

REPÚBLICA DE COLOMBIA



RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO
JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ
VEINTISIETE (27) DE SEPTIEMBRE DE DOS MIL VEINTIUNO (2021)

Radicado Nro.	11001-31-03-019 2018-00455 00
Proceso:	Verbal -Agencia Comercial-
Demandante:	Globalcom S.A.S.
Demandado:	Comcel S.A
Providencia:	Sentencia
Decisión:	Accede parcialmente a las pretensiones

I. ASUNTO A TRATAR

Corresponde a este estrado judicial decidir la demanda **VERBAL** de DECLARATORIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, EXISTENCIA DE CLÁUSULAS ABUSIVAS, INCUMPLIMIENTO CONTRACTUAL y las consecuentes condenas derivadas de las declaraciones referidas, en relación con el contrato suscrito entre GLOBALCOM S.A.S. y COMCEL S.A.

II. ANTECEDENTES

Se presenta la demanda verbal referida por los hechos relacionados con el contrato de distribución, celebrado entre GLOBALCOM S.A.S. y COMCEL S.A., ya que considera la parte demandante que la real naturaleza del acuerdo es de agencia comercial debido a que se reúnen los requisitos para la configuración de este tipo de contrato comercial, igualmente se manifiesta que se dio, por parte de Comcel, inclusión de cláusulas abusivas y también que hubo incumplimiento contractual de parte de la convocada por pasiva.

Teniendo como base lo anterior, se solicitaron las respectivas condenas e indemnizaciones a que refiere el artículo 1324 del Código de Comercio, lucro cesante; así mismo se solicitó pronunciamiento sobre las actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas y derecho de retención.

Actuación Procesal

Una vez admitida la demanda, se notificó a la entidad demandada la cual, oportunamente dio contestación al libelo introductorio, oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones e invocando como medios de defensa las excepciones de mérito denominadas: i) "Inexistencia del supuesto abuso de posición contractual por parte de Comcel, de un contrato de adhesión y de la imposición de condiciones abusivas; ii)

“Inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia en el pago de las prestaciones del artículo 1324 C. Cio.”; iii) “Inexistencia de circunstancias que constituyan incumplimiento por parte de Comcel”; iv) “Buena Fe y aplicación de la doctrina de los actos propios”; v) “Pago”; vi) “Compensación”; vii) Inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales de Comcel; viii) Improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución; ix) Transacción; y x) “Prescripción de las acciones las acciones orientadas a que se declare un supuesto desequilibrio económico contractual y a que se declaren nulas las cláusulas del contrato por supuesta posición dominante contractual de Comcel”.

El actor presentó reforma de la demanda, a la cual se le dio el trámite pertinente y posteriormente el proceso fue abierto a pruebas en auto del 30 de septiembre de 2019, las cuales se evacuaron en su totalidad.

La audiencia de que trata el artículo 372 del C.G.P. se llevó a cabo el día 29 de enero de 2020, y la del artículo 373 el día 3 de septiembre de 2021.

ALEGATOS DE CONCLUSIÓN

La parte demandante realizó una amplia exposición de los problemas jurídicos que se presentan en el presente proceso, procedió a resolverlos conforme su interpretación de las normas y presentó su propia valoración probatoria para concluir que estaban configurados los elementos de la agencia comercial y posteriormente resaltó, en razón de ello, el deber de reconocer las prestaciones propias de este contrato, tales como las cesantías comerciales y sus correspondientes intereses moratorios.

Rebatió las manifestaciones realizadas por la demandada en el sentido de que no existió ningún pago anticipado por concepto de cesantías comerciales.

Por su parte, el apoderado de la parte demandada realizó una breve recopilación de algunas sentencias emitidas de forma reciente, en las que se ha negado la existencia de la agencia comercial, situación que ha llevado a que se venga recogiendo la postura que había imperado, en la que se admitía que sí se configuraba la agencia comercial, para lo cual citó apartes puntuales de algunas providencias recientes.

Relievó que en este caso debía atenderse a la manifestación de la autonomía de la voluntad, que rigió el contrato al momento de su celebración, por lo que alegar algo distinto iba en contra de la buena fe y lealtad contractual.

Finalmente, puso de presente que la carga de la prueba correspondía a Globalcom y al realizar una breve remembranza de los testimonios rendidos, concluyó que no había prueba alguna que demostrara una actitud abusiva por parte de Comcel.

III. CONSIDERACIONES

A efectos de mejor proveer dentro de este juicio, y atendiendo las distintas pretensiones solicitadas en la demanda, se proseguirá estrictamente con el orden que se considera coherente y que fue el planteado por el actor y de acuerdo a los problemas jurídicos que se fijaron en audiencia, a saber:

A. Lo primero que entrará a determinarse es si existió realmente un contrato de Agencia Comercial.

Pues bien, para responder este cuestionamiento que resulta de vital importancia para la resolución de la prosperidad o no de la primera pretensión principal, es preciso empezar haciendo alusión a la normatividad que regula tal contrato, a saber, el artículo 1317 del Código de Comercio que define el contrato de agencia comercial, así:

“ARTÍCULO 1317. 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.”

Del artículo transcrito surge con claridad que para la existencia de la agencia comercial se requiere la convergencia de varios elementos como son la independencia, la estabilidad, el encargo de promover o explotar negocios y la actuación por cuenta ajena que la jurisprudencia ha agregado como elemento constitutivo de dicho contrato.

Por su parte, el artículo 1320 y 1321 relaciona el contenido sobre lo que debe versar la voluntad de los contratantes para que surja a la vida jurídica el contrato de agencia comercial, así:

“ARTÍCULO 1320. El contrato de agencia contendrá la especificación de los poderes o facultades del agente, el ramo sobre que versen sus actividades, el tiempo de duración de las mismas y el territorio en que se desarrollen, y será inscrito en el registro mercantil.

“No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos.”

“ARTÍCULO 1321. 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.”

Finalmente, el artículo 1331 señala que a la agencia comercial de hecho, que es a la que se refiere la presente demanda, se le aplicarán las normas contenidas en el Código de Comercio.

Pues bien, a partir de las definiciones antes enunciadas, la doctrina ha identificado unas características propias que deben presentarse en el contrato de agencia comercial, para que pueda tenersele como tal. Se ha señalado entonces que para que surja a la vida jurídica el contrato de agencia, el agente debe dirigir su propia empresa de manera independiente, asumiendo los riesgos propios del negocio; y, su actividad estaría orientada a promover o explotar los negocios del empresario agenciado con miras a crear, aumentar o mantener una clientela para éste, lo que requiere de cierta duración y remuneración.

Podría entonces considerarse que la característica esencial de este tipo de contratos es que el objeto del encargo es “promover y explotar los negocios del agenciado”, sobre esta característica dijo la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 20 de octubre de 2000:

“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 este, 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. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no solo en beneficio del agente, sino también del agenciado” (negrillas del Despacho).

Teniendo claro ese norte, considera el Despacho que se cumplieron los presupuestos requeridos para que se configure el aludido contrato y se procede entonces a sustentar las razones, conforme la prueba recaudada, con las cuales se llegó al anterior entendimiento:

1. Independencia: Esta característica del agente ha sido descrita por la Corte Suprema de Justicia en repetidas ocasiones, muestra de ello es el fallo dictado por la Sala Civil el 20 de Octubre del año 2000, exp. 5497, en el que sostuvo: “.....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 poner en contacto compradores y vendedores, o 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.....**” (Subrayado y negrilla fuera de texto).

Ahora, revisados los contratos y escuchados los testimonios en particular el de Paula Andrea Rentería Escobar, podemos colegir que nos hallamos en presencia de unos contratos donde se presenta la mezcla de independencia empresarial y dependencia operativa, refiriéndose esta última a la manera como el agente realiza su labor comercial y se advierte el grado de injerencia de COMCEL en canales de distribución, según lo visto en la cláusula 7.28 y 7.29 del contrato fechado de 6 de julio de 2005, todo lo cual no sólo es compatible con los elementos esenciales de la agencia comercial, sino que además, deviene necesariamente de ellos. Esta dependencia operativa que, se reitera, en nada riñe con la independencia empresarial, se expresa también en la imposibilidad para el distribuidor de aplicar las tarifas a su discreción, ya que debe sujetarse a aquellas que “(...)unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL(...) (cláusula 7.3 y 7.4 del contrato reseñado), lo cual conduce a que la retribución económica de la demandante, como distribuidor, dependía enteramente de COMCEL, aspecto que es propio de las relaciones de agencia comercial.

2. Estabilidad: este elemento está íntimamente ligado con la vocación de permanencia del agente en el desarrollo de su encargo, es decir, la promoción de negocios sucesivos y en cadena que vayan más allá de uno o dos negocios particulares con clientes precisos y determinados, pues esta característica de permanencia y consolidación de mercados es propia del contrato de agencia.

Sobre este punto la Corte Suprema de Justicia en sentencia 5497 de octubre 20 de 2000, sostuvo:

“la estabilidad, que es la característica que interesa para el caso subexamine, significa

continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. Con todo, la estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del contrato, por cuanto el artículo 1320 del Código de Comercio, expresamente consagra como uno de los contenidos del contrato de agencia el tiempo de duración de los poderes y facultades conferidas al agente. De ahí que anteladamente se haya dicho que la estabilidad excluye los encargos ocasionales o esporádicos, pero no la delimitación temporal del contrato, que la norma antes citada remite a la autonomía de las partes”.

Sobre el particular resulta claro que a GLOBALCOM S.A.S. le fue asignada la función de realizar la distribución de productos y la comercialización de servicios de manera general sin que tal ocupación se hubiese contraído a un negocio esporádico o aislado. Consecuente con lo anterior, tanto el término de duración del contrato, doce meses, sometido a renovación automática, con periodos mensuales, son situaciones que analizadas en conjunto indican la vocación de permanencia de la labor distribuidora, con lo cual emerge con claridad que el elemento estabilidad estuvo presente en la relación entre las partes.

3. Promoción o explotación de negocios: Respecto de este elemento, importa precisar, supone el adelantamiento del negocio y el aprovechamiento, en el sentido de generar utilidad para sí *del mismo*; en este contexto se ve con claridad que una actividad distribuidora debe trascender la mera entrega física de productos y lo atinente al incremento de clientela implica la realización de actos promocionales.

Al efecto, se tiene que con los testimonios de Paula Andrea Rentería Escobar y Sandra Milena García Buitrago, se logró demostrar que la gestión desplegada por GLOBALCOM S.A.S. resultó especialmente destacada por este componente y si bien COMCEL financió las campañas publicitarias, al igual que suministró material publicitario, lo cierto es que la demandante desplegó y comprometió su capacidad ejecutiva en el adelantamiento de una intensa labor promocional y de ventas en distintos municipios y zonas de los territorios que le fueron asignados.

Es más, para que no quede asomo de duda sobre la convergencia de este elemento, se tiene que los propios textos de los contratos ponen de presente esta circunstancia al señalar, por ejemplo, que el distribuidor tenía a su cargo labores de mercadeo y que debía cumplir ciertas políticas y estándares para ello (cláusula 7.1 y cláusula 7.2); asimismo, cuando se indica que el distribuidor promocionará y comercializará productos y accesorios seleccionados por COMCEL y que se obliga “ *a promocionar y vender* ” productos respaldados por COMCEL (cláusula 7.15 y también la cláusula 7.18) o cuando asume el compromiso de cumplir con unas metas mínimas (cláusula 7.9 y la cláusula 7.10), todo lo cual no puede lograrse sin una actividad orientada a la ampliación de la clientela y la divulgación de los productos, que es lo sustancial de la gestión promocional.

Al respecto, en la sentencia del 28 de febrero de 2005 (expediente No. 7504) sostuvo la Corte:

“(…) 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”.

No deja de apreciar esta juzgadora que COMCEL ha desarrollado una actividad destacada de promoción de sus productos y servicios, pero ello no quiere decir que GLOBALCOM S.A.S. no se haya ocupado de una promoción tanto a nivel local como regional, tal como se extrae de las probanzas recaudadas dentro del plenario, esto es, los testimonios de las señoras Sara Liliana Orozco Gómez y Liliana Osorio Duque, funciones que resultan perfectamente complementarias y útiles al propósito del elemento de promoción y explotación de los negocios, característico del contrato de agencia.

4. Actuación por Cuenta Ajena: el obrar por cuenta ajena supone que los resultados y los riesgos propios de la actividad del agente recaen primordialmente en el empresario principal, es decir, el agente comercial es quien actúa adelantando negocios ajenos que, en virtud de una remuneración, se dedica a promover o explotar dichos negocios de forma independiente y estable, pero por cuenta y en interés de quien le ha entregado el encargo.

Al efecto, basta con estudiar el artículo 1321, que establece que el agente debe rendir al empresario, entre otras, las informaciones "*que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia de cada negocio*". Esta norma se explica cuando el agente obra por cuenta del empresario, pues si actuara por cuenta propia, sería el afectado por el negocio que celebra y, por lo mismo, quien debería valorar la conveniencia del negocio.

Ahora, en el contrato objeto de discusión aparecen numerosos elementos vinculados a la actuación del agente por cuenta y en interés del empresario, entre ellos, los siguientes:

Cláusula 7.2: Obligación del distribuidor de cumplir y mantener las políticas y las metas, al igual que los estándares de mercadeo y ventas que COMCEL establezca, aceptando que su cumplimiento es condición esencial e imprescindible para conservar el carácter de distribuidor.

Cláusula 6.7: Atribución de COMCEL para publicar información del distribuidor en su publicidad corporativa, lo cual muestra su interés en la labor del distribuidor y en acreditarse a través de ella.

Cláusula 7.6 y cláusula 7.7: Obligación de GLOBALCOM S.A.S. de elaborar y mantener los registros de los clientes y de entregarle a COMCEL toda la documentación relacionada con la identificación y datos personales de los mismos, lo cual implica que la clientela generada por GLOBALCOM S.A.S. pertenece a COMCEL.

Cláusula 7.10: Contempla metas mínimas de ventas y estándares de cumplimiento, cuya existencia sólo adquiere sentido por mediar un interés de COMCEL en hacer seguimiento a la labor del distribuidor y beneficiarse de la misma, como es lógico en quien efectúa un encargo.

Finalmente, la actuación de la demandante en interés de COMCEL se refuerza con el contenido de la cláusula 9.1 de los contratos en la cual se consagra una expresa forma de supervisión que ejerce COMCEL respecto a la situación jurídica, financiera, empresarial, contable y laboral de GLOBALCOM, todo lo cual solamente se entiende en el contexto de haberse conferido un encargo y acompañarlo de una dosis básica de seguimiento y monitoreo a favor de quien lo otorgó, buscando para sí un beneficio económico.

Visto lo anterior diáfano deviene que GLOBALCOM actuó por cuenta de COMCEL, pues la actividad principal que desarrolló como era la comercialización del servicio de telefonía móvil celular- un claro servicio público- ,siendo ésta una concesión del Estado para

su explotación, no se podría afirmar que la demandante asumió una posición propia, sino que necesariamente actuó por cuenta de COMCEL.

Finalmente, en atención a lo manifestado por el apoderado de la parte demandada que en sus alegatos de conclusión puso de presente, fallos recientes en los que se ha “abandonado” la aceptación de la configuración de la agencia comercial en este tipo de procesos; no obstante los fallos referidos desconocen los contratos que los regían y las singularidades de cada uno de los negocios, por lo tanto no es posible asumir éstos sin más miramientos, máxime teniendo en cuenta que el “contrato forma” acá estudiado corresponde a uno que ha sido examinado en varias oportunidades tal y como lo declaró Evelio Arévalo Duque, quien ocupaba el cargo de Gerente de Contratos de Comcel, testimonio que se adjuntó como prueba trasladada del proceso Celutec.

Colofón de lo anterior y ante la convergencia de los elementos que configuran el contrato de agencia comercial se advierte la prosperidad de la “pretensión concluyente” y en consecuencia se desestimará la excepción propuesta por COMCEL, denominada **“Inexistencia del contrato de agencia comercial”**.

- B. Continuando con el derrotero marcado por las pretensiones corresponde resolver las pretensiones relativas a la reputada posición dominante de COMCEL y al supuesto carácter abusivo de algunas de las cláusulas que se incorporaron a los contratos.

Sobre la posición dominante – estudio de las pretensiones 7 a 9 de la demanda que hacen referencia a la declaratoria de posición dominante contractual de COMCEL, y a partir de ella, la celebración de contratos de adhesión y la imposición de cláusulas abusivas a sus agentes, se estudiarán todas estas de manera conjunta, por estar ellas estrechamente relacionadas.

En lo que respecta a la posición dominante contractual se dice que quien la detenta se encuentra en una situación ventajosa frente a su contraparte contractual que le permite imponer ciertas estipulaciones. Esa situación ventajosa puede derivar no solo del poder económico que detente sino de la naturaleza del servicio que presta y la posibilidad de poder obtenerlo con otro contratante, entre otros.

Sobre el particular, se tiene la Resolución 2062 de 27 de febrero de 2009 expedida por la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones en la cual se resolvió que *“COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. tenía una posición dominante en el mercado relevante”* de voz saliente. Esa circunstancia advertida por la autoridad administrativa regulatoria, se tradujo en una posición de mercado privilegiada que a la postre ha colocado a COMCEL igualmente en una posición de privilegio en la negociación de los contratos que celebra con sus agentes comerciales. Es un hecho notorio que la convocada es una de las más importantes y grandes empresas del país, y que esa situación la coloca sin duda en una posición de privilegio para negociar los contratos con sus futuros agentes comerciales.

Se allegaron como pruebas al expediente, diferentes contratos celebrados entre COMCEL S.A. y algunos de sus “distribuidores” en los cuales se evidencia que si bien las cláusulas no son idénticas en todos los casos, sí son muy similares entre ellas y se encaminan a recoger unas ideas comunes consistentes, de manera muy general, en hacer énfasis en que los contratos no son de agencia comercial, en que no hay lugar a recibir las prestaciones propias de ese tipo de negocio y en que se renuncia a reclamar en relación

con las eventuales prestaciones que se pudiesen derivar de ese tipo contractual.

Demuestra lo anterior, que COMCEL ejercía sin duda una innegable posición de dominio o de privilegio contractual, lo cual predisponía el clausulado de los “acuerdos” suscritos con sus agentes. Prueba de ello es que revisados aquellos que fueron aportados como prueba, se observa que sin que pueda afirmarse que existe identidad literal entre sus cláusulas, todos ellos contienen estipulaciones muy similares en cuanto a contenido y estructura.

En síntesis, es evidente que en los contratos que dan origen a este proceso, COMCEL ostentó una posición dominante respecto de GLOBALCOM, lo que le permitió imponer los términos y condiciones de los mismos. Se trató en consecuencia de típicos contratos de adhesión, en los que la parte débil no tiene más opción que aceptarlo o rechazarlo, sin ninguna capacidad real de obtener de su contraparte una modificación de los términos preestablecidos por ésta, tal y como lo demuestran algunas de sus estipulaciones:

Vgr. Cláusula cuarta del contrato dispone lo siguiente:

“El presente contrato es de distribución. “Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por COMCEL según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial mandatario ni representante ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresas e instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con ésta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y las condiciones establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas.”

Como ya se estableció el contrato celebrado por las partes reúne los requisitos esenciales del contrato de agencia comercial motivo por el cual, más allá del nombre que las partes le hubiesen otorgado al convenio, lo que verdaderamente pactaron y ejecutaron fue un negocio de esa naturaleza.

En ese sentido es claro que esta cláusula intenta desnaturalizar el verdadero contenido del contrato pues al darle una denominación diferente pretende no solo que de él se excluyan las disposiciones legales que expresamente lo regulan sino precisamente convertirlo en otro que no es para eludir las consecuencias económicas que le son propias.

Lo anterior aplica en la misma medida para la disposición 5.1.

Cláusula 15 del contrato la cual consagra:

“Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los”

revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo y con su propia organización e infraestructura y a los precios establecidos por COMCEL. Respecto de los servicios, EL DISTRIBUIDOR, quien es un profesional independiente, experto y conocedor del mercado, será un comisionista y, por consiguiente, lo pondrá en contacto con COMCEL para la celebración del respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía en los términos y condiciones pactados en este contrato. Por cada contrato que celebre COMCEL, el distribuidor tendrá derecho a la comisión que periódicamente fije COMCEL.

Las partes de manera expresa, voluntaria y con pleno entendimiento acuerdan que a la terminación de este contrato por cualquier causa, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo contractual, en especial, de agencia comercial o también en el caso en que COMCEL deba reconocerle al DISTRIBUIDOR cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago de éste y del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciante ante el público como DISTRIBUIDOR- COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos, por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres (3) años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento o reconvencción alguno al que se renuncia expresamente...”

En relación con esta cláusula puede señalarse que ella no desnaturaliza la causa del contrato celebrado por las partes pero sí implica en el fondo una afectación injustificada al derecho al acceso a la administración de justicia que le asiste a la convocante en la medida en que representa un desincentivo para ejercer sus derechos pudiendo llegar incluso a impedir su ejercicio. Constituye esta estipulación la consagración evidente del abuso en la redacción de los contratos pues lo que en últimas se prevé en ella es que en caso de tener derecho a las prestaciones legales contempladas para la agencia comercial, el agente “automáticamente” se obliga a entregar parte de la llamada “cesantía comercial”, lo cual en últimas vulnera el derecho que la ley contempla en ese sentido.

La prestación que a favor de COMCEL se consigna en esta estipulación no tiene un equivalente para su contraparte, lo cual genera de manera clara un desequilibrio en las obligaciones del contrato y por ello la cláusula es abusiva.

Inciso segundo de la cláusula 17.2 del contrato dispone:

“Todos los muebles, enseres, implementos vitrinas, avisos enseña, rótulo, material de identificación propio y de sus centros o puntos de venta y canales de distribución o subdistribución deberá ser retirado inmediatamente después de la terminación, pues EL DISTRIBUIDOR reconoce que son propiedad de COMCEL sin que EL DISTRIBUIDOR ni terceros puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de COMCEL por designarlo distribuidor. Si COMCEL no solicita la devolución de los avisos, materiales o documentos dentro de los cinco (5) días comunes posteriores a la terminación, el DISTRIBUIDOR deberá hacer que todo ello sea destruido por su cuenta y gasto dentro de los quince (15) días hábiles posteriores.”

El derecho de retención en la agencia comercial está consagrado en el artículo 1326 del código de comercio norma según la cual *“El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización”*.

No puede olvidarse que el derecho de retención es un privilegio en favor de un sujeto a fin de otorgarle una herramienta adicional para la realización efectiva de algún otro derecho que pueda estar amenazado. Y si bien éste sería renunciable cuando las partes se encuentran en condiciones de igualdad negocial, lo cierto es que habiéndose encontrado demostrada la posición dominante de COMCEL y la imposición de cláusulas tendientes a desnaturalizar no solo el contrato de agencia comercial sino los derechos mismos del agente, la incorporación de una renuncia al derecho de retención previsto en el artículo 1326 del Código de Comercio – que es lo que en últimas se pactó en esta cláusula – constituye sin duda un desequilibrio contractual en la medida que impone a la parte débil del contrato la renuncia a un derecho que la ley le otorga precisamente para su protección.

En los anteriores términos, es claro que la cláusula es abusiva y por ello las pretensiones, en relación con ella, habrán de prosperar.

Inciso tercero de la cláusula 30 del contrato disposición que señalan:

“Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.”

Al rompe se advierte que la cláusula aquí analizada es totalmente contraria a muchas de las estipulaciones contractuales impuestas por COMCEL. En efecto, el análisis del contrato demuestra en no pocas ocasiones que se incluyó la negativa al pago de cualquier prestación prevista por la ley para la agencia comercial, e incluso se incluyó su renuncia por parte del agente en caso de que ésta se hubiere causado. Resulta totalmente incoherente y contradictorio que si en cláusulas contractuales se está negando la existencia de un derecho o se está disponiendo la renuncia a él, se afirme que en relación con ese mismo derecho las partes han convenido una forma de pagarlo anticipadamente.

Se trata no solamente de una actuación incoherente y contraria a la buena fe sino encaminada a desconocer el derecho pleno a la comisión del agente y por lo tanto abusiva.

Numeral 6 del anexo A del contrato el cual señala:

“Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.”

Esta disposición refiere a idéntico contenido de estipulación estudiada en el acápite inmediatamente anterior, por lo que se arriba a la misma conclusión sin necesidad de repetir en este punto los argumentos que la fundamentan.

Numeral 5 del anexo C que dispone:

“El Distribuidor, declara que los dineros que sean pagados, provenientes del fondo del Plan CO-OOP, no constituyen una remuneración adicional a las comisiones pactadas en el Anexo A del contrato de distribución. Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan CO-OP se imputarán en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL a EL DISTRIBUIDOR a la terminación del contrato de distribución.”

El contenido de esta estipulación, resulta totalmente abusivo pues pretende convertir en remuneración o pago anticipado de cualquier suma de dinero en favor del agente, los dineros contractualmente previstos para actividades de mercadeo y publicidad de los productos de COMCEL. En ese sentido, se busca con esa estipulación que sumas cuya contraprestación en el sinalagma del contrato no constituyen una remuneración a la labor del agente, se conviertan por virtud de ella en parte de esos pagos o de las indemnizaciones o prestaciones a que tiene derecho, lo cual desde ningún punto de vista resulta admisible.

Numeral 4 del anexo F señala:

“Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiera haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.”

Sin necesidad de entrar en mayores análisis por cuanto el tema ha quedado estudiado con suficiencia precedentemente, es claro que esta estipulación constituye una prueba más del abuso de la posición contractual de COMCEL y de su deseo de defraudar la ley y de desconocer de manera flagrante los derechos en ella previstos. El objeto de esta cláusula se encamina no solo a desdibujar la esencia del contrato sino que adicionalmente impone desde antes del nacimiento mismo de los derechos legales, su renuncia, lo cual como ha sido reiterado por la jurisprudencia es inadmisibles. En esos términos, se trata de una cláusula abusiva respecto de la cual han de prosperar las pretensiones.

Actas de transacción. La parte demandante solicita que se declare que el siguiente texto es abusivo:

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

Si se observa el contenido de la cláusula, se puede concluir que la misma adolece del vicio que anteriormente fue advertido en relación con la cláusula contractual que preveía que de todos los pagos, un 20% se destinaba a cubrir y cancelar cualquier prestación, indemnización o bonificación, derivada de cualquier causa.

No se hace necesario reiterar en este punto los argumentos con los cuales se concluyó que esa estipulación era abusiva, y por ello habrá de acceder igualmente a declarar que el citado texto contiene una previsión con el mismo defecto.

Corolario de lo anterior, y si bien no existe en Colombia una definición legal de lo que es una cláusula abusiva, lo cierto es que el tema ha sido desarrollado por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia mediante sentencia del 2 de febrero de 2001 donde consideró que cláusula abusiva es aquella que *“favorece excesiva o desproporcionadamente la posición contractual del predisponente y perjudica inequitativa y dañosamente la del adherente”*.

De esta forma, lo que caracteriza a la cláusula abusiva es que afecta de manera injustificada, significativa o profunda, una obligación fundamental o esencial del contrato, al punto que éste llega a desnaturalizarse, en la medida en que la función del mismo, la finalidad inmediata que han perseguido las partes al celebrarlo o, para utilizar los términos del artículo 1524 del Código Civil, el motivo que induce al acto o contrato, llega a desaparecer para la parte débil o adherente, por lo tanto ha de accederse a la declaración solicitada en las pretensiones.

Consecuencias de la inclusión de cláusulas abusivas

Demostrado como ha quedado que en los contratos objeto de esta litis se introdujeron cláusulas abusivas por parte de COMCEL, lo procedente es entrar a determinar los efectos de esa inclusión, a saber:

La Corte Suprema de Justicia - Sala Civil- en sentencia del 19 de octubre de 1994, después de un profundo análisis en relación con el abuso del derecho concluyó que:

“(…) Por eso la Sala ya ha puesto de presente, con innegable soporte en las normas constitucionales reseñadas y al mismo tiempo en el artículo 830 del Código de Comercio, que en la formación de un contrato y, específicamente, en la determinación de “las cláusulas llamadas a regular la relación así creada, pueden darse conductas abusivas”, ejemplo prototípico de las cuales “lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en este ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza resulta siendo aprovechada, por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación”.

Con esta decisión de la Corte se abrió paso en Colombia a la doctrina de las cláusulas abusivas, la cual, permite al Juez, previa valoración de cada caso, intervenir en aquellos contratos en los cuales encuentra desatendido el principio de la buena fe contractual contemplado en los artículos 871 del Código de Comercio y 1603 del Código Civil, para dejar sin efectos, por vía de declaratoria de nulidad absoluta, aquellas estipulaciones contractuales que, como las aquí estudiadas, desconocen no solo el principio contractual obligatorio de la ejecución de buena fe de los contratos, sino que desequilibran las relaciones negociales, llegando incluso a desconocer su objeto o su causa.

En esa medida se atenderá a los diferentes pronunciamientos que sobre este

idéntico caso se realizaron al estudiarse las mismas cláusulas y en las que se decidió declarar, de manera oficiosa, la nulidad absoluta de las disposiciones referida como abusivas, y consecuente con ello se negarán las excepciones denominadas “inexistencia del supuesto abuso de posición contractual, por parte de Comcel, de un contrato de adhesión y de la imposición de condiciones abusivas”, “inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales de Comcel”, “improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución” e *“improcedencia de la declaratoria de nulidad o ineficacia de algunas de las disposiciones pactadas en los contratos”*.

- C. Ahora, en consonancia con la conclusión a la que acaba de arribarse, y al tener por sentado que el contrato celebrado entre las partes es típica de agencia comercial, se debe dar aplicación al artículo 1324 del Código de Comercio en cuyo primer inciso se prevé que la prestación allí establecida se causa en el evento de la terminación del contrato, por lo que hay lugar a su reconocimiento, sin perjuicio del análisis de las llamadas actas de transacción, conciliación y compensación, a fin de constatar si las renunciaciones en ellas contenidas afectan o no el derecho a percibir la prestación a que se refiere esta pretensión.

Así, resulta visible que la parte actora solicita que dentro de los factores para el cálculo de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio se incluyan todas las sumas que COMCEL giró a favor de GLOBALCOM y que registró contablemente en la subcuenta No. 233520.

Entrando al fondo de la pretensión, se tiene que el artículo 1324 del Código de Comercio al determinar los factores que deben tenerse en cuenta para el cálculo de la cesantía comercial, indica que ella deberá ser 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”*.

De esta forma, es preciso entender que cualquier remuneración que perciba el agente que tenga como causa el contrato de agencia deberá computarse para el cálculo de la *“cesantía comercial”*, siempre que de alguna manera haya sido desprendida de tal contrato o se halle en conexidad con éste.

Así las cosas, el Código de Comercio no limita el cálculo a las comisiones, sino que también cobija las regalías así como las utilidades percibidas por el agente, de forma que su enumeración no es taxativa, pues al utilizar tres expresiones genéricas, que no son exactamente sinónimas o idénticas, dentro de las cuales cabrían prestaciones de diversa índole, surge la conclusión, ya sostenida en otras decisiones sobre esta materia, conforme a la cual lo importante y lo que se acompasa con la norma señalada, es el beneficio económico recibido por el agente como contraprestación por la labor que ha adelantado, con prescindencia de la denominación que reciba, a fin de calcular la cuantía de la prestación contemplada en este artículo. No sobra añadir que la expresión *“todo lo recibido”* consagrada en dicha norma, cuando se trata de un término contractual inferior a tres años, no permite abrigar dudas a este respecto, pues enfatiza el enfoque de integralidad que dispone dicho artículo.

En particular, en lo referente a la actividad ligada en los centros de pagos y servicios (CPS) este despacho entiende que la actividad desplegada en tales CPS forma parte integral del contrato de agencia, y se asocia e integra a las funciones principales que desarrolló GLOBALCOM. Y es que, al analizar el otrosí mediante el cual se incorporó esta actividad al contrato, se verifica que se agregó otro aspecto a la explotación del negocio del

agenciado por parte del agente distribuidor y, por ello, hace parte de su retribución y debe tenerse en cuenta para el cálculo de la “cesantía comercial” .

Acerca del denominado plan COOP, en virtud del cual se entregaban recursos por parte de COMCEL a GLOBALCOM para cofinanciar las actividades de promoción y mercadeo, esta actividad no puede entenderse sino como un incentivo y un reconocimiento a la labor del agente, por lo cual se incluyen dentro del criterio de beneficios o utilidad y debe ser contabilizado dentro de los rubros integrantes de la “cesantía comercial”.

En síntesis, el cálculo de la prestación debe basarse en la totalidad de la remuneración que COMCEL reconoció a GLOBALCOM, durante la relación contractual entre ambas partes, como reconocimiento a la gestión adelantada por este último, por lo cual prospera la tercera pretensión.

A este respecto la parte convocada manifestó en la contestación a la demanda que COMCEL no pagó ni estipuló comisiones a favor de GLOBALCOM, pues los equipos se entregaban a un precio menor que el comercial, de manera que el distribuidor ganaba la diferencia entre los dos valores. En cuanto a las tarjetas SIM CARD tampoco se reconoce por la convocada que se pagara una comisión respecto a su comercialización.

Sobre este particular, se considera que de la lectura de los documentos que regulan las comisiones y los descuentos en esta materia, se concluye que para COMCEL era fundamental que el equipo registrara alguna actividad en la red, esto es, que el abonado-adquirente efectuara consumos y generara ingresos para COMCEL; luego de los primeros años de vigencia de los contratos esta exigencia evolucionó hacia que si ello no ocurría se debían restituir las sumas recibidas por descuentos o por comisiones.

De lo anterior se concluye que al ser los contratos celebrados entre las partes típicos de agencia comercial, debe dar aplicación al artículo 1324 del Código de Comercio en cuyo primer inciso se prevé que la prestación allí establecida se causa en el evento de la terminación del contrato, por lo que hay lugar a su reconocimiento, teniendo en cuenta los conceptos descritos, los cuales se liquidaran en acápite posterior que verse sobre los perjuicios.

D. Dilucidado lo anterior, se continuará con el estudio de las pretensiones relativas a la inexistencia de pagos anticipados de la prestación mercantil.

Cuestiona la actora que COMCEL rechazó la factura que se le envió al momento de la terminación del contrato bajo el entendido de que no se adeudaba ningún valor por comisiones causadas, debido al tipo de contrato, lo cierto es que la convocada no cuestionó la prestación del servicio, ni el procedimiento de cálculo, de lo cual da cuenta la prueba número 18.

Para dilucidar lo anterior, a lo primero que debemos remitirnos es al dictamen pericial practicado, documento que sobre esta materia frente al interrogante planteado en el cuestionario de la experticia, respondido a página 378 del cuaderno 1:

“¿Las facturas que emitió LA DEMANDANTE a nombre de COMCEL, se registraron como pagos anticipados de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO?”, a lo que se respondió: “De acuerdo con los libros de contabilidad de LA DEMANDANTE, las facturas que esta entidad emitió a nombre de COMCEL, tanto las que incorporaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como las que incorporaron el 20% restante, no se

registraron como pagos anticipados de la prestación mercantil del inciso 1ª del Art.1324 CCO, sino que se contabilizaron como ingresos operacionales.

Y, así mismo al responder el cuestionamiento E.1.f), se reiteró que “de acuerdo con la revisión efectuada a los libros de contabilidad entre los años 2008 y 2017, entregados por LA DEMANDANTE, no se observa registros contables en el pasivo que de cuenta de la existencia de pagos anticipados provenientes de COMCEL.”

Así las cosas, se halla demostrado que GLOBALCOM no registró en su contabilidad ninguna clase de pago anticipado de la cesantía comercial, dado que todo lo recibido al respecto se contabilizó en la cuenta referente a comisiones.

Ahora, en lo que respecta a si alguno de los pagos realizados por COMCEL a la convocante durante el desarrollo del Contrato constituyó pago anticipado o anticipo para el pago de la prestación a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio.” Se considera que es viable el pago anticipado de las sumas imputables a la cesantía comercial y para ello hace eco de distintos planteamientos tanto doctrinales como jurisprudenciales que sobre esta materia se han venido elaborando en los últimos años. Sobre el particular, se destaca la sentencia proferida por la Corte Suprema de Justicia del 28 de febrero de 2005 (Expediente No. 7504) en la cual dispuso:

*“Al margen de la discusión sobre la naturaleza de la prestación a que se refiere el inciso 1° del artículo 1324 de Código de Comercio (...), parece claro que, en línea de principio, ella debe ser satisfecha luego de terminado el contrato de agencia mercantil, como suele acontecer de ordinario, pues, al fin y al cabo, es en ese momento en que puede cuantificarse, a ciencia cierta, el valor de **“la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años”**, que le corresponde al agente por cada año de vigencia de aquel.*

Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia. - lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación -, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes (...).

Desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del Código de Comercio, resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados (...).

Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad, que es abusiva o leonina, o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló- en la realidad-, la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere”. (Subrayado y negrilla fuera de texto)

Así las cosas, resulta válido que las partes en un contrato de agencia comercial acuerden que el agenciado reconozca al agente pagos que se califiquen como anticipo de la cesantía comercial; naturalmente, esta convención será ajustada a la ley siempre y cuando constituya un verdadero pago anticipado de una prestación adicional a aquellas pactadas para causarse durante la vigencia del contrato y, por tanto, dicho “pago anticipado” no sea una forma maliciosa de evadir la cesantía comercial mediante el burdo mecanismo de separar las prestaciones ordinarias del contrato, asignando una parte de las mismas al anticipo sobre la cesantía comercial en vez de causar efectivamente un pago adicional.

En consonancia con lo anterior, es claro que de acuerdo con los diversos cuestionamientos y respuestas dadas por el perito se advierte que este fue reiterativo en manifestar que no existen pagos anticipados de la cesantía comercial cuando ha quedado acreditado en el proceso que los pagos contabilizados por COMCEL como anticipos de comisiones no constituyeron un mayor valor que COMCEL entregara a GLOBALCOM como un pago adicional, sino una porción de las comisiones a las que esta última tenía derecho por el desarrollo del contrato.

Puestas las cosas de este modo, el dictamen resulta dotado de especial fuerza persuasiva por la nitidez de su conclusión y por la objetividad con que expone las respuestas, dado que se trata de un juicio racional y matemático de comprobación, que conduce a su acogimiento por resultar esclarecedor y preciso, notas éstas que caracterizan todo el dictamen rendido por la perito, lo que imprime a la experticia plena firmeza y reconocimiento de calidad técnica que se le atribuye a este medio probatorio.

De esta manera, se halla debida y plenamente probado que GLOBALCOM no recibió pagos anticipados adicionales a las comisiones causadas en razón a la ejecución del contrato, sino que el mismo pago en cuantía y naturaleza se dividió contablemente para que el 80% se calificara como comisión y el 20% se tratara como un anticipo, sin que tal separación correspondiera a la realidad contractual y a lo expresado en las actas de transacción y conciliación.

En este sentido, a pesar de lo dispuesto en las actas de transacción, resulta contrario a la evidencia aceptar que COMCEL efectuó pagos anticipados de la cesantía comercial, pues está demostrado que las mismas comisiones se dividieron bajo la fórmula del 80/20 para darles un nuevo tratamiento contable, en un claro propósito de engaño, contrario a la buena fe contractual, promovido por COMCEL en contravía de los más básicos deberes de lealtad contractual y en abierto desafío de la legislación mercantil colombiana.

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.

E. PRETENSIONES RELATIVAS A INCUMPLIMIENTOS Y ABUSOS IMPUTABLES A COMCEL

En relación con este aspecto, solicita la demandante declarar que COMCEL incumplió el contrato, por haber reducido unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor de la actora, sin tener facultades

para ello y por no haber pagado las comisiones completas sobre todas las activaciones realizadas por ella.

De cara al estudio de estas pretensiones debemos, delantadamente, referirnos a las diferentes retribuciones o contraprestaciones pactadas y analizar las distintas disposiciones contractuales para determinar las facultades de modificación de comisiones y retribuciones, y posteriormente considerar los incumplimientos endilgados por parte de la demandada frente a cada tipo de comisión o retribución.

Ahora, sobre modificación de retribuciones o comisiones que hubieran sido plasmadas en los contratos que rigieron la relación entre COMCEL y GLOBALCOM, se advierte que analizadas las cláusulas que facultarían a la demandada para ajustar las comisiones pactadas, no se observa que ellas plasmen la facultad expresa de modificarlas.

En tal sentido, las cláusulas 6.4, 6.5 y 7.4 del contrato suscrito el 6 de julio de 2005: “6. En ejecución de este Contrato COMCEL podrá: (...) 6.4 Poner a disposición del DISTRIBUIDOR, programas de promoción para ayudar al DISTRIBUIDOR, en la generación de activaciones del Servicio. Estos programas serán ofrecidos y retirados del mercado a discreción exclusiva de COMCEL. “6.5 Informar al DISTRIBUIDOR, tan pronto como se produzcan cambios sobre el establecimiento y modificación de tarifas y de planes promocionales”. “7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR (...).7.4 EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios, valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan la distribución”.

El análisis de las cláusulas antes citadas permite advertir que aluden puntualmente a las tarifas que COMCEL cobraba por sus servicios al público, por concepto de cargo fijo mensual, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios, valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, pero no aluden a la facultad de COMCEL de modificar las comisiones acordadas en el contrato.

En adición a lo anterior conviene reproducir lo plasmado en el “ANEXO A PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR”, en el cual se expresa que “Las comisiones a las que tendrá derecho el DISTRIBUIDOR son las que se indican a continuación y sólo se causarán y serán exigibles dentro de las condiciones previstas en el CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN y en este Anexo A”.

Por su parte el contrato suscrito el 6 de julio de 2005 previó en el numeral 1 del “Anexo A”, PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR:

“1. Para los planes Postpago, con respecto a cada Abonado activado en el Servido, 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.

Obsérvese que tratándose de planes pospago, el anexo contractual dispuso que las tablas de comisiones por comisiones de activación corresponderían a las definidas por COMCEL, es decir, esta entidad se reservó la potestad de fijar dichas comisiones, por lo tanto, en relación con las comisiones y anticipos referidos a pospago no se encuentra que

la modificación por parte de COMCEL desconozca previsiones contractuales o implique su incumplimiento.

En un sentido similar, tratándose de los planes prepago, el citado Anexo A dispuso en el numeral 8:

“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”.

Ahora, asunto bien distinto surge tratándose de las comisiones por residual. COMCEL no podía modificar unilateralmente la comisión por residual, pactada a favor de GLOBALCOM, en el ANEXO A, numeral 2, del contrato, toda vez que, las cláusulas citadas permiten determinar las comisiones que se cobrarían a los usuarios, pero no modificar las comisiones que se pagarían a los distribuidores.

A diferencia de las previsiones citadas en precedencia referidas a planes postpago y prepago, en la cual se definió que COMCEL establecería previamente la tabla de comisiones de activación, el Anexo A no contempló una regla similar para las comisiones por residual. Sobre ellas se dispuso:

“2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada AL DISTRIBUIDOR, comisión que variará dependiendo si el distribuidor está calificado como centro de ventas o como centro de ventas y servicios. Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Está comisión se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantienen abierto al menos un punto de venta capaz de atender las necesidades de los abonados de la región que sirve. El DISTRIBUIDOR dejará de recibir comisión residual respecto de aquellos abonados que se activaron en un punto de venta, cuando dicho punto se ha cerrado por el DISTRIBUIDOR de manera definitiva y no tenga abiertos o no abra al público otros puntos de venta que atiendan las necesidades de los abonados de la misma ciudad o región. 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.

Obsérvese como tratándose de esta comisión las partes no previeron una potestad de modificación unilateral en cabeza de COMCEL como sí existió en la relacionadas con el postpago y el prepago, por lo tanto se considera entonces si la modificación unilateral de estas comisiones era natural al tipo de contrato celebrado, y si COMCEL podría

justificadamente adoptarlas, por lo tanto es claro que no se abren paso las declaraciones solicitadas en las pretensiones décimo octava y décimo novena, incluyendo las subsidiarias.

Como lo han sostenido laudos sobre la materia “para que una estipulación se entienda incluida en un contrato basta probar que la misma es usual, sin que sea necesario probar la existencia de una costumbre. En el presente caso, no existe una norma que le otorgue a una de las partes en un contrato de las características del que se analiza la facultad de modificarlo. Tampoco encuentra el Tribunal acreditada la existencia de un uso y menos aún de una costumbre que permita afirmar que en los contratos como el que se analiza, se entiende pactada la facultad para una parte de modificar la retribución de la otra. Por otra parte, tampoco encuentra el Tribunal que la buena fe en general imponga la existencia de una facultad en tal sentido. (...) De esta manera, ha de concluirse que a falta de norma legal, de una estipulación en tal sentido o de un uso o costumbre, el principio de la buena fe en la ejecución del contrato no reconoce un poder unilateral a una parte de modificar el contrato para ajustarlo a las condiciones variables del mercado.”¹

Visto lo anterior se concluye que, pese a los cambios y evolución en la telefonía celular en Colombia, lo cierto es COMCEL no tenía la facultad de modificar la comisión de residual. Y no soslaya la anterior conclusión una de las aseveraciones de la demandada en el sentido de que GLOBALCOM expresó su voluntad de aceptar las variaciones que se hicieron a las comisiones durante toda la ejecución del contrato, pues recibió los pagos realizados por COMCEL y facturó de acuerdo con lo establecido por dicha compañía. Para la demandada esa situación confirma que la demandante consintió ese procedimiento y no ejerció ninguna acción consecuente con el incumplimiento contractual que ahora alega.

Para reiterar el citado argumento debe expresarse que la cláusula 28 del contrato advierte:

“28.... La mera tolerancia, por una de las partes, respecto del incumplimiento de las obligaciones de la otra parte, no podrá interpretarse como modificación tácita a los términos del presente contrato ni equivaldrá a la renuncia de la parte tolerante a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones incumplidas.”

En ese contexto llama la atención el hecho de que otros ajustes al contrato, si hubieran sido efectuados a través de “otros síes”, verdaderos ajustes contractuales suscritos por las partes con tal intención, situación reveladora de que en esos casos efectivamente hubo una deliberación y acuerdo sobre determinadas disposiciones contractuales.

En este punto es pertinente resaltar que efectivamente aparece acreditado en los folios del proceso que GLOBALCOM, inicialmente, firmó en distintas oportunidades a través de su representante legal, la recepción en un aparte que indicaba “Acepto” en algunas comunicaciones en las cuales COMCEL informaba modificación de comisiones. No obstante, no se considera que dicha aceptación “saneé” una conducta contractual censurable. Era evidente que la posición contractual de COMCEL, el manejo que daba a la facturación y pago, y en general a la gestión documental de esa relación comercial permitía señalar que GLOBALCOM “aceptó” expresamente las modificaciones contractuales sobre comisiones.

Claro lo anterior, debe traerse a colación el artículo 830 del Código de Comercio que señala: *“El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause”*.

El asunto que se somete a estudio no es ni aislado ni novedoso ni mucho menos desconocido tanto para la jurisprudencia como para la doctrina ya que varios Tribunales de arbitramento han tenido ocasión de referirse a esta clase de relaciones. En tales escenarios, este punto ya ha sido objeto de discusión. En forma puntual, se traerá a colación el pronunciamiento contenido en el laudo arbitral proferido el día trece (13) de agosto de dos mil diez (2010), dentro de la causa suscitada por CELCENTER LTDA. EN LIQUIDACIÓN en frente de COMCEL S.A., en donde, respecto del punto en cuestión, se señaló lo siguiente:

“En esta medida, la facultad mencionada debe ejercerse teniendo en cuenta la finalidad para la cual se confirió y las expectativas que tenían las partes al celebrar el contrato. En cuanto al primer aspecto, es claro que dicha clase de facultades se justifican en razón de la competencia existente en el mercado y la gran variación que se presentan en las condiciones del mismo, lo cual determina la necesidad de ajustar las condiciones del contrato a las modificaciones que constantemente ocurren. En este punto se ha de observar que es precisamente el productor quien en razón de su posición en el mercado tiene los mejores elementos de juicio para adoptar las decisiones que se hagan necesarias por razón del comportamiento del mercado y por ello es lógico que el Contrato le reserve tal facultad. En cuanto al segundo aspecto, es evidente que al tomar las decisiones que le corresponden, el productor debe tener en consideración el interés del distribuidor, y por consiguiente, las modificaciones no deben ser hechas en detrimento de los distribuidores y en pro del productor, sino en un beneficio mutuo. A este respecto debe destacarse que el artículo 871 del Código de Comercio al consagrar el principio de la buena en la ejecución del contrato señala que uno de los aspectos que determinan su contenido es “la equidad natural”, lo que implica entonces que en la ejecución del contrato se preserve el equilibrio entre las partes y el interés de cada una”.

El anterior pronunciamiento deja sentado que, en forma sintética, puede condensarse en la idea de que el abuso del derecho o de las facultades otorgadas a las partes en un contrato constituye un evento de incumplimiento de lo convenido. Así, de encontrarse que existió abuso de una de las partes, se deducirá la existencia de un incumplimiento contractual, lo que haría surgir las sanciones a favor de la parte que se considera agraviada por tal incumplimiento.

Vistas así las cosas, de las piezas que conforman el acervo probatorio, se deduce que, en efecto, tuvo lugar una reducción unilateral de los niveles de retribución a favor de la parte actora. El hecho de haber procedido en tal forma indica, cuando menos, un exceso de las facultades de la parte demandada, parte que, como se itera, es la dominante en esta relación.

Al hilo de lo anterior, y tomando en consideración la postura que el Despacho acogerá en lo sucesivo, tal comportamiento permite señalar, así mismo, que la parte accionada incumplió los contratos, fruto de la extralimitación de sus facultades contractuales.

Por lo expuesto, sin perjuicio de lo expresado en relación con las comisiones por pospago y prepago, esta juzgadora considera que las modificaciones unilaterales de comisiones efectuadas por COMCEL en particular a la comisión por residual, introducidas de manera unilateral y en desconocimiento de disposiciones contractuales, constituyeron un incumplimiento de contrato.

Incumplimientos relacionados con la comisión residual: con estas pretensiones se debe estudiar nuevamente el Anexo A del contrato suscritos entre COMCEL y GLOBALCOM sobre la comisión por residual (Clausula 2), por lo que primeramente resulta

necesario establecer, en este punto del análisis, si la demandante fue considerada por COMCEL, CENTRO DE VENTAS, para determinar el porcentaje de la comisión por residual que le hubiera correspondido.

Es así como se observa además que el Anexo D del plurimencionado contrato, contempló disposiciones relativas al “centro de ventas” y a la “apertura de centros de ventas y servicios”. De hecho, el anexo D, expresa en distintos apartes “*este CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN-CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS*”.

Sin que sea necesario ahondar más en el caso, es claro que la misma entidad demandada le otorgaba a GLOBALCOM la condición de CVS, tenía, según las previsiones contractuales indicadas, derecho a percibir una comisión por residual equivalente, la cual posteriormente fue reducida y para lo cual COMCEL carecía de tal facultad.

En consideración a lo anterior, se estima que es procede conceder a la demandante el valor que corresponda a los montos dejados de percibir en lo atinente a comisión por residual, originalmente pactada, ya que, se reitera, éstano era modificable por COMCEL, razón por la cual, al haberla variado unilateralmente incumplió el contrato.

Sobre las pretensiones que versan respecto de las SIM CARD se tiene que efectivamente, en torno al denominado proceso de “legalización” de SIM CARDS se plantearon diferencias entre las partes. Estas implicaron que COMCEL reconociera las bonificaciones sobre aquellas que consideró efectivamente “legalizadas”, mientras GLOBALCOM consideró que lo cumplió en gran parte de las líneas activadas, y que el mismo proceso de activación dadas las características de las plataformas implicaba la legalización, COMCEL consideró que respecto de un número significativo de líneas no se cumplió el proceso de legalización (que distingue del de activación) porque no se acreditaron ciertas verificaciones operativas y documentales.

En tal sentido, dadas las citadas discrepancias, las verificaciones de las cuales dependía el reconocimiento de la bonificación por legalización serán las que en su momento se efectuaron, toda vez que se carece de información que permita determinar, en tan extenso universo de líneas activadas que plantea la demandante, respecto de cuáles sí se acreditaron los requisitos de legalización y dicha verificación particular no se hizo a expensas de la experticia técnica, ni aparece acreditada en el proceso.

En efecto, a más de las diferencias sobre el concepto de legalización, lo cierto es que sobre un número significativo de líneas existieron discrepancias operativas y documentales que llevaron a COMCEL a reconocer únicamente sobre algunas la bonificación por legalización. No puede en este punto el juzgado soslayar el hecho de que cada línea tenía su proceso individual de legalización, y darlo por superado por el mero entendimiento de que cada línea activada correspondía a una línea efectivamente legalizada, cuando ciertamente cada una tenía un proceso de verificación operativa y documental.

Continuando con el análisis de esta pretensión expresa la demandante que las promociones adoptadas por COMCEL produjeron una disminución injustificada de sus ingresos.

En relación con este punto se debe afirmar que, si bien las situaciones planteadas pudieron impactar los resultados de GLOBALCOM, no se advierte de las probanzas del proceso que dicha política haya sido resultado de una conducta contractual deliberadamente

abusiva de COMCEL o concebida para un propósito distinto al enunciado por la demandada.

En adición a lo anterior debe anotarse que COMCEL no obtiene un ingreso efectivo por los valores que concede o “regala” al duplicar la carga efectuada por el cliente, razón por la cual no resultaría equitativo, reconocer un porcentaje de comisión a la actora por dichos valores.

Por todo lo anterior se desestiman todos los literales de la pretensión vigésima primera.

En lo atinente a las variaciones en las condiciones de las SIM CARDS, como ya se advirtió en efecto COMCEL modificó en diversas oportunidades las condiciones de recarga de sim cards, evento que ciertamente, como lo ha reconocido la misma demandada, incidió en los ingresos de GLOBALCOM; Sin embargo, en reiteración de otros apartes de este proveído, debe señalarse que, de una parte, COMCEL tenía la facultad de modificar las condiciones de prestación del servicio a los usuarios de sim cards, y de otra, que los cambios en las condiciones de competencia en el mercado de telefonía móvil hacían necesario reaccionar a través de estrategias como las que cuestiona la convocante.

Como corolario forzoso del análisis de las pretensiones señaladas en este aparte, se declarará que COMCEL, efectivamente incumplió las obligaciones contractuales en los términos descritos anteriormente, relacionadas con la reducción de la comisión por residual. Por lo tanto se declarará que dichas circunstancias tipifican las previsiones de las causales 2a) y 2b) del artículo 1325 del Código de Comercio.

F. PRETENSIONES RELATIVAS A LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO

El principio *pacta sunt servanda* indica que los contratos están hechos para ser cumplidos, de manera que las partes deben cumplirlos, pues en ello radica la eficacia del vínculo contractual. Este principio es de indudable vigencia, y solo admite excepciones en caso de que los contratos sean incumplidos.

Las partes deben cumplir los contratos, a no ser que surja una causa amparada por la ley para no seguir haciéndolo, causa que, de adquirir cierta entidad, permite, incluso, la cesación de la convención. El Código Civil señala en el Artículo 1609, lo siguiente: “*En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos*”.

Así, si una parte incumple, ello releva al otro extremo de cumplir con las obligaciones, y, dependiendo del caso, abrirá paso a la terminación del contrato, siempre y cuando exista causa legal para ello.

En el caso que ocupa nuestra atención, nos encontramos en los terrenos de un contrato de agencia comercial y respecto de su terminación existe norma concreta y especial (Artículo 1325 del Código de Comercio), el cual prevé:

“*Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:*

“1) *Por parte del empresario:*

“a) *El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;*

“b) Cualquiera acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;

“c) La quiebra o insolvencia del agente, y

“d) La liquidación o terminación de actividades;

“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;

“c) La quiebra o insolvencia del empresario, y “d) La terminación de actividades”.

Conforme a la norma anterior, y dependiendo del sujeto, habrá causa justa para terminar el contrato en caso de que concurra alguno de los presupuestos de las causales enlistadas. Para el caso de que sea el empresario quien dé lugar a la terminación, el Artículo 1327 del Código de Comercio señala que en tal evento, habrá lugar a indemnizar al agente en los términos del Artículo 1324 de la misma obra legal.

Hechas las anteriores aclaraciones se estudiará lo referente a las pretensiones consignadas en este acápite, partiendo de la base que se ha configurado un abuso del derecho a ir más allá de las facultades establecidas en el contrato, y si este avance sobre las facultades no se basó en el mejor interés de ambas partes sino en el de una sola de ellas, es claro entonces que existió un incumplimiento del contrato.

Conforme lo anterior, se configura lo establecido en el literal a) del numeral 2 del artículo 1325 del Código de Comercio, que señala como justa causa de terminación del contrato de agencia comercial el incumplimiento de obligaciones de orden contractual o legal. Para el caso, el incumplimiento se ha suscitado por tener lugar conductas que constituyen abuso del derecho.

Por ende, ante el acaecimiento de tales circunstancias, la parte demandante estaba facultada para dar por terminado el contrato, partiendo de la justa causa contenida en la ley, estableciéndose de esta manera la no prosperidad de la excepción “Inexistencia de circunstancias que constituyan un presunto incumplimiento por parte de Comcel y de terminación del contrato por justa causa”. Por los mismos motivos, cabe dar aplicación al artículo 1327 del Código de Comercio, que, como se reseñó, señala que en caso de que la causal acaezca por culpa del empresario, es de lugar ordenar que se indemnice al agente en los términos del artículo 1324 del mismo Código.

G. CONDENAS

Teniendo en cuenta que la mayoría de las pretensiones declarativas prosperaron, corresponde resolver aquellas peticiones de condena para lo cual considera:

Las cesantías comerciales

“Condenar a COMCEL, S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE...la suma de (\$12.348.807.476) o aquella otra que resulte probada en este proceso”; esto correspondiente a la prestación mercantil establecida en el inciso 1°. del artículo 1324 del Código de Comercio.

Al tener claro que el contrato celebrado entre las partes es de agencia comercial, que la cesantía comercial es exigible una vez concluido el contrato de agencia y, concomitantemente, que se ha determinado que la cesantía comercial se halla causada y, conforme se explicó anteriormente, no se encuentra afectada por los documentos de

transacción, conciliación y compensación y que no existieron pagos anticipados ni anticipos que pudieran deducirse del monto adeudado por este concepto, se pasará a verificar los rubros y cuantías que integran la prestación reclamada.

En el análisis efectuado también se demostró que el procedimiento de dividir en 80% y 20% los pagos efectuados, ordenado por COMCEL, constituyó una maniobra contraria a la buena fe y una violación flagrante de la ley comercial, con el propósito inequívoco de soslayar el pago a que tenía derecho GLOBALCOM.

Así las cosas, se declarará la no prosperidad de **la excepción de pago**, ante las dos pretensiones reseñadas, formulada por COMCEL pues se ha desvirtuado el supuesto pago anticipado que habría estado constituido por un 20% de los dineros cancelados por COMCEL, S.A., dado que según la defensa de la empresa demandada, de todo pago que recibiera de COMCEL, GLOBALCOM habría accedido a que el 20% sería pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto fuera exigible o debiera pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, por lo cual debería descontarse la totalidad de dicha suma que la convocante hubiera recibido, para imputarse al pago de esta prestación.

Ahora, respecto de la cuantificación de la Cesantía Comercial se tiene el dictamen del perito, el cual se pronunció sobre este punto expresamente en la página 66 de su experticia (Fl. 366 C-1), en que después de realizar el correspondiente estudio elaboró un cuadro en el que consolidó los valores que se adeudan, datos que aparecen respaldados con los anexos correspondientes y por lo tanto ofrecen total certeza de la liquidación que efectivamente asciende a Doce Mil Trescientos Cuarenta y Ocho millones Ochocientos Siete Mil Cuatrocientos Setenta y Seis (**\$12.348'807.476,00**).

Continuando con lo atinente a los intereses moratorios, ya se había advertido la procedencia en el reconocimiento de los mismos, la cual se hará desde el 6 de diciembre de 2017, los cuales se reconocerán sobre un valor del \$7.612'882.722 (sin recalcular de comisiones), lo cual arroja un total **de \$2.158'351.811**, calculados hasta el 31 de diciembre de 2018.

Las Indemnizaciones del Inciso 2° del Artículo 1324

Al respecto el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio prevé una indemnización equitativa cuando: *“El empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada”* o *“cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.”*

En procura de establecer el valor de la indemnización el legislador dispuso que: *“se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.”*, a efectos de determinar esto se tiene que existe suficiente material probatorio tanto de carácter documental como testimonial que acredita con suficiencia que GLOBALCOM adelantó una destacada y efectiva gestión promocional que condujo a un positivo posicionamiento de COMCEL en las zonas en que desplegó todo su equipo de ventas, con las distintas y variadas herramientas e instrumentos de que hizo acopio, en pos de dicho cometido, concluyéndose que tal labor fue especialmente útil y valiosa para la consecución de una considerable clientela y también para la identificación y el reconocimiento de la marca COMCEL en tales zonas.

Dado que el artículo 1324 ordena que para fijar el valor de la indemnización se habrá de tener en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato, resulta muy apropiado consultar la utilidad que habría podido obtener el agente si los contratos hubieran continuado, pues es dicha utilidad la que hubiera retribuido sus esfuerzos por acreditar la marca y la línea de productos o servicios.

Este mismo criterio ha sido adoptado por la Corte Suprema de Justicia, que sobre el punto de la indemnización equitativa señaló en providencia de julio 6 de 2007 (exp. No. 7504)

*“Con tal base es lo propio pasar a la determinación del monto de la indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio. Con ese propósito, huelga observar que dicha indemnización tiene por fin, resarcir a la demandante el perjuicio que sufrió como consecuencia de la injustificada finalización del contrato de agencia comercial que la vinculaba con la demandada, acaecida el 19 de mayo de 1992, y que como lo estimaron las experticias recaudadas, sin disenso de las partes, **corresponde al valor de las utilidades que dejó de percibir en el tiempo que faltaba para completar la última prórroga del contrato**, es decir, hasta el 10 de julio de 1994, rubro que, por tanto, es expresión clara de un lucro cesante.”* (Subrayado y negrilla fuera de texto)

En el caso sub-exámene, tenemos que el perito, en su experticia cuantificó la indemnización que se reclama, para ello realizó un acucioso estudio pasando por diferentes puntos, experticia que como ya se señaló es de total recibo y acogimiento por parte de este despacho, por lo que se atenderá al valor en tal documento expresado, que es de **\$7.356'597.542** por concepto de indemnización del inciso segundo del Art. 1324 del Co. Co. (Fl. 328 C-1)

Ahora, en lo atinente al lucro cesante por las comisiones no pagadas, este monto también fue objeto de análisis en la experticia (ver fl. 330 C-1), en el que después de analizar 57 facturas y discriminarlas se tiene la suma de **\$1.343'609.169**, suma que deberá pagar COMCEL.

En ese mismo sentido, y refiriéndonos a la pretensión contenida en el literal c), de acuerdo con lo reseñado en apartes anteriores del fallo, es evidente que COMCEL debe asumir las condenas que allí se solicitan, cuya liquidación fue realizada por el perito en su correspondiente experticia las cuales ascienden a la suma de **\$312'982.942,00** (ver Fl. 332 C-1).

En lo atiente al literal L, la convocante basa su reclamo en el hecho de que la carga de cubrir el costo de los servicios de la Transportadora de Valores, en virtud de la cual era obligación suya entregar los recaudos en dinero efectivo realizados por sus CPS con destino a las cuentas bancarias de COMCEL, de acuerdo con lo establecido, los pagos que la agenciada realiza a la empresa transportadora contratada por ella, le fueron sistemáticamente descontados a GLOBALCOM de sus comisiones. Lo cual, en su entender constituye un desplazamiento de costos que naturalmente debieran estar en cabeza del destinatario final para cuya seguridad y garantía fue establecida la intervención del tercero transportador.

La carga de que se habla fue asumida voluntariamente por GLOBALCOM al consentir la estipulación que tal cosa preveía. Ese fue el efecto de la suscripción del Convenio del 14 de noviembre de 2006 que regula específicamente el tema de recaudos, al cual pertenece la cláusula 7.7.1.6 que dice: *“EL DISTRIBUIDOR acepta desde ya y autoriza a COMCEL para descontar en el siguiente corte de la liquidación de los valores que COMCEL adeude al distribuidor, el valor que la transportadora de valores facture a*

COMCEL por concepto del transporte de valores y consolidación de los dineros recaudados diariamente por el distribuidor. El monto de las tarifas cobradas por la transportadora a COMCEL se encuentra consignado en el manual de Recaudos.” Ya se dijo que el hecho de la predisposición de un pacto no afecta por sí misma su voluntariedad al consentirlo, a menos que medie constricción insuperable que no ha sido probada, al igual que no lo ha sido, en general, para ninguno de los que celebraron las partes en este proceso. Queda sólo revisar si el contenido del convenio en estudio aparece contrario a derecho o si establece prestaciones tan asimétricas que impongan al agente una prestación injusta, desproporcionada o irrazonable.

Es así, como no encuentra este Despacho que la adjudicación del costo de la seguridad en el transporte de los dineros al agente haya sido abusiva, ni que el pacto que tal dispone deba ser considerado contrario a norma imperativa ni a ninguna otra limitación de la capacidad de estipular válidamente. Que no hay abuso en pactar que el obligado a la recepción, conservación y entrega de los recaudos asuma el costo correspondiente, tal como sin duda fue la realidad en este contrato, se desprende del interés de ambas partes en que esas operaciones se realicen con las precauciones y cautelas necesarias para asegurar el recibo final de los recaudos por su destinatario. De allí que, correspondiendo al arbitrio bilateral señalar cuál de las dos partes debe correr con los gastos, es perfectamente razonable indicar como tal al recaudador remunerado que recibe los ingresos líquidos con la obligación de entregarlos a su titular, quien es acreedor suyo de tal prestación.

En cuanto a la pretensión condenatoria marcada en la m y n, acerca del reembolso de las liquidaciones e indemnizaciones laborales que GLOBALCOM tuvo que cancelar a la terminación de los contratos, es claro que al vencimiento normal de los contratos correspondía a este último llevar a cabo el pago de las acreencias laborales a su cargo, por lo cual no puede invocarse esta circunstancia como constitutiva de daño emergente; adicionalmente, al contar la demandante con su propio personal y conducirlo con autonomía, es exigencia que se predica del agente comercial y, por ello, los costos referentes al capítulo laboral son del exclusivo resorte de GLOBALCOM y constituyen un gasto propio que no es reembolsable por el Empresario, COMCEL, tal como lo determina el artículo 1323 del Código de Comercio, por lo cual como consecuencia de haberse denegado estas tres pretensiones, tampoco se abre camino la pretensión concerniente a los intereses moratorios respecto a las mismas pretensiones.

Intereses de mora

La pretensión vigésima sexta de condena se encamina a obtener el pago de los intereses moratorios causados sobre la indemnización a que se refieren los literales a) hasta la c) de la pretensión vigésima quinta (teniendo en cuenta que no todas las pretensiones solicitadas se reconocieron)

Es así, como teniendo en cuenta que en el presente caso la demandada se constituyó en mora en el momento en que fue reconvenida judicialmente, se condenará a pagar intereses sobre la indemnización equitativa desde el 28 de septiembre de 2018 hasta la fecha en que se pague la obligación, los cuales serán calculados a una tasa equivalente al 1.5 veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

H. PRETENSIONES ACTAS DE CONCILIACIÓN, TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN DE CUENTAS

En relación con este aspecto se revisará lo concerniente a los conceptos y a los institutos jurídicos a los que se refiere el hilo conductor de las pretensiones, para luego resolver lo pertinente en cada una de ellas. Como se ve, se hace referencia en el título a tres (3) mecanismos diferentes. Estos mecanismos, si bien comparten algunas notas comunes, contienen notas diferenciadoras que suponen contradicciones jurídicas inevitables.

Por esencia, la conciliación y la transacción son negocios que se repudian entre sí, por lo que no puede sostenerse con alguna capacidad de acierto que un mismo acto corresponde a esos dos linajes. Recuérdese que, acorde con los principios generales del derecho civil, los contratos comportan elementos esenciales, naturales y accidentales. Así lo señala el Artículo 1501 del Código de la materia:

“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”.

En el caso que nos ocupa, cumple aclarar a qué se refieren los elementos esenciales de los instrumentos mencionados. Veamos, por ejemplo, la descripción del contrato de transacción:

“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”.

Como se aprecia, el contrato de transacción parte del hecho de que son las partes y no terceros quienes llegan a un acuerdo acerca de una materia que o bien constituye un litigio cierto (y, por ende, pendiente) o bien fulminan la posibilidad de un litigio futuro (que, por lo mismo, es eventual).

Ahora bien, la conciliación NO es un contrato. Se trata de un medio de solución de conflictos, que es definido, en su forma más pura, en el Artículo 64 de la Ley 446 de 1998, en estos términos: *“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”.*

Como se puede apreciar, más que un contrato se trata de un mecanismo legal, que demanda la intervención de un tercero, quien está llamado a facilitar el acuerdo. Además, valga decir que normas más concretas señalan una serie de requisitos que son de necesaria observancia para que la conciliación surta todos sus efectos, efectos que sí comparte con la transacción: el de suponer efectos de cosa juzgada respecto del tema que se transige o se concilia, y el de prestar mérito ejecutivo a los asuntos constitutivos de obligaciones, sean estas de dar, hacer o no hacer.

A su turno, la compensación, en sí misma, tampoco es un contrato. Se trata de un modo de extinción de las obligaciones, que es descrito a su turno por el Artículo 1714 del Código Civil, en estos términos: *“Cuando dos personas son deudoras una de otra, se opera entre ellas una compensación que extingue ambas deudas, del modo y en los casos que van a explicarse”.*

La compensación, en todo caso, no riñe con las figuras de la conciliación y de la transacción, sino que puede hacer parte del arreglo que se alcance en cualquiera de esas fórmulas. En efecto, las partes, bien sea por sí mismas en la transacción o con la intervención (que no con la decisión) de un tercero en la conciliación, pueden alcanzar acuerdos que impliquen el reconocimiento de compensaciones.

Aclarados estos puntos, y en la materia concreta que compete a este Juzgado en este caso, se propone partir de lo señalado en el Artículo 1620 del Código Civil, que establece: *“El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”*. Bajo el supuesto anterior, un instrumento que celebran las partes (y respecto del que se conoce que hubo la intención de alcanzar un arreglo) debe estar llamado a tener algún efecto, salvo que haya concurrido algún vicio del consentimiento o alguna causal de nulidad, cuestión que en el caso ni siquiera fue objeto de proposición.

Descendiendo al caso que nos ocupa, se estima que:

- Los acuerdos a los que se ha hecho alusión no pueden ser denominados como conciliaciones, dado que no concurren los elementos para tener por tales a los arreglos alcanzados por las partes.

- Si bien pueden existir defectos en cuanto a la completitud de los requisitos propios de una transacción, se dará aplicación a lo establecido en el Artículo 1620 del Código Civil y, así, deduce que tales arreglos constituyeron contratos de transacción.

Así las cosas, se reconocerá la existencia de la transacción derivada del acuerdo mencionado. A lo anterior se agrega que no se ha demostrado que en la celebración del mencionado acuerdo se hubiese incurrido en algún vicio del consentimiento.

En todo caso la transacción sólo puede ser reconocida en lo que constituye el objeto de la misma. Por lo tanto las transacciones consignadas en actas suscritas por las partes son válidas y sólo se refieren a las prestaciones puntualmente consignadas en cada una de ellas y para cada caso. En este orden de ideas las transacciones no comprenden las comisiones causadas con posterioridad a dicha fecha ni prestaciones que se causan por razón de la terminación del contrato o que correspondan a decisiones que como las que se efectúan en el presente litigio, están determinadas por la declaración relativa a la verdadera naturaleza del contrato suscrito entre COMCEL y GLOBALCOM.

No obstante lo anterior, es que la relación comercial entre GLOBALCOM y COMCEL, por las características propias del servicio de comunicaciones al que se refería y por la alta carga operativa en su gestión y en la determinación de las prestaciones recíprocas que se causaban, generaba discrepancias usuales, que las partes en cierta etapa de la relación contractual comenzaron a definir a través de las citadas transacciones.

Ahora, como han expresado tanto la demandante como la demandada, los mencionados acuerdos comprendieron, de una parte, definiciones sobre: (i) valores ya causados en la relación contractual, especialmente referidos a las comisiones y bonificaciones, (ii) acuerdos sobre conceptos aún no causados, especialmente referidos a prestaciones que podrían corresponder a la calificación del contrato originalmente denominado de distribución como de “agencia comercial” y a eventuales diferencias futuras sobre comisiones y conceptos otros valores y (iii), renunciadas futuras al inicio de acciones

encaminadas a obtener pagos, indemnizaciones o resarcimientos de distinta naturaleza originados en la relación contractual. En punto a las pretensiones cuya declaración se solicita y a la excepción de transacción expresada por la convocada, debe reiterarse que los acuerdos suscritos por las partes son transacciones válidas, en tanto comprendieron definiciones mutuas de ciertos valores generados en el desarrollo de la relación contractual. Pero debe enfatizarse en que dichas transacciones sólo tienen validez en relación con los montos y conceptos cuya definición fue consignada en las respectivas actas, en tanto correspondieron a valores propios de operaciones ya realizadas.

Es así como al haberse consignado en las actas acuerdos sobre controversias futuras, sobre prestaciones aún no definidas, o incluso al haberse plasmado renunciaciones al ejercicio de derechos o a la interposición de acciones para su protección, es decir, situaciones, valores y controversias aún no definidos, consignaron restricciones abiertamente abusivas, generadoras de un desequilibrio contractual, que corresponden en este momento declarar. En efecto, la situación planteada, no corresponde a un acuerdo equilibrado que pueda entenderse válidamente como un cierre absoluto hacia el futuro de cualquier discrepancia contractual. Obsérvese que al momento de suscribirse las actas había controversias sobre distintos aspectos, pero en manera alguna pueden dichas actas, suscritas al amparo de una práctica usual en cierta etapa contractual ser asidero para entender cercenado “ad infinitum” el derecho de la convocante a reclamar valores distintos a los controvertidos en las referidas etapas, o incluso, implicar renunciaciones al inicio de acciones como la que aquí se tramita, y requerir el reconocimiento de ciertos derechos.

Por lo expuesto no accederá a la pretensión 27 (a), en la medida en que como ha expuesto, las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por COMCEL y GLOBALCOM incorporaron, contratos de transacción, pero se accederá a la pretensión 27 (b) subsidiaria, declarando que las transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones en los períodos ya surtidos y definidos en las mismas actas, pero no a otros asuntos, incluidos otros que son objeto de la presente Litis.

En consonancia con lo anterior se declarará probada la excepción de Transacción invocada por la convocada únicamente con el alcance descrito. Por lo tanto, las transacciones solo corresponden a los conceptos y valores indicados en precedencia y no puede comprender derechos que aún no existían y/o no se habían hecho exigibles al momento de las suscripciones de los respectivos documentos, o derechos respecto de los cuales no existía una disputa en concreto al momento de la suscripción de las respectivas actas.

I. DERECHO DE RETENCIÓN

En cuanto a la pretensión del literal a), argumenta la convocante que dentro de los derechos que la ley le otorga al agente dentro de un contrato de agencia comercial se encuentra el derecho de retención plasmado en el artículo 1326 del Código de Comercio.

El artículo 1326 del Código de Comercio establece:

Art. 1326.- El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.

Como se puede apreciar, el artículo 1326 consagra un derecho de retención del agente sobre los bienes del empresario para asegurar el pago de la indemnización que el mismo Código establece.

Al analizar lo anterior, diáfano deviene la prosperidad de la pretensión contenida en el literal a) y las consecuentes b), 29 y 30 ya que el ejercicio de su derecho no resulta cuestionable y tampoco pueden acarrear intereses moratorios sobre los bienes retenidos.

Seguidamente, la parte demandante solicita el levantamiento y cancelación de las hipotecas y la destrucción de los títulos valores que se encuentren suscritos por la parte actora, petición que se estima está llamada al fracaso, debido a que entiende que los mencionados títulos se emitieron, con fundamento en el artículo 622 del Código de Comercio, como garantía de las obligaciones emanadas del contrato, sin que se tenga conocimiento de si existen procesos o cobros en razón de este acuerdo y al ser la hipoteca accesoria de los títulos, tampoco puede ordenarse su cancelación o levantamiento, máxime cuando ésta no ha sido cuestionada dentro del proceso.

Compensación

En cuanto a la excepción de compensación, es procedente advertir que la misma “opera por el solo ministerio de la ley” (artículo 1715 del Código Civil), lo que quiere decir siendo esta un modo de extinguir las obligaciones que, se repite, “opera por el solo ministerio de la ley”, en las condiciones y con el alcance dispuesto en los artículos 1714, 1715 y 1716 del Código Civil; por tanto, se hará efectiva cuando se establezcan réditos a favor de Comcel y que le sean imputables a GLOBALCOM.

Buena Fe

Considerando que buena parte de las alegaciones de la parte accionada se han centrado en cuestionar la buena fe de la demandante al suscribir y ejecutar un contrato no denominado por las partes como agencia mercantil, para luego pretender que se declare como tal, desconociendo incluso las varias disposiciones contractuales orientadas a excluir de plano la existencia de una agencia comercial, se estima necesario hacer algunas referencias a ello con miras a establecer los efectos de dicha conducta en el caso que nos ocupa.

Sea lo primero advertir que, en términos generales, la buena fe como principio imperante en la celebración y ejecución de los contratos, debe traducirse necesariamente en una limitación para el ejercicio de los derechos subjetivos que “...impulsa a las partes a ser coherentes en su comportamiento, evitando *contradecir sus propios actos, entre otras conductas*”. Este principio, como ya se ha expresado en decisiones de otras instancias sobre asuntos similares, busca entonces que haya consistencia en el actuar de las partes a todo lo largo de su relación comercial, abarcando no solamente el período de ejecución del contrato, sino aún su proceso de formación y extinción. Adicionalmente, para que pueda establecerse que una parte obró contra sus propios actos, deben estar presentes ciertos requisitos, como son (i) la existencia de una conducta anterior que sea jurídicamente relevante; (ii) el ejercicio de un derecho subjetivo que dé lugar a una determinada pretensión; (iii) la existencia de una contradicción entre la conducta anterior y la pretensión posterior; y (iv) la existencia de una identidad de sujetos en la relación dentro de la cual se dieron la conducta anterior y la pretensión posterior.

En el caso que nos ocupa, está probado que GLOBALCOM suscribió un contrato en el que se negó su naturaleza de agencia comercial del cual luego, solicitó la declaratoria de existencia de un contrato, precisamente, de agencia comercial; conducta que no puede ser catalogada como contradictoria ya que, finalmente, todo ello se ha dado en el marco de la relación existente entre unas mismas partes, esto es, GLOBALCOM y COMCEL, de lo cual fluye con meridiana claridad que efectivamente GLOBALCOM ha procedido en contra de sus propios actos.

No obstante lo anterior, resulta igualmente cierto que hay también una evidente contradicción en el obrar de Comcel, cuando, por un lado, propone suscribir un contrato que no denomina como agencia comercial y en el que expresamente se niega ese carácter pero que, no obstante ello, reúne los elementos de tal, como ya se estableció, y contiene disposiciones que reflejan su evidente temor, y casi su certeza, de que el contrato pudiese ser considerado como tal, buscando con ellas contrarrestar los efectos de tal declaratoria.

Dicho lo anterior, se llama la atención sobre lo que considera un ejercicio irresponsable de la libertad contractual de las partes, puesto que ambas, siendo comerciantes y profesionales en este tipo de negocios, observaron conductas inconsistentes entre sí: la una, suscribiendo un contrato que consideraba agencia sin alegar desde el comienzo su condición de tal para luego pretender su declaratoria, y la otra, extendiendo un modelo contractual donde sospechosamente reiteró en exceso la negación de la agencia comercial, pero al mismo tiempo dejó planteadas, para su aceptación por parte del distribuidor, renunciando a las prestaciones derivadas de tal tipo contractual y contraprestaciones a cargo del distribuidor para contrarrestar los posibles efectos negativos que un contrato de esa naturaleza pudiese acarrearle como empresario agenciado.

En este sentido, resulta claro que ninguna de las dos partes puede invocar en su defensa normas y principios que ella misma ha desconocido, y que la conducta confusa y contradictoria de ambas anula la posibilidad que cada una de ellas tendría de haberse valido de la mala fe de la otra para obtener, con base en ello, un pronunciamiento en su favor, lo cual conduce a este Despacho a prescindir de toda consideración sobre la buena o mala fe de cada parte para adoptar su decisión.

J. Prescripción de las acciones las acciones orientadas a que se declare un supuesto desequilibrio económico contractual y a que se declaren nulas las cláusulas del contrato por supuesta posición dominante contractual de Comcel.

Tampoco hay lugar a la aplicación de la prescripción que se alega –Art. artículo 900 C.Cio., en tanto, no se advierte que haya habido incapacidad relativa de alguna de las partes o que GLOBALCOM hubiera incurrido en alguno de los errores dirimientes que señalan los artículos 1.508 a 1.512 del Código Civil, ni que hubiera mediado fuerza o dolo por parte de Comcel para lograr el consentimiento de la otra parte.

K. COSTAS

Teniendo en cuenta las resultas del caso se condenará en costas a la parte demandada a favor de la demandante.

IV. DECISIÓN

En razón de lo expuesto, **EL JUZGADO DIECINUEVE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ**, administrando Justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, **RESUELVE** :

PRIMERO: Declarar probada la excepción de “*transacción*” respecto a los períodos comprendidos en las actas de “*TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN*”.

SEGUNDO: Declarar no probadas las excepciones restantes.

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.

QUINTO: Declarar que COMCEL S.A., en ejercicio de su posición de dominio contractual, predispuso para la demandante las disposiciones contenidas en las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2 inciso 2°, Clausula 30 inciso 2° e inciso 3°, numeral 6° del anexo A, numeral 5° del anexo C, numeral 4° del anexo F y el siguiente texto de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas”: “*EL DISTRIBUIDOR expresamente acepta que dentro de los valores recibidos durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y canceló anticipadamente todo pago, prestación, indemnización, bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A., como consecuencia del contrato de distribución mencionado o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil*”.

SEXTO: Declarar que las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2 inciso 2°, Clausula 30 inciso 2° e inciso 3°, numeral 6° del anexo A, numeral 5° del anexo C, numeral 4° del anexo F y disposiciones contractuales contenidas en las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas a que se refiere la declaración anterior, tuvieron por objeto o como efecto, la elusión y/o la minimización de las consecuencias económicas y normativas propias del contrato de agencia comercial, como son la prestación mercantil e indemnización especial del artículo 1324 del Código de Comercio y el derecho de retención del artículo 1326 de ese estatuto.

SEPTIMO: Declarar que las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2 inciso 2°, Clausula 30 inciso 2° e inciso 3°, numeral 6° del anexo A, numeral 5° del anexo C, numeral 4° del anexo F y disposiciones contractuales contenidas en las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas a que se refiere el numeral QUINTO de la parte resolutive fueron producto de un ejercicio abusivo de la posición de dominio contractual que COMCEL S.A. ostentó frente a la actora GLOBALCOM S.A.S.

OCTAVO: Declarar, de oficio, la nulidad absoluta de las cláusulas 4, 5.1, 5.3, 15, 17.2 inciso 2°, Clausula 30 inciso 2° e inciso 3°, numeral 6° del anexo A, numeral 5° del

anexo C, numeral 4° del anexo F y disposiciones contractuales contenidas en las actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas a que se refiere el numeral QUINTO de la parte resolutive.

NOVENO: Declarar que, a partir de la terminación del contrato, se hizo exigible la obligación que tiene COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. de pagarle a la convocante las respectivas prestaciones mercantiles que regula el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

DÉCIMO: Declarar que, además de las comisiones pagadas por COMCEL S.A., para el cálculo de las prestaciones mercantiles demandadas, se deben tener en cuenta los márgenes de utilidad (descuento) que la demandante recibió por la comercialización de los kits prepago y las SIM CARDS.

DÉCIMOPRIMERO: Declarar que COMCEL S.A. rechazó la factura presentada por la sociedad demandante, correspondiente a los conceptos que por prestación mercantil (Inciso 1° del Artículo 1324 del Código de Comercio).

DÉCILOSEGUNDO: Declarar que GLOBALCOM S.A.S. no recibió pagos anticipados adicionales de las comisiones causadas en razón a la ejecución del contrato, sino que el mismo pago en cuantía y naturaleza se dividió contablemente para que el 80% se calificara como comisión y el 20% se tratara como un anticipo, sin que tal separación correspondiera a la realidad contractual y a lo expresado en las actas de transacción y conciliación.

DECIMOTERCERO: Declarar que las comisiones que se deben tener en cuenta para el cálculo de las prestaciones mercantiles demandadas, son todas aquellas sumas dinerarias que COMCEL S.A. registró en su contabilidad bajo la subcuenta No. 233520.

DECIMOTERCERO: Declarar que en la contabilidad de la actora GLOBALCOM S.A.S. no aparece registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados de la prestación mercantil del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio.

DECIMOCUARTO: Declarar que ninguno de los pagos realizados por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a la demandante durante el desarrollo del Contrato o a su terminación, constituyó pago anticipado o anticipo para el pago de la prestación a que se refiere el artículo 1324 del Código de Comercio.

DECIMOQUINTO: Declarar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. incumplió el contrato, y abusó de sus derechos, por no haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la denominada comisión por residual a que se refieren los contratos.

DECIMOSEXTO: Declarar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. incumplió las obligaciones contractuales relacionadas con la reducción de algunas comisiones y la aplicación de disposiciones contractuales que injustificadamente radicaron en la accionante responsabilidades por hechos que no le era dable controlar y que correspondían a riesgos propios de la prestación de servicios de telefonía móvil, circunstancias que tipifican las previsiones de las causales 2a) y 2b) del artículo 1325 del Código de Comercio.

DECIMOSÉPTIMO: Declarar que GLOBALCOM, con fundamento en el artículo 1327 Código de Comercio, y en los numerales 2a) y 2b) del artículo 1325 de ese estatuto, tuvo una justa causa para dar por terminado el contrato.

DECIMOCTAVO: Declarar, con fundamento en el artículo 1327 Código de Comercio, que la terminación del contrato, sucedió por justa causa provocada por COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., motivo por el cual COMCEL S.A. deberá reconocerle a GLOBALCOM S.A.S. la indemnización prevista en el inciso 2° del artículo 1324 Código de Comercio.

DECIMO NOVENO: Condenar a COMCEL S.A. a pagar GLOBALCOM S.A.S. las condenas que a continuación se relacionan:

1) La suma de doce mil trescientos cuarenta y ocho millones ochocientos siete mil cuatrocientos setenta y seis pesos (**\$12.348'807.476,00**) 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 **\$2.158'351.811,00** correspondiente a los intereses moratorios causados sobre la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, la cesantía comercial derivada de ambos contratos.

3) A título de la indemnización equitativa a que se refiere el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, la suma de **\$7.356'597.542,00**.

4) A título de comisiones facturadas y no pagadas en la última etapa de la relación contractual, la suma de **\$1.343'609.169,00**.

5) A título de comisión por residual, la suma de **\$312'982.942,00**.

6) Los intereses moratorios causados sobre las sumas reconocidas en los numerales TERCERO, CUARTO y QUINTO, desde el 28 de septiembre de 2018 y hasta la fecha en que se pague la obligación, los cuales serán calculados a una tasa equivalente al 1.5 veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

VIGÉSIMO: Respecto de las sumas reconocidas, téngase en cuenta la cesión realizada a INVERSIONES 10.578 S.A.S., respecto del 20% de los derechos litigiosos.

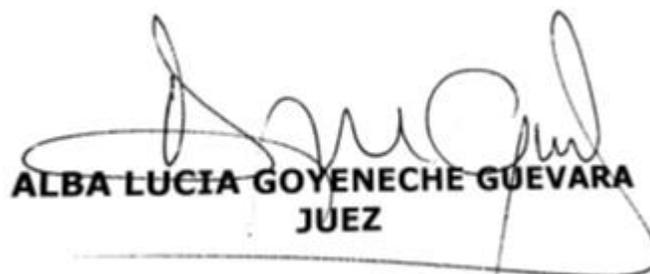
VIGÉSIMO PRIMERO: Declarar que las transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones en los períodos ya surtidos y definidos en las mismas actas, pero no a diferentes asuntos, incluidos otros que son objeto de la presente Litis.

VIGÉSIMO SEGUNDO: Declarar la prosperidad de la pretensión 28 contenida en el literal a) y las consecuenciales b), 29 y 30 ya que el ejercicio del DERECHO DE RETENCION no resulta cuestionable y tampoco pueden acarrear intereses moratorios sobre los bienes retenidos.

VIGÉSIMO TERCERO: Negar las demás pretensiones de la demanda.

VIGÉSIMO CUARTO: Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. a pagar en favor de la demandante las costas del proceso, incluyendo la suma de \$1.500'000.000, oo, por concepto de agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y CUMPLASE



ALBA LUCIA GOYENECHÉ GUEVARA
JUEZ

JUZGADO 19 CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

HOY 28/09/2021 SE NOTIFICA LA PRESENTE PROVIDENCIA POR ANOTACIÓN EN ESTADO No. 173

GLORIA STELLA MUÑOZ RODRIGUEZ
Secretaria