiológicos de las mismas.

Y, en su lugar, deberá Vigésima Sexta de la demanda reformada:

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

Únicamente a título informativo, a continuación se establecen los intereses moratorios que se han causado desde el 22 de agosto de 2019, fecha en la cual COMCEL quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda, y el 31 de octubre de 2021, fecha que corresponde al último periodo de interés moratorio certificado por la Superfinanciera que se tiene al momento de radicar la presente sustentación.

CAPITAL DEBIDO: (i) Comisiones causadas y no pagadas durante la última etapa contractual (literal b de la Pretensión 25ª): **\$426.390.058**. (ii) Comisión por Residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación (literal c de la Pretensión 25ª): **\$897.148.870**. (iii) Comisión por Permanencia en Pospago: Eliminación (literal f de la Pretensión 25ª): **\$1.580.551.430**.

TOTAL CAPITAL DEBIDO: \$2.904.090.358.

Periodo		Interés Bancario Corriente	Interés Moratorio 1,5 Bancario Corriente	Interes Nominal Periódico	Capital	Intereses
Inicio	Final					
AGO. 23 a 31 2019		19.32%	28.98%	0.0697%	\$2,904,090,358	\$18,217,359
SEPTIEMBRE 2019		19.32%	28.98%	2.1434%	\$2,904,090,358	\$62,246,273
OCTUBRE 2019		19.10%	28.65%	2.1216%	\$2,904,090,358	\$61,613,181
NOVIEMBRE 2019		19.03%	28.55%	2.1150%	\$2,904,090,358	\$61,421,511
DICIEMBRE 2019		18.91%	28.37%	2.1030%	\$2,904,090,358	\$61,073,020
ENERO 2020		18.77%	28.16%	2.0891%	\$2,904,090,358	\$60,669,352
FEBRERO 2020		19.06%	28.59%	2.1176%	\$2,904,090,358	\$61,497,017
MARZO 2020		18.95%	28.43%	2.1070%	\$2,904,090,358	\$61,189,184
ABRIL 2020		18.69%	28.04%	2.0811%	\$2,904,090,358	\$60,437,024
MAYO 2020		18.19%	27.29%	2.0312%	\$2,904,090,358	\$58,987,883
JUNIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$2,904,090,358	\$58,772,981
JULIO 2020		18.12%	27.18%	2.0238%	\$2,904,090,358	\$58,772,981
AGOSTO 2020		18.29%	27.44%	2.0412%	\$2,904,090,358	\$59,278,292
SEPTIEMBRE 2020		18.35%	27.53%	2.0472%	\$2,904,090,358	\$59,452,538
OCTUBRE 2020		18.09%	27.14%	2.0211%	\$2,904,090,358	\$58,694,570
NOVIEMBRE 2020		17.84%	26.76%	1.9957%	\$2,904,090,358	\$57,956,931
DICIEMBRE 2020		17.46%	26.19%	1.9574%	\$2,904,090,358	\$56,844,665
ENERO 2021		17.32%	25.98%	1.9432%	\$2,904,090,358	\$56,432,284
FEBRERO 2021		17.54%	26.31%	1.9655%	\$2,904,090,358	\$57,079,896
MARZO 2021		17.41%	26.12%	1.9527%	\$2,904,090,358	\$56,708,172
ABRIL 2021		17.31%	25.97%	1.9426%	\$2,904,090,358	\$56,414,859
MAYO 2021		17.22%	25.83%	1.9331%	\$2,904,090,358	\$56,138,971
JUNIO 2021		17.21%	25.82%	1.9320%	\$2,904,090,358	\$56,107,026
JULIO 2021		17.18%	25.77%	1.9291%	\$2,904,090,358	\$56,022,807
AGOSTO 2021		17.24%	25.86%	1.9352%	\$2,904,090,358	\$56,199,957
SEPTIEMBRE 2021		17.19%	25.79%	1.9304%	\$2,904,090,358	\$56,060,560
OCTUBRE 2021		17.08%	25.62%	1.9189%	\$2,904,090,358	\$55,726,590
TOTAL A PAGAR						\$1,540,015,884

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiéndolo a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil

6.7. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEXTO: NEGAR la totalidad de las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda de Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. por no haberse probado los elementos axiológicos de las mismas.

Y en su lugar, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero:

1. Comisiones causadas y no pagadas durante la última etapa contractual (literal b de la Pretensión 25ª): \$426.390.058.
2. Comisión por Residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación (literal c de la Pretensión 25ª): \$897.148.870.
3. Comisión por Permanencia en Pospago: Eliminación (literal f de la Pretensión 25ª): \$1.580.551.430.
4. Intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas de dinero, así: (i) La suma de \$1.540.015.884 que corresponde a los intereses causados entre el 23 de agosto de 2018 y el 31 de octubre de 2021. (ii) La suma que el H. Tribunal Superior calcule y que corresponde a los intereses causados entre el 1º de noviembre de 2021 y la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia. (iii) Se le debe advertir a COMCEL que estos intereses se continuarán causando en adelante hasta tanto no se paguen las referidas comisiones.

7. GRUPO DE REPAROS relativos a las actas de conciliación de cuentas que las partes suscribieron con fundamento en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO.

Se solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima séptima de la demanda reformada y, en consecuencia, DECLARAR: (i) Que las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. (ii) Que las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”. (iii) Que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.

7.1. Pretensión Vigésima Séptima: Pretensión relativa a las denominadas “actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita: **a) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 de 2001. **b) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. **c) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”. **d) DECLARAR** que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: Si se considera que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de transacción, se solicita en subsidio lo referido en los siguientes literales (i) y (ii): (i) DECLARAR que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y por legalizaciones de Kits Prepago. (ii) DECLARAR, en consecuencia, que todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción”.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: En caso de que se niegue prosperidad a la anterior pretensión denominada PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEXTA LITERAL D, en subsidio se solicita DECLARAR, con fundamento en el artículo 2475 del C.C. y en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabonga, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, era renunciable únicamente desde la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, de tal manera que no resultan

válidas aquellas transacciones celebradas entre las Partes antes de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE que hubiesen tenido por objeto la Prestación Mercantil.

1. Las Actas incorporaron una conciliación de cuentas de origen contractual; ninguna de ellas se suscribió como un acto espontáneo para transar una controversia litigiosa que hubiese existido entre las partes durante la ejecución del CONTRATO. Las Actas que COMCEL extendió y que denominó “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” fueron, en realidad, Actas de Conciliación de Cuentas cuya fuente y origen negocial proviene de la cláusula 30 del CONTRATO:

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...

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. Contrato Sub Iúdice.

En el testimonio que rindió en el presente proceso Evelio Arévalo, y en el testimonio suyo que se trasladó del proceso arbitral de Celutec Vs Comcel, se confirma que las “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” fueron, en realidad, Actas de Conciliación de Cuentas cuya fuente y origen negocial proviene de la cláusula 30 del CONTRATO:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL

[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANTES SA]; doctor Evelio, en el mismo contrato, en la CLÁUSULA 30, en la CLÁUSULA 30, INCISO SEGUNDO se dice lo siguiente: “Cláusula 30 página 28 segundo inciso, durante la vigencia de este contrato, cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas, en la que 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,” le preguntó doctor Evelio.

En este proceso tanto en la reforma la demanda como en la contestación de la demanda se aportaron unos documentos denominados “actas de transacción, conciliación y compensación”.

Yo le preguntó doctor Evelio, esos documentos suscritos por las partes, aportados al proceso denominados de esa forma ¿corresponden con estas actas a las que se está haciendo referencia en esta CLÁUSULA 30 INCISO SEGUNDO del contrato sub iudice?

[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Sí.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio Traslado de Evelio Hernán Arévalo / Proceso CELUTEC Vs COMCEL.

DR. ZEA: Por último, retomando el tema de las actas de conciliación, le quiero poner de presente un texto del contrato, el inciso 2º de la cláusula 30 y le pregunto: Si las que usted denomina actas de transacción, son las actas de conciliación de cuentas a que se refiere ese inciso y si puede leerlo le agradezco.

DR. ARÉVALO: Sí, son esas.

Conforme al fundamento contractual de estas actas, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresaban los valores y los conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgaban un paz y salvo parcial.

De lo pactado se destaca que las actas eran de “conciliación de cuentas”, por lo que su finalidad era definir las acreencias y deudas recíprocas a las que hubiera lugar luego de precisar los valores recibidos durante el periodo respectivo y los saldos pendientes.

Dichas Actas, como resultó probado en el presente proceso, no se suscribían para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual: Este hecho resultó

probado con el interrogatorio de parte que rindió LA DEMANDANTE y también con los siguientes testimonios, entre ellos con los que fueron trasladados al presente proceso:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]; doctor Evelio, en el mismo contrato, en la CLÁUSULA 30, en la CLÁUSULA 30, INCISO SEGUNDO se dice lo siguiente: "Cláusula 30 página 28 segundo inciso, durante la vigencia de este contrato, cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas, en la que 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," le preguntó doctor Evelio.</p> <p>En este proceso tanto en la reforma la demanda como en la contestación de la demanda se aportaron unos documentos denominados "actas de transacción, conciliación y compensación".</p> <p>Yo le preguntó doctor Evelio, esos documentos suscritos por las partes, aportados al proceso denominados de esa forma ¿corresponden con estas actas a las que se está haciendo referencia en esta CLÁUSULA 30 INCISO SEGUNDO del contrato sub judice?</p>	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Si.
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: Okey. Yo le preguntó doctor Evelio, durante la ejecución del contrato ¿usted conoce si SALCEDO DOMINGUEZ, elevó algún tipo de reclamación similar a la que fue presentada al momento de la terminación del contrato?</p>	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: No, que yo tenga conocimiento no.
<p>[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCIANES SA]: La primera vez que SALCEDO DOMINGUEZ emitió ese tipo de reclamaciones contenidas en el preaviso de terminación del contrato ¿fue en ese momento?</p>	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Que yo tenga conocimiento sí.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Testimonio de Sonia de la Roche. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
<p>PREGUNTA. DR. ZEA. Cambiando de tema a las actas de conciliación, ya que se las puso de presente el doctor Salazar, me podría decir, por ejemplo para el acta de conciliación de junio 30 de 2009, ¿exactamente cuál fue la controversia que se transó o que se concilió, cuál fue la reclamación que le hizo Latincom a COMCEL para que ameritara la suscripción de una acta de conciliación o transacción?</p>	<p>RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. No, el acta de transacción no se da porque el distribuidor genere un reclamo,</p>
<p>PREGUNTA. DR. ORTIZ: Es decir, ¿el acta de conciliación no se firma para dirimir un conflicto o una controversia, sino simple y llanamente para conciliar una cuenta?</p>	<p>RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. Exacto, si señor.</p>

Testimonio de Viviana Jiménez. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
<p>PREGUNTA. Dr. ZEA. O sea que ¿esas actas se celebraban independientemente de si había o no había un conflicto concreto?</p>	<p>RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. Es que como le digo no se necesitaba que existiera un conflicto, o sea las actas no era porque existiera un conflicto,...</p>

Siguiendo estos criterios, efectuada la valoración conjunta del Contrato y de las actas suscritas por las partes, es posible concluir que ellas pretendieron conciliar sus cuentas periódicamente, esto es, establecer el monto que una parte debía pagar a la otra como consecuencia de lo ejecutado hasta la fecha de corte. En línea con lo anterior, para comprender los efectos que estos paz y salvos producen entre las partes, es importante tener en cuenta el contenido de los Arts. 879 y 880 CCO:

ARTICULO 879 CCO: El finiquito de una cuenta hará presumir el pago de las anteriores, cuando el comerciante que lo ha dado arregla sus cuentas en períodos fijos.

ARTICULO 880 CCO: El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.

Con fundamento en estas normas, la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia ha explicado que los paz y salvos o finiquitos que las partes se extienden no tienen un carácter definitivo, dada la prerrogativa de las partes para reclamar luego la rectificación de la cuenta por errores, omisiones u otros vicios:

Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia SC4902-2019 de 13 de noviembre de 2019. M.P. Luis Alonso Rico Puerta: Pese su naturaleza conclusiva, el legislador estableció que los contratantes tienen la posibilidad de protestarlo. No de otro modo se entiende lo dispuesto en el artículo 880 del C. de Comercio, que en referencia a los contratos de colaboración, que en esencia son de tracto sucesivo, consagra: «El comerciante, que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta.

2. Argumentos complementarios:

- a) Las denominadas “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” no incorporaron un acuerdo conciliatorio: Previamente a la audiencia de conciliación con la que LA DEMANDANTE agotó el requisito de procedibilidad que le permitió incoar el presente proceso judicial, COMCEL y LA DEMANDANTE nunca celebraron audiencia de conciliación alguna, ni judicial ni extrajudicial:

Prueba | Art. 167 CGP: “... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba.”

La conciliación, por definición (Art. 64 Ley 446), requiere la presencia y participación de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador:

LEY 446 de 1998. ARTICULO 64. DEFINICION. La conciliación es un mecanismo de resolución de conflictos a través del cual, dos o más personas gestionan por sí mismas la solución de sus diferencias, con la ayuda de un tercero neutral y calificado, denominado conciliador.

LEY 640 de 2001. ARTICULO 3o. CLASES. La conciliación podrá ser judicial si se realiza dentro de un proceso judicial, o extrajudicial, si se realiza antes o por fuera de un proceso judicial. La conciliación extrajudicial se denominará en derecho cuando se realice a través de los conciliadores de centros de conciliación o ante autoridades en cumplimiento de funciones conciliatorias; y en equidad cuando se realice ante conciliadores en equidad.

Las Actas de Conciliación que incorporan un acuerdo conciliatorio deben reunir los siguientes requisitos formales:

LEY 640 de 2001. ARTICULO 1o. ACTA DE CONCILIACION. El acta del acuerdo conciliatorio deberá contener lo siguiente: 1. Lugar, fecha y hora de audiencia de conciliación. 2. Identificación del Conciliador. 3. Identificación de las personas citadas con señalamiento expreso de las que asisten a la audiencia. 4. Relación sucinta de las pretensiones motivo de la conciliación. 5. El acuerdo logrado por las partes con indicación de la cuantía, modo, tiempo y lugar de cumplimiento de las obligaciones pactadas.

Las Acta de Conciliación de Cuentas que las partes suscribieron: (i) No incorporaron un acuerdo conciliatorio. (ii) No son el resultado de una conciliación judicial, ni extrajudicial. (iii) No se suscribieron en presencia ni con la mediación de un conciliador.

- b) Las denominadas “Actas de Conciliación, Transacción y Compensación” no incorporaron contratos de Transacción: El Art. 2649 CC contiene los elementos esenciales del contrato de transacción.

ART. 2469 CC: La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual. No es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa.

Previamente a la audiencia de conciliación con la que LA DEMANDANTE agotó el requisito de procedibilidad que le permitió incoar el presente proceso judicial, entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se había presentado controversia o cuestión litigiosa alguna:

Prueba	Art. 167 CGP: "... las ... negaciones indefinidas no requieren prueba."
--------	---

La primera vez que LA DEMANDANTE propuso frente a COMCEL una diferencia litigiosa, fue cuando presentó la demanda con la que se incoó el presente proceso; al respecto, en el siguiente testimonio rendido en el presente proceso se sostuvo:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: Okey. Yo le preguntó doctor Evelio, durante la ejecución del contrato ¿usted conoce si SALCEDO DOMINGUEZ, elevó algún tipo de reclamación similar a la que fue presentada al momento de la terminación del contrato?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: No, que yo tenga conocimiento no.
[APODERADO SALCEDO DOMINGUEZ COMERCiantes SA]: La primera vez que SALCEDO DOMINGUEZ emitió ese tipo de reclamaciones contenidas en el preaviso de terminación del contrato ¿fue en ese momento?	[TESTIGO EVELIO ARÉVALO]: Que yo tenga conocimiento sí.

Prueba: Testimonio rendido en el presente proceso por la persona señalada.

Las Actas de Conciliación de Cuentas suscritas entre COMCEL y LA DEMANDANTE corresponden con el modelo que COMCEL extendía periódicamente para todos los miembros de su red de agentes/distribuidores, modelo que COMCEL preparaba con fundamento en la cláusula 30 de los contratos extendidos por ella misma. Dichas Actas de Conciliación de cuentas, como resultó probado en el presente proceso, no se suscribían para terminar extrajudicialmente un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

En los testimonios trasladados que se solicitaron en la demanda y que ingresaron al expediente con las copias de los respectivos procesos arbitrales que el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá remitió al expediente del presente proceso, se sostuvo:

Testimonio de Sonia Viviana Jiménez. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. Dr. ZEA. Asumiendo que estas actas fueran de transacción, usted dijo que en su testimonio que se firmaban cada seis meses, le pregunto, ¿cada 6 meses surgían conflictos entre las partes de manera regular?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. No, no surgían conflictos...
PREGUNTA. Dr. ZEA. O sea que ¿esas actas se celebraban independientemente de si había o no había un conflicto concreto?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. Es que como le digo no se necesitaba que existiera un conflicto, o sea las actas no era porque existiera un conflicto,...

Testimonio de Sonia de la Roche. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.	
PREGUNTA. DR. ZEA. Cambiando de tema a las actas de conciliación, ya que se las puso de presente el doctor Salazar, me podría decir, por ejemplo para el acta de conciliación de junio 30 de 2009, ¿exactamente cuál fue la controversia que se transó o que se concilió, cuál fue la	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. No, el acta de transacción no se da porque el distribuidor genere un reclamo,

reclamación que le hizo Latincom a COMCEL para que ameritara la suscripción de una acta de conciliación o transacción?	
PREGUNTA. DR. CHALELA. ¿También el acta de conciliación? DR. ORTIZ: Es decir, ¿el acta de conciliación no se firma para dirimir un conflicto o una controversia, sino simple y llanamente para conciliar una cuenta?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. Exacto, si señor.

Testimonio Traslado de Evelio Hernán Arévalo / Proceso CELUTEC Vs COMCEL.

DR. ZEA: Por último, retomando el tema de las actas de conciliación, le quiero poner de presente un texto del contrato, el inciso 2º de la cláusula 30 (31) y le pregunto si lo que usted denomina actas de transacción, son las actas de conciliación de cuentas a que se refiere ese inciso y si puede leerlo le agradezco.	DR. ARÉVALO: Sí, son esas.
---	----------------------------

Ausencia del elemento esencial “Voluntad e intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o de prevenirla”: Las partes no suscribieron las Actas de Conciliación de Cuentas con el fin de ponerle fin o prevenir una cuestión litigiosa; así resultó probado en el presente proceso:

Testimonio de Sonia Viviana Jiménez. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.

PREGUNTA. Dr. ZEA. Asumiendo que estas actas fueran de transacción, usted dijo que en su testimonio que se firmaban cada seis meses, le pregunto, ¿cada 6 meses surgían conflictos entre las partes de manera regular?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. No, no surgían conflictos...
PREGUNTA. Dr. ZEA. O sea que ¿esas actas se celebraban independientemente de si había o no había un conflicto concreto?	RESPUESTA. SRA. JIMÉNEZ. Es que como le digo no se necesitaba que existiera un conflicto, o sea las actas no era porque existiera un conflicto,...

Testimonio de Sonia de la Roche. Testimonio trasladado del proceso K-Celular Vs Comcel.

PREGUNTA. DR. ZEA. Cambiando de tema a las actas de conciliación, ya que se las puso de presente el doctor Salazar, me podría decir, por ejemplo para el acta de conciliación de junio 30 de 2009, ¿exactamente cuál fue la controversia que se transó o que se concilió, cuál fue la reclamación que le hizo Latincom a COMCEL para que ameritara la suscripción de una acta de conciliación o transacción?	RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. No, el acta de transacción no se da porque el distribuidor genere un reclamo,
<u>PREGUNTA. DR. CHALELA. ¿También el acta de conciliación? DR. ORTIZ: Es decir, ¿el acta de conciliación no se firma para dirimir un conflicto o una controversia, sino simple y llanamente para conciliar una cuenta?</u>	<u>RESPUESTA. SRA DE LA ROCHE. Exacto, si señor.</u>

(Preguntó el Doctor Chalela, árbitro del Tribunal de K-Celular (latincom) Vs Comcel)

Ausencia del elemento esencial “concesiones recíprocas”: Si COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE lo que esta le facturó, y si LA DEMANDANTE nunca le facturó por concepto diferente a las comisiones que COMCEL le liquidó, claramente se infiere que durante la ejecución del CONTRATO las partes nunca se hicieron concesiones mutuas: de haber existido concesiones mutuas, existirían facturas anuladas, constancias de condonación y/o facturación de dineros adicionales por concepto de acuerdos incorporados en las “ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN”.

En el testimonio trasladado de José Orlando Peralta, al respecto, se manifestó:

Testimonio Traslado de José Orlando Peralta.

DR. PARDO: Inciso segundo clausula 30: durante la vigencia de este contrato cada doce meses las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas reciprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial...

DR. ZEA: La pregunta es si al momento de suscribirse esas actas entre Comcel y LA DEMANDANTE se hacían concesiones recíprocas?

SR. PERALTA: No.

COMCEL no alegó, mucho menos demostró la existencia de concesiones mutuas hechas entre las partes, concesiones a partir de las cuales se pudiera inferir la existencia de negocios de transacción celebrados entre las partes. LA DEMANDANTE, en cambio, sí alega que tales concesiones mutuas nunca existieron, alegación esta que, al ser indefinida, la excusa de probarla.

7.2. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** los siguientes numerales de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEGUNDO: Declarar que Salcedo Domínguez Comerciantes S.A.S. y Comunicación Celular S.A. mediante “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas” y “contratos de transacción y compensación de cuentas” suscritos entre dos mil ocho (2008) y dos mil catorce (2014) transigieron la totalidad de sus diferencias frente a las cuentas anuales relativas a las prestaciones, comisiones y/o bonificaciones que se encuentran expresamente pactados en el contrato objeto de este pleito.

TERCERO: Por lo anterior, que todas las diferencias relativas a prestaciones, comisiones y/o bonificaciones expresamente pactadas en los documentos referenciados en los ordinales anteriores y causadas con fecha anterior a treinta (30) de junio de dos mil trece (2013) quedaron transados y con efectos de cosa juzgada entre las partes.

Y en su lugar, deberá declarar probada la Pretensión Vigésima Séptima de la demanda reformada que dice:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita: **a) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 de 2001. **b) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. **c) Declarar** que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”. **d) DECLARAR** que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.

8. GRUPO DE REPAROS relativos a la condena en costas y agencias en derecho.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las costas y agencias en derecho.

8.1. Pretensiones Trigésima Tercera y Trigésima Cuarta: Pretensiones relativas a las costas y agencias en derecho.

PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA: De conformidad con lo establecido en el Artículos 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado de LA DEMANDANTE, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas resultantes a favor de LA DEMANDANTE.

PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE las costas procesales, incluidos los honorarios del perito que realizó el dictamen pericial de parte que LA DEMANDANTE aportó en el presente proceso.

1. El Art. 366 CGP establece:

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

2. El Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, estableció la tarifas aplicables para la fijación de las agencias en derecho:

ACUERDO No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016
"Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho".
EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3 del artículo 257 de la Constitución Política, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley 270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012 y según lo acordado en la sesión del día 27 del mes de julio de 2016,
CONSIDERANDO
Que la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 366 numeral 4 establece que para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura (...)
Que con base en lo anterior las tarifas se establecerán respecto de cuatro clases genéricas de procesos: declarativos, ejecutivos, de liquidación y de jurisdicción voluntaria y asimilables, sin perjuicio de algunas regulaciones especiales, así como de la aplicación de la analogía.
Que de conformidad con la descripción legal y la jurisprudencia constitucional, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente

3. El presente proceso corresponde con un PROCESO DECLARATIVO DE DOS INSTANCIAS. Entonces, la tarifa aplicable es:

ARTÍCULO 5°. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: ... (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

4. El H. Tribunal, al momento de establecer la condena por agencias en derecho, no podrá aplicar un porcentaje inferior al mínimo establecido (3%) ni exceder el máximo del (7.5%):

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. Teniendo en cuenta la naturaleza especialísima y la calidad de la gestión adelantada por los apoderados de LA DEMANDANTE, respetuosamente se le solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

Esta solicitud de condena se sustenta así: El caso sub iúdice exige un profundo conocimiento en derecho comercial, en derecho procesal y en contabilidad; asimismo, el recto y diligente apoderamiento de LA DEMANDANTE demandó conocer a fondo el negocio y el mercado de la telefonía móvil celular en Colombia, los intrínquilis de los contratos extendidos por COMCEL y la complejidad de su ejecución. En el presente proceso, los apoderados de LA DEMANDANTE realizaron ingentes esfuerzos para defender los intereses de la demandante, para proponer de maneras clara y contundente un asunto que en sí mismo resulta ser complejo y sumamente técnico y para conducir un proceso en el cual se ejecutó cada acto procesal con lealtad y diligencia.

8.2. De la Sentencia que deberá dictar el Juez ad quem.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SÉPTIMO: Sin condena en costas para las partes, en atención a la forma como se resolvió el proceso.

Y en su lugar, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

.FIN DEL MEMORIAL.

Respetuosamente,



CAMILO ARGÁEZ

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

Bogotá. D.C., noviembre 4 de 2021

Doctor:

JORGE EDUARDO FERREIRA VARGAS

Magistrado

TRIBUNAL SUPERIOR DE BOGOTA – SALA CIVIL –

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

Ciudad.

Referencia: PROCESO EJECUTIVO
Radicado: 11001310300720160073405
Demandante: JUAN CARLOS MALDONADO ARIAS
Demandados: ELISEO CABRERAL LEAL Y OTROS
Asunto: SUPLICA CONTRA AUTO INTERLOCUTORIO - NIEGA ADICION -.

Respetado Señor Magistrado:

RODRIGO A. MALDONADO PARIS, identificado y reconocido en auto, en calidad de apoderado de la parte activa, de manera atenta, dentro del término de ejecutoria, **INTERPONGO** y **SUSTENTO** recurso de **SUPLICA**, contra el **auto interlocutorio** notificado en estado del viernes 29 de octubre de la presente anualidad de dos mil veintiuno (2021), **por medio de la cual se niega la petición de adición** a sentencia proferida por orden de amparo constitucional emitida por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia.

HABILITACIÓN LEGAL DE LA PRESENTE SUPLICA

El instrumento procesal de la adición consagrado en el artículo 287 del Código General de Proceso procede contra autos y sentencias, es decir, y su finalidad es garantizar una etapa procesal en la cual el juez pueda constatar, de oficio o a petición de parte, la ausencia de decisión o resolución de uno de los extremos de la Litis o de cualquier aspecto que debía ser objeto de pronunciamiento expreso.

En ese orden de ideas, con este instrumento se concede al juez la posibilidad de que corrija lo que, en términos generales, se conoce como un fallo citra petita, es decir, se faculta al operador judicial para que, ante la verificación de la ausencia de una manifestación en relación con un determinado punto de la controversia, realice un pronunciamiento a través de una **Sentencia Complementaria**, en la cual se resuelvan los supuestos que no fueron objeto de análisis y, por consiguiente, de decisión.

Ahora bien, **si la petición de complementación se niega, la providencia revestirá la naturaleza de auto**, en vez de Sentencia, tal y como lo ha señalado la doctrina sobre la materia, al señalar:

“La providencia que adiciona otra es de igual naturaleza y se notifica lo mismo que la providencia adicionada; es decir, si se trata de auto, como auto, y si se trata de Sentencia, como Sentencia.”

El último inciso del artículo 287 del CGP prevé expresamente que la providencia que es objeto de solicitud de adición, podrá recurrirse dentro del término de

ejecutoria de la providencia que resuelva esta petición.¹ Esta oportunidad también se encuentra regulada en el artículo 322 ordinal 2.º inciso 2 *ibidem*, al disponer que:

[...]Proferida una providencia complementaria **o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de esta también se podrá apelar de la principal.** La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación. [...] (Negrita fuera de texto)

Respecto de la naturaleza de estas decisiones, la doctrina nacional refiere que:

[...] La adición se adelanta de oficio o a petición de parte dentro del término de ejecutoria de la sentencia, y **el proveído que respecto a ella se dicta es también una sentencia, denominada por el código sentencia complementaria cuando adiciona; empero si la decisión consiste en negar la complementación, la providencia es auto.**[...]² (negritas y subrayas fuera de texto)

El Consejo de Estado – Sala de lo Contencioso Administrativo – Sección Segunda – Consejero Ponente William Hernández Gómez, radicado 25000-23-42-000-2014-04339-01(3223-17), del doce (12) de abril del año dos mil diez y ocho (2018), Actor: Stella Carolina Avila Avila, demandado: Nación – Ministerio de Defensa Nacional – Dirección General de Sanidad Militar, reseñó en torno a **la naturaleza del auto que niega la adición lo siguiente:**

*“Al respecto, la Sala concluye que el inciso 1.º del artículo 287 del CGP, permite aceptar esta interpretación doctrinal, **por cuanto la norma solo da carácter de sentencia a la providencia que la adiciona.** En efecto, esta disposición regula que cuando se accede a la petición, **«deberá adicionarse por medio de sentencia complementaria», y aunque el artículo guarda silencio frente a la decisión que niega la solicitud, es aceptable que esta decisión tenga la naturaleza de auto interlocutorio.***

*Lo anterior tiene su razón de ser en que la adición agrega o adiciona elementos de juicio a través de los cuales se resuelven pretensiones de la demanda inicial, o de la de reconvenión, o de las acumuladas, o puntos que debían resolverse en su contenido.³ Ello conlleva a que existan nuevos puntos o factores que los sujetos procesales deben analizar al momento de evaluar la posibilidad de recurrir tanto la decisión inicial como su complementaria, o no. **Por el contrario, cuando es negada la petición de adición, la nueva providencia nada nuevo trae frente a la sentencia inicial; es decir, no cambia la situación allí planteada por el despacho judicial. Conforme a lo anterior, esta última providencia tiene naturaleza de auto y queda ejecutoriada tres (3) días después de notificada.** (cursiva y negrilla fuera de texto)*

De lo expuesto es evidente que la **decisión que niega la petición de adición o complementación es un auto interlocutorio, y por tanto objeto de recurso de apelación conforme lo prescribe el artículo 322 ordinal 2º, inciso 2º, en**

¹ Art. 287 [...] Dentro del término de ejecutoria de la providencia que resuelva sobre la complementación podrá recurrirse también la providencia principal.

² LÓPEZ BLANCO, Hernán. Procedimiento Civil parte general, Tomo I, octava edición, 2002. p. 658. y LÓPEZ BLANCO, Hernán. Código General del Proceso. Parte General, Tomo I, primera edición, tercera reimpresión, 2017. p. 708

³ En efecto, la norma regula que la adición procederá cuando se «omita resolver sobre cualquiera de los extremos de la litis o sobre cualquier otro punto que de conformidad con la ley debía ser objeto de pronunciamiento»

los términos siguientes:

[...]Proferida una providencia complementaria **o que niegue la adición solicitada, dentro del término de ejecutoria de esta también se podrá apelar de la principal.** La apelación contra una providencia comprende la de aquella que resolvió sobre la complementación

Ahora bien, el Código General del Proceso prescribe que el Recurso de Súplica procede contra los autos que por su naturaleza sean apelables, dictados por el Magistrado Sustanciador en el curso de la segunda o única instancia, o durante el trámite de apelación de un auto.

Nuestro orden legal equipara a un auto interlocutorio la decisión que niega la adición o complementación, y consagra el Recurso de Súplica para los autos que por su naturaleza sean apelables emitidos en segunda instancia, y el Recurso de Apelación en sede de primera de instancia cuando se niega la petición de adición.

ANTECEDENTES DEL RECURSO:

En escrito radicado durante el término de ejecutoria se solicitó la adición de la sentencia emitida el veinte (20) de septiembre de la presente anualidad de dos mil veintiuno (2021), notificada en estado del veintiuno (21) del mismo mes y año, decisión;

➤ **Discutida y Aprobada en Sala de Decisión del 15 de Septiembre de 2021,**

Mediante la cual se dispuso: PRIMERO: *MODIFICAR el numeral 1º de la Sentencia dictada en audiencia celebrada el nueve (9) de agosto de dos mil dieciocho (2018), por el Juzgado Séptimo (7) Civil del Circuito de la Ciudad, **solamente en el sentido de declarar no probada la excepción denominada “FALTA DE LEGITIMIDAD EN LA CAUSA”, por las razones dadas al interior de esta determinación, en lo demás ese numeral permanecerá incólume***

La pretensión de la citada adición es que mediante sentencia complementaria y en conformidad con las normas que disciplinan la práctica, incorporación y valoración de los medios de pruebas se emitiera pronunciamiento sobre los medios de pruebas aportados en forma legal y oportuna por el extremo activo de la demanda, esto es:

“PRIMERO: - ENTREGA -Valoración de la manifestación de voluntad contenida en la escritura pública contentiva de HIPOTECA EN CUANTIA INDETERMINADA, número mil cuatrocientos cuarenta y siete (1447) del **Veintiocho (28) de Agosto del año dos mil doce (2012)** de la Notaría Veintidós (22) del Círculo de Bogotá, los hoy demandados constituyeron a favor del Banco BILBAO BIZCAYA ARGENTARIA COLOMBIA S.A., en especial la cláusula tercera donde los ejecutados el día veintiocho (28) de agosto del año 2012 confesaron al unísono y de manera uniforme la siguiente circunstancia contentiva de posesión:

*“Que el (los) inmueble (s) que se relaciona (n) en la cláusula primera (1ª) de esta escritura **lo (s) POSEEN EL (LOS) HIPOTECANTE (S)** quieta, pacífica, pública, y regularmente, se halla (n) libre de censos, embargos, pleitos pendientes, inscripción de demanda, condiciones resolutorias, pactos comisorios, limitaciones al dominio, servidumbre, uso, usufructo, habitación, arrendamiento constituido por escritura pública.....”.* (Cursiva y negrilla fuera de texto).

*Recordemos por demás que el inmueble supuestamente se entrega por contratista y/o agente del orden distrital el **19 de junio de 2014**, pero la certificación se expide el **24 de julio de 2015**, esto es, trece (13) meses, es decir, **más de un (1)***

año, documento autenticado sólo hasta el **14 de diciembre de 2016**, el y sin los respectivos soportes dado que conforme la Conciliación y la sentencia objeto de la presente petición los ejecutados solo supuestamente adeudaban la suma de algo menos de \$32'000.000.00, aunque el dictamen se consigne que deben cero (0) pesos.

SEGUNDO: - VALOR – Valoración de la manifestación de voluntad contenida en la escritura pública de compra venta numero ochocientos doce (812) del veintitrés (23) de mayo (05) del año dos mil doce (2012) recogida en la Notaría 22 del Círculo de Bogotá, incorporada al expediente, en los términos siguientes:

“Presente LOS COMPRADORES señores MARIA DEL CARMEN JIMENEZ RODRIGUEZ y ELISEO CABRERA LEAL, de las condiciones civiles y de identificación ya anotadas, mayores de edad, quienes obran en nombre propio, declararon:

(.....)

e) **Que aceptan que deben la suma registrada en el pagaré antes referenciado.”**
(Cursiva y negrilla fuera de texto).

TERCERO: - ACUERDO CONTRACTUAL -, las razones jurídicas para omitir la valoración de este acuerdo incorporado por el ejecutante Juan Carlos Maldonado Arias durante el interrogatorio donde consta la forma como se instrumentalizó la dación en pago.

CUARTO: - PAZ Y SALVO -, las razones jurídicas para el desconocimiento de los precedentes emitidos por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia y el Consejo de Estado, donde de manera reiterada, pacífica y permanente han establecido la necesidad de incorporar a la certificación los respectivos soportes contables, citados en el Recurso de Apelación de la sentencia, en los términos siguientes:

(...) Tampoco puede pretenderse que tal naturaleza pueda probarse con el certificado expedido por el contador público, porque las normas legales vigentes no les atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la calificación legal de hechos económicos ni jurídicos, sino que se limitan a los actos y actuaciones que enumera el artículo 8° de la Ley 145 de 1960, referidos a los libros de contabilidad, es decir, que allí se contabilizan sumas como descuento pero no el hecho de que realmente lo sean, y menos que dicha constancia releve al contribuyente del cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley para aceptar fiscalmente una deducción (...)

Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia de septiembre 13 de 1991

(...) las normas tributarias no le atribuyen a los contadores un poder absoluto en materia de pruebas, ni la calificación legal de hechos económicos y jurídicos, sino que se limita a los actos y actuaciones indicadas en el artículo 8° de la ley 145 de 1960, lo que significa que su ámbito de aplicación es restringida, por lo que no puede pretenderse con ella y menos cuando su contenido es lacónico como ocurre en este caso, demostrar la calidad o naturaleza y origen de los ingresos denunciados con carácter diferente al que se ha registrado en la declaración (...)

Consejo De Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Cuarta, sentencia 9530 de abril 28 de 2000

(...) Para que las certificaciones de contador público o revisor fiscal se consideren pruebas suficientes, deben permitir llevar al convencimiento del hecho que se

pretende probar, sujetándose a las normas que regulan el valor probatorio de la contabilidad; deben expresar si la contabilidad se lleva de acuerdo con las prescripciones legales; si los libros se encuentran registrados en la Cámara de Comercio; si las operaciones están respaldadas por comprobantes internos y externos, y si reflejan la situación financiera del ente económico. (...)

QUINTO: - Estado Contable de la Sociedad -, las razones legales para omitir la valoración del Auto emitido Superintendencia de Sociedades, entidad de orden técnico que registró el cumplimiento de las normas contables por parte de la Sociedad SIMAH LTDA., muy diferente a la manifestada por el agente y/o contratista distrital.

SEXTO – El Estado Condición del Agente - Las razones jurídica para omitir la valoración de los demandas que cursan actualmente ante lo Contencioso Administrativo contra los Contratos de Prestación de Servicios Profesionales y el acto de designación del señor Edgar Augusto Ríos Chacón, pronunciamientos que efectivamente han de tener influencia en el presente asunto dada la valoración por parte del despacho de estos medios probatorios para la declaración de las excepciones de: I) **inexistencia de obligaciones de los demandados con la sociedad Simah. Ltda.**, y II) **el demandante no es tenedor de buena fe exenta de culpa.**

Finalmente se ha de recordar que en el presente asunto la segunda instancia modificó la Sentencia de Primera instancia por tanto no hay lugar a condena en costas.

Es de señalar que todos y cada uno de los documentos reseñados en la presente petición reposan en el expediente, entre ellos la certificación expedida por el Juzgado 38 Administrativo de Bogotá, sustento de la solicitud de prejudicialidad.

Por auto interlocutorio objeto del presente recurso el despacho una vez citado el contenido del artículo 287 del Código General del Proceso niega la adición en los términos siguientes:

“De la hermenéutica de la disposición se pueden extractar los siguientes supuestos, para que la adición sea viable: i) cuando el fallo omite decidir sobre uno cualquiera de los extremos de la litis, como cuando se deja de resolver sobre alguna pretensión o excepción, oportunamente, propuesta; y, ii) cuando el fallo calla acerca de otro aspecto que legalmente debía ser materia de decisión, por razón que el juzgador está en la obligación de reconocer oficiosamente, en la sentencia toda excepción que halle probada, excepto las de prescripción, compensación, y nulidad relativa que deben ser alegadas por la parte interesada.

3.- Preciado lo anterior, se advierte que se negará la solicitud de complementación invocada, pues con claridad se observa que con su escrito lo que el memorialista pretende es que se decida nuevamente la instancia, propósito para el cual no está previsto el mecanismo procesal en cita.

En efecto, como puede verse, el petente intenta abrir nuevamente el debate ya zanjado, al traer a discusión argumentaciones y apreciaciones sobre lo que, en su sentir, debió contener el fallo.

A lo anterior, ha de añadirse que, los puntos sobre los cuales estima el memorialista la Sala omitió pronunciarse están debidamente desarrollados en el fallo, el cual concluyó que “aun cuando la buena fe exenta de culpa se presume, la verdad es que del análisis de las pruebas en conjunto se logra desvirtuar la misma, en la medida que existen elementos de convicción que conllevan a determinar con total grado de certeza que el demandante no fue diligente, pues no ignoraba la relación jurídica y las condiciones fácticas por las cuales se libró el

título valor”, determinación a la que se arribó luego del análisis de pruebas testimoniales y documentales, **sin que sea admisible en este estado traer nuevos argumentos que no fueron expuestos en el recurso de alzada inicial** (pág. 13, sentencia).

4.- Desde esa perspectiva, es claro que no le asiste razón al petente, por lo que se impone negar la solicitud de adición del fallo de segunda instancia solicitada por el extremo convocante, por los motivos enunciados en precedencia.

FUNDAMENTOS DEL RECURSO:

Como es plenamente sabido el derecho a la prueba es fundamental en la medida en que es inherente a la persona y tiene además diversos mecanismos de refuerzo propios de los derechos fundamentales. El contenido esencial del derecho a la prueba es la posibilidad que tiene la persona de utilizar todos los medios posibles en aras de convencer al juez sobre la verdad del interés material perseguidos. Se trata de un derecho subjetivo exigible al juez cuyo objeto es una acción u omisión en la actividad probatoria.

El derecho a la prueba contenido en el artículo 29, es la expresión de presentar y controvertir pruebas, ejercicio que se manifiesta en: 1) Derecho a asegurar la prueba (preconstituir la prueba, adelantarse a la recolección de la prueba. 2) Derecho a que se admita la prueba 3) Derecho a que el medio probatorio sea practicado 4) Derecho a que el medio probatorio sea valorado, 5) Obligación del funcionario a explicar los elementos de los medios probatorios.

Derechos desconocidos por el funcionario efecto de dar plena validez al supuesto agente liquidador anunciado como Auxiliar de la Justicia a sabiendas que la fuente del nombramiento es la Subsecretaría de Inspección, Vigilancia y Control de la Secretaría del Hábitat, entidad del orden territorial de naturaleza política administrativa que como bien se expone por el artículo 26 del Código General del Proceso no ostenta funciones jurisdiccionales por tanto sin competencia alguna para nombrar Auxiliares de la Justicia – irregularidad que puede ser resuelta mediante la excepción de inconstitucionalidad -, sumado a que dicho elementos probatorios se encuentran en estado – **CONDICION** – dado que su legalidad es objeto de debate judicial ante la justicia Contenciosa Administrativa, de ahí que previo a la sentencia se elevó petición de suspensión del proceso, solicitud despachada en forma negativa bajo el argumento que el debate ante la justicia contenciosa era ajeno y no tenía efectos sobre el presente proceso, afirmación que no es cierta dado que todas y cada una de las pruebas soporte de la sentencia son las emitidas por el contratista y/o agente de la entidad distrital.

Por demás los elementos probatorios contenidos en el proceso y reseñados en el escrito de petición de adición cumplen con los requisitos intrínsecos de la prueba, esto es, **a)** conducencia, pues cumple con los presupuestos determinados por la legislación sustantiva y adjetiva, **b)** pertinencia en la medida que demuestra la relación directa entre las situaciones fáctica y la nulidad sustentada en la causal subjetiva contenida en el numeral 5 del artículo 275 del CPACA., **c)** útil por cuanto dan soporte probatorio a la conducta irregular de la parte pasiva constitutiva de nulidad de orden subjetiva, sujeta a controversia en el respectivo traslado.

PETICION:

Conforme a los argumentos fácticos y jurídicos previamente expuesto solicito en forma respetuosa se revoque el auto interlocutorio notificado en estado del 27 de octubre de la presente anualidad de dos mil veintiuno (2021), ***por medio de la cual se niega la petición de adición***, y en su defecto se ordene dar valoración y trámite mediante sentencia complementaria a la petición de adición.

Del señor Magistrado;

A handwritten signature in dark ink, appearing to be 'R. A. M. P.', written in a cursive style.

RODRIGO AZRIEL MALDONADO PARIS