

Señores

**HH. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA
Att. Dr. RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado Ponente
Ciudad**

RADICACIÓN	17-001-40-03-002-2017-00188-00
DEMANDANTE	COMUNIDAD CELULAR S.A. en Liquidación & CAACUPE S.A.S.
DEMANDADA	COMUNICACIÓN CELULAR S. A. - COMCEL S.A.
ASUNTO	SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN

AURELIO CALDERÓN MARULANDA, mayor de edad, vecino de la ciudad de Manizales, identificado con la cédula de ciudadanía número 10.217.434 y con la tarjeta profesional de abogado número 9.484 del C. S. de la J., conocido en el asunto de la referencia como apoderado judicial de la sociedad COMUNIDAD CELULAR S.A. en Liquidación (NIT. 810.004.803-4) por medio del presente procedo a sustentar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida el día 30 del mes de septiembre del año 2019 y la sentencia escrita complementaria proferida el día 9 del mes de octubre de 2019.

Obro para el efecto en término hábil y con sujeción a lo dispuesto en la providencia proferida por el Despacho con fecha 24 de junio del año en curso, notificada el día siguiente.

DE LOS REPAROS CONCRETOS QUE SE LE HACEN A LA SENTENCIA POR PARTE DE COMUNIDAD CELULAR S. A. DESARROLLO DE LOS ARGUMENTOS EXPUESTOS ANTE EL DESPACHO DE PRIMERA INSTANCIA

REPARO PRINCIPAL: Intereses moratorios causados sobre las cesantías comerciales reclamadas

La apelación interpuesta por COMUNIDAD CELULAR S. A. contrajo sus reparos al fallo de primera instancia, en particular, en lo que atañe a los intereses moratorios causados y reclamados sobre el monto de las cesantías comerciales debidas. En tal sentido, la demandante estima que la sentencia se equivoca al disponer el pago de intereses moratorios a partir de la ejecutoria de ésta, desconociendo las reglas relativas a la constitución en mora del deudor.

En los apartes siguientes se exponen los argumentos que, a juicio de COMUNIDAD CELULAR S. A., soportan la petición de revocatoria de la sentencia en este aspecto puntual objeto de reparo.

Las pretensiones respecto de la CESANTÍA COMERCIAL, se formularon así

1ª- Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A. a pagar a COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN, la suma de TRES MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS TRES MIL QUINIENTOS CINCUENTA Y UN pesos moneda corriente (\$3.645.603.551) o la que resulte probada en este proceso por la prestación establecida en el inciso 1º del art. 1324 del C. del Co, prestación que se causó por el agenciamiento comercial de la ZONA OCCIDENTE.

2ª- Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A. pagar a COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN, la suma de SETECIENTOS OCHENTA Y SEIS MILLONES SEISCIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL CIENTO CUARENTA Y DOS pesos moneda corriente (\$786.696.142.00) o la que resulte probada en este proceso por la prestación establecida en el inciso 1º del art. 1324 del C. del Co, prestación que se causó por el agenciamiento comercial de la ZONA ORIENTE.

3ª- Condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A. a pagar a favor de COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN, las sumas de dinero a

las que se refieren las dos pretensiones anteriores, con indexación de las mismas y con intereses moratorios, o con una u otra, efectuada la indexación o computados los intereses moratorios desde la fecha en la que dichas sumas debieron pagarse, es decir, a partir del día 22 de julio de 2015, estos es, a partir del día siguiente al de la fecha en la que COMUNIDAD CELULAR S. A., dio por terminados los contratos de las ZONAS ORIENTE y OCCIDENTE y hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo.

Para el caso de reconocimiento de los intereses, se aplicará para liquidarlos, una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia, intereses que se calcularán a partir de la fecha en la que se hizo exigible esta obligación."

Pretensión subsidiaria a la pretensión 3ª anterior

"En subsidio de la pretensión tercera, se solicita condenar a COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A. a pagar en favor de COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN, los intereses moratorios causados sobre las sumas de dinero a las que se refieren las pretensiones de condena 1ª y 2ª, los cuales se calcularán a partir de la fecha en que COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A. se constituyó en mora conforme con lo dispuesto en el artículo 94 del C. G. del P., aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia."

LA DECISIÓN Y LA RATIO DECIDENDI SOBRE LAS CUALES RECAEN LOS REPAROS A LA SENTENCIA

En la sentencia se resolvió, respecto de las referidas pretensiones, lo siguiente:

"DÉCIMOQUINTO: CONDENAR a la SOCIEDAD COMCEL S.A. a pagar a la SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A., EN LIQUIDACIÓN, cesionaria la SOCIEDAD CAACUPE S.A.S., la suma de CINCO MIL TRESCIENTOS CUARENTA Y SEIS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y OCHO MIL CINCUENTA Y SEIS PESOS (\$5.346.588.056.00), (suma resultante de indexación previa), por concepto de cesantía comercial prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co, en razón de los contratos de agencia comercial desarrollados, en las circunstancias de tiempo y modo expuestas en esta sentencia.

Suma que deberá ser cubierta por lo SOCIEDAD COMCEL S.A., a la ejecutoria de esta sentencia y sobre la misma se generarán intereses moratorios, a la tasa fijada por la superintendencia financiera, conforme al art. 884 del Código de Comercio a partir de dicha ejecutoria."

El despacho, en su providencia, (i) Indexó las Cesantías Comerciales y (ii) condenó a COMCEL S. A. a pagar los intereses moratorios, pero a partir de la ejecutoria de la SENTENCIA. El juzgado negó así, la tercera pretensión de condena, tanto en su versión principal como en su versión subsidiaria.

Para su decisión, el juzgado de primera instancia, expresó:

"Con respecto a la tercera pretensión de este grupo, se denegará condena por intereses moratorios, desde la fecha de terminación del contrato, en razón a que dicha obligación surge es en virtud de este proceso, ante la declaratoria de la existencia del contrato de agencia comercial y establecimiento de los valores a pagar; por tanto, al no existir para la fecha de terminación de los contratos una obligación líquida, clara y exigible, cuyo plazo de pago haya fenecido para la SOCIEDAD COMCEL S.A. no puede proceder cobro alguno por intereses moratorios.

Lo que sí procede, y a ello accederá el Despacho, es a la indexación de tales sumas, en razón a que por sus características y la dinámica del mercado, el dinero pierde valor o capacidad adquisitiva con el transcurso del tiempo. El fin de la indexación no es incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas

económicas, sino actualizarlo, en aras de respetar principios de equidad, justicia y reparación plena”.

Concretamente y para enfocar la atención del HH. Tribunal en los reparos específicamente hechos a la sentencia por parte de la sociedad demandante, debe decirse, primeramente, que la denominada “Cesantía Comercial”, es una obligación mercantil de carácter dinerario, por lo que la sentencia, en atención a lo reglado en el artículo 65 de la Ley 45 de 1990¹, debió condenar al pago de los intereses moratorios desde el momento en el que COMCEL S. A. quedó constituida en mora.

La sentencia pretermitió la aplicación de la disposición citada y, consideró erróneamente, a juicio de la parte demandante, que la cesantía comercial solo surge en virtud del proceso y, específicamente, como resultado de la declaratoria de la existencia del contrato de agencia comercial y la determinación de los valores a pagar.

Se consigna que las consideraciones del Juzgado no se soportan jurídicamente, por varias razones básicas:

a) La cesantía comercial se hace exigible al momento de la terminación del contrato de agencia comercial

Resulta claro, de la lectura de la primera parte del art. 1324 del C. de Co², que las cesantías comerciales reclamadas en este proceso, se hicieron exigibles a partir de la terminación de los contratos de agencia comercial en los que su cobro se apoya, y por el solo hecho de su terminación. Sobre el particular, la doctrina probable de la Corte Suprema de Justicia hace eco de la regla establecida inequívocamente en el inciso 1º del Art. 1324 del C de Co, en las siguientes sentencias:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01 (págs. 35 y 36)

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

Sentencia de marzo 18 de 2003. Sala de Casación Civil. Expediente 6892. (pág. 16)

“No obstante lo anterior, debe resaltarse la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo del contrato fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la otra obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 del Código de

¹ Ley 45 de 1990. Art. 65. “Causación de intereses de mora en las obligaciones dinerarias. En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella. (Se ha subrayado)

² C Co Art. 1324 “El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su **terminación** el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.” (Se ha resaltado)

Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso."

Y en lo que tiene que ver con la exigibilidad de las cesantías comerciales reclamadas, en la parte resolutive de la sentencia se reconoció: (i) Que los contratos de agencia comercial terminaron el 21 de julio de 2015. (ii) Que, consecuentemente, las cesantías comerciales se hicieron exigibles.

Se expresa en el numeral 2º, lo que se transcribe:

"SEGUNDO: DECLARAR que entre la SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A., hoy en liquidación, y la SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.- se celebraron contratos de AGENCIA COMERCIAL, cuyo objeto era promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de la sociedad agenciada y la comercialización de otros productos y servicios de la demandada, regulados por lo en aquéllos consignado y lo dispuesto en los artículos 1317 y ss, del C de Co; donde la relación contractual tuvo inicio con el contrato del 15 de septiembre de 2002, suscrito por COMUNIDAD CELULAR S.A, hoy en Liquidación, y la SOCIEDAD OCCEL S.A.S, luego COMCEL S.A., que correspondía a operación en zona occidente; y, los contratos del 27 de junio de 2006, para operaciones en zona oriente, para la promoción y explotación de productos y servicios de telefonía móvil celular de COMCEL S.A.; para lo promoción y explotación de productos de transmisión de datos y para la promoción y explotación de servicios de telefonía móvil celular y transmisión de datos para equipos Blackberry; contratos que se desarrollaron en forma continua e ininterrumpida hasta el 21 de julio de 2015 fecha en que finalizaron; donde la primera relación duró 12 años, 10 meses y 8 días; y, la segundo 9 años y 24 días.

Consecuentemente, se hicieron exigibles las prestaciones mercantiles reguladas en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co, que equivale a una doceava (1/12) parte del promedio de las comisiones, regalías y utilidades que la SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A., hoy en Liquidación, recibió durante los tres últimos años de ejecución de los contratos, por cada uno de vigencia de los mismos."

b) Las sentencias que se pronuncian sobre la naturaleza de un contrato tienen efectos declarativos (ex tunc) y no efectos constitutivos (ex nunc)

Las sentencias judiciales que se dictan en relación con la naturaleza de un contrato tienen siempre efectos DECLARATIVOS y no CONSTITUTIVOS, pues en ellas simplemente se reconoce una situación jurídica anterior: la existencia de un contrato válidamente celebrado que incorpora unos determinados elementos esenciales.

De la ratio decidendi que soporta la decisión adoptada, se colige que el despacho, respecto de la naturaleza de los contratos demandados, le asignó a la sentencia efectos CONSTITUTIVOS/EX NUNC (desde ahora), cuestión que no tiene asidero jurídico y que, por el contrario, va en contra de los principios y reglas fundacionales del derecho de los contratos. En efecto. Los contratos, cuando se perfeccionan, nacen y existen en la vida jurídica con una determinada naturaleza; y la naturaleza jurídica del contrato depende de los elementos de su esencia y vincula a las partes, como se deduce de la lectura de los arts. 1494³, 1501⁴ y 1602⁵ del C. C.

La naturaleza del contrato comporta una situación que existe jurídicamente desde el momento mismo del perfeccionamiento del negocio. Así, la sentencia que determine la naturaleza jurídica de un contrato determinado, tiene carácter DECLARATIVO pues

³ C. C. Art. 1494 "Las obligaciones nacen, ya del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como como en los contratos o convenciones (...)"

⁴ C. C. Art. 1602 "Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"

⁵ C. C. Art. 1501 "Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. - Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto algún o, o degeneran en otro contrato diferente; (...)"

reconoce una situación jurídica que existe con antelación a la misma demanda. En tal sentido, la

Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019

"... en tanto, que las sentencias 'declarativas', como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, ... por manera que, sus efectos devienen 'ex tunc', esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención colectiva de trabajo, si a ello hay lugar, los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

c) La sentencia que se cuestiona, no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL S. A. quedará constituida en mora de pagar las cesantías comerciales reclamadas

La sentencia, no solamente no reconoce la causación y consecuente pago de intereses moratorios (i) o bien desde la fecha de terminación de los contratos, (ii) o bien desde la fecha de notificación del auto admisorio de la demanda - sea que se orientara por la primera tesis, sea que acogiera la segunda -, atendiendo al criterio que prohijara para determinar cuándo incurrió en mora COMCEL S. A. en el pago de las cesantías comerciales, sino que decidió que los intereses de mora se causan solamente a partir de la ejecutoria de la sentencia, en otras palabras, solamente si COMCEL S. A., en firme la sentencia, no realiza el pago.

La sentencia yerra al desconocer desde cuándo, realmente, incurrió COMCEL S. A. en mora en el pago de las cesantías comerciales objeto de reclamo y, por lo tanto, desde cuándo debe reconocer y pagar los intereses moratorios.

Los razonamientos que siguen se enfocan en demostrar que COMCEL S. A. está en mora en el pago de las cesantías comerciales y, por lo tanto, debe ser condenada al pago de dichos intereses.

Sobre el particular debe decirse que, por regla general, el deudor de una obligación mercantil de carácter dinerario queda constituido en mora desde el momento en que se le notifica la demanda⁶ (Art. 94 CGP).

Esta regla general tiene dos excepciones, según la preceptiva del art. 1.608 del C. C.:

"El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla; (...)"

Bien sea que se aplique la regla general, o bien sea que opere alguna de sus dos excepciones, la constitución en mora de COMCEL S. A., en cualquier caso, fue un acto jurídico que se perfeccionó en un momento anterior a aquel en el que se dictó la sentencia. Por ello, sostener, directa o implícitamente, que los intereses moratorios sobre las cesantías comerciales se causaron solo a partir de la ejecutoria de la sentencia, implica desconocer, abiertamente, lo establecido en el mencionado art. 1608 de la codificación civil.

La mora del deudor es el retraso en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, por causa imputable a él. En tal sentido, el artículo 1608 del C. C. precisa, entre otras

⁶ C. G. del P. Art. 94 "(...) La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, y la notificación de la cesión del crédito, si no se hubiere efectuado antes. Los efectos de la mora sólo se producirán a partir de la notificación. (...)"

razones, que el deudor está en mora automática, cuando hay un término legal o contractual para el cumplimiento de la obligación, y no la cumple en ese término; y en lo que tiene que ver con la cesantía comercial, la obligación de pago a cargo del empresario nace a la terminación del contrato de agencia, por lo que para la causación de intereses de mora en caso de retraso en el pago, no es necesario constituirlo en mora.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de marzo de 2003, dijo:

"En consecuencia, si los demandantes piden simplemente el cumplimiento de aquella obligación contractual y no piden intereses de mora ni perjuicios anejos, la constitución en mora no es requisito que deba acreditarse, aunque sí la exigibilidad de la obligación, que es asunto diferente, distinción ésta que, por lo demás, ha sido reiteradamente sostenida por la Corte, como puede constatarse en Sentencia de Casación Civil 063 del 10 de julio de 1995 (exp. 4540) en la que dijo: "La mora del deudor no puede en ningún caso confundirse con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, como quiera que aquella, como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, consiste en 'el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél' (Casación 19 de julio de 1936, G.J. T. XLIV, pág. 65), en tanto que el incumplimiento es la inejecución de la obligación debida, ya sea ésta positiva (dare, facere) o negativa (non facere). Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo". Por consiguiente, "el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aun acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida", reconvenición judicial que opera desde luego en los casos en que no procede la mora automática (Artículo. 1608 incs. 1º y 2º del C.C.). (Casación Civil del 9 de septiembre de 1999)"

Los errores que se endilgan a la sentencia, en estos aspectos específicos llevaron al Despacho a proferir una condena en intereses moratorios que es propia de los procesos de responsabilidad civil extracontractual pero que no resulta procedente cuando los intereses se reclaman como causados respecto de obligaciones mercantiles de carácter dinerario.

En ese orden de ideas:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, En Sentencia del 7 de diciembre de 2012, Expediente 00327, M. P.: Ruth Marina Díaz Rueda

"La Corte Suprema de Justicia se pronunció sobre la disimilitud de los intereses en materia mercantil y el civil: Sobre el tema de la causación de réditos de la especie exigida, el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en lo pertinente reza: "En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella". Obsérvese, que el precepto alude al concepto de "obligaciones mercantiles", por las cuales se entiende aquellas que provienen de "actos o negocios comerciales", y también que tengan carácter "dinerario", es decir, que su objeto consiste en la entrega por el deudor a su acreedor de una suma de "dinero"; mientras que los "intereses" pretendidos, tienen por finalidad "indemnizar el daño" a partir de la incursión en mora para cancelar el respectivo capital. Sin embargo, en los eventos de responsabilidad civil extracontractual, modalidad a la que corresponde la invocada como fundamento de la súplica resarcitoria, aunque con carácter especial, es claro que solo a partir de la concreción o cuantificación de aquella, pueden generarse réditos, dado que es en ese momento que se establece el monto en una suma líquida y la oportunidad para hacer el pago, empero no corresponden en este caso a los de naturaleza "mercantil", porque no derivan de un "acto o negocio" de esa índole, hallándose el sustento para su exigencia, en el artículo 1617 del Código Civil, y así lo ha entendido la jurisprudencia de esta Corporación."

La Corte Suprema de Justicia, asimismo, revela que el Art. 65 de la Ley 45 de 1990 se aplica: **(i)** A las obligaciones mercantiles de carácter dinerario que tuvieran por fuente un negocio o contrato mercantil; **(ii)** y a las obligaciones mercantiles de carácter dinerario de origen legal:

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil uno (2001), Referencia: Expediente No. 5876

"De conformidad con este artículo 65 -Ley 45 de 1990-, que de alguna manera sustituye el artículo 883 del Código de Comercio, la obligación de pagar intereses con ocasión de la mora, se predica no solamente con respecto a las obligaciones surgidas de los negocios y contratos mercantiles, como otrora se afirmaba, y como es la del caso, pues a propósito de la resolución del cargo anterior quedó definido que se trata de una responsabilidad contractual, sino de todas las "obligaciones mercantiles de carácter dinerario", como lo expresa la propia norma citada, incluyendo, por supuesto, entonces, las obligaciones mercantiles de origen legal."

d) En la demanda se solicitó se ordenara el pago de las sumas de dinero reclamadas por concepto de cesantía comercial "con indexación de las mismas y con intereses moratorios, o con una u otra, efectuada la indexación o computados los intereses moratorios desde la fecha en la que dichas sumas debieron pagarse, es decir, a partir del día 22 de julio de 2015, estos es, a partir del día siguiente al de la fecha en la que COMUNIDAD CELULAR S. A., dio por terminados los contratos de las ZONAS ORIENTE y OCCIDENTE y hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo."

En lo que tiene que ver con esta pretensión, la sentencia negó la condena por intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato, como antes se explicó, accediendo a la indexación de las sumas reclamadas, precisando para este reconocimiento, que la indexación resulta procedente *"por sus características y la dinámica del mercado, el dinero pierde valor o capacidad adquisitiva con el transcurso del tiempo. El fin de la indexación no es incrementar o aumentar el valor nominal de las sumas económicas, sino actualizarlo, en aras de respetar principios de equidad, justicia y reparación plena"*.

Sobre esta cuestión en particular, en reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia, se expresó lo siguiente:

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018). Referencia: SC2307-2018

"Adicionalmente, esas cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. nº 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio.

Para tal actualización monetaria, en consecuencia, se utilizará el Índice de precios al consumidor, aplicando la fórmula según la cual el valor histórico multiplicado por el IPC actual y el resultado de ésta operación dividido por el IPC histórico arroja el valor presente de la misma suma de dinero.

(..)

Con sujeción al inciso final del artículo 308 del estatuto procesal civil, el valor que por corrección monetaria corresponda cancelar a la inicial convocada a partir del 1º de febrero del año en curso y hasta cuando se verifique el pago de la obligación, deberá determinarse en la forma fijada en precedencia.

Además de la indexación se ordenará el pago del interés legal previsto en el artículo 1617 de la codificación sustantiva civil, de la forma que la Sala ha estimado procedente (CSJ, SC11331 de 2015, rad. n° 2006-00119), que corresponde a la tasa del 6% anual sobre el capital nominal o cantidad de dinero que originalmente fue entregada por el prometiente comprador.

(...)

Los mencionados intereses que sobre la suma de (...) se causen a partir, inclusive, del 1º de febrero del presente año, deberán liquidarse con sujeción a los parámetros que se dejaron consignados en esta providencia y al mandato contenido en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.”

De la revisión de esta sentencia se deduce:

- 1- Que la actualización monetaria se ordenó desde la fecha en la que fueron entregadas las sumas de dinero que la Corte ordenó reintegrar.

En tal sentido, la decisión del Juzgado coincide con la sentencia comentada, como quiera que el Despacho liquidó la corrección monetaria desde la fecha de terminación de los contratos.

- 2- Que el valor por indexación monetaria que debe pagarse a partir del día siguiente al de la liquidación de la condena indexada y hasta la fecha en la que se realice el pago, se determinará aplicando la misma regla de reajuste tal como lo dispone hoy, el art. 284 del C. G. del P.

- 3- Que además de la indexación, ordenó el pago de intereses (en este caso intereses legales según lo determina el Código Civil pues se trataba de un proceso relacionado con una promesa de contrato, no con un negocio de carácter mercantil), los que la Corte liquidó desde la fecha en la que fueron entregadas las sumas de dinero y hasta la fecha señalada en la providencia, indicando que los intereses deben liquidarse conforme a los mismos parámetros sobre la suma indexada, a partir del día siguiente de esa liquidación y hasta la fecha de su pago efectivo, conforme al mandato contenido hoy, en el art. 284 del C. G. del P.

La sentencia apelada solo reconoce y dispone la liquidación de intereses, sobre la suma indexada, a partir de la sentencia proferida y no desde la fecha en la que se hizo exigible la obligación, es decir, desde la fecha en la que debía pagarse la cesantía comercial, en otras palabras, desde la terminación de los contratos.

Conclusiones

En resumen, puede concluirse lo siguiente:

- La cesantía comercial constituye una obligación mercantil de carácter dinerario y de origen legal, que pertenece al contrato de Agencia Comercial, como un elemento de su naturaleza.
- Dicha prestación económica se hace exigible al momento de la terminación del contrato de Agencia Comercial, y por ese solo hecho.
- Con fundamento en el art. 65 de la Ley 45 de 1990, sobre el monto de la cesantía comercial se causan intereses moratorios, en caso de mora del deudor y a partir de ella.

Determinado que sobre la cesantía comercial se causan intereses moratorios por el solo hecho de la mora y a partir de ella, sigue determinar cuándo quedó COMCEL S. A. constituida en mora, en el caso concreto:

a) Primera tesis. Pretensiones de condena. Pretensión 3ª Principal. COMCEL S. A. está en mora de pagar las cesantías comerciales desde la terminación de los contratos demandados. COMCEL S. A., como está probado en el proceso, no pagó a COMUNIDAD CELULAR S. A. las cesantías comerciales que se hicieron exigibles el día 21 de julio de 2015 (fecha de terminación de los contratos), en otras palabras, no cumplió su obligación dentro del término legalmente estipulado para ello.

Y como quiera que COMCEL S. A. no cumplió su obligación dentro del término legalmente estipulado, desde el 21 de julio de 2015, según lo dispuesto en el numeral 1º del art. 1608 del C. C., está en mora de pagar las referidas cesantías comerciales:

Dicha disposición sienta una regla general según la cual, el deudor está en mora si no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado, ora legal, ya contractualmente.

En este punto es del caso señalar que en tratándose del pago de la cesantía comercial regulada en el art. 1324 del C de Co, la ley no establece la necesidad de requerimiento o reconvención alguna alguno como requisito para la constitución en mora del empresario agenciado (COMCEL S. A.); por ello, resulta claro que COMCEL S. A. está en mora de pagar las Cesantías Comerciales a favor de COMUNIDAD CELULAR S. A. desde el DÍA 21 de julio de 2015.

Respecto de lo que aquí se plantea, en Laudo Arbitral de COMCELULARES F. M contra COMCEL S. A. se dijo:

"Además, como de acuerdo con el artículo 1324 del Código de Comercio dicha prestación debe pagarse a la terminación del contrato, considera el Tribunal que a partir de dicha fecha se deben causar intereses de mora a la tasa más alta autorizada, pues en dicho momento se configura la mora de conformidad con el numeral 1º del artículo 1608 del C. Civil. En efecto, el artículo 1608 del Código Civil dispone: "El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora." (...) Por su parte el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil establece en su segundo inciso: "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes." De lo anterior se desprende que la constitución en mora por la notificación del auto admisorio de la demanda prevista por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil sólo opera cuando no se aplican los numerales 1º y 2º del -Art. 1608- del Código Civil. Ahora bien, estos numerales prevén la constitución en mora bien sea cuando la obligación debe cumplirse en un término estipulado, o cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. En estos casos la mora opera sin que sea necesario requerimiento alguno."

Por lo expresado, procede estimar favorablemente la pretensión de reconocimiento de intereses de mora computados una y media veces el interés bancario corriente certificado, desde la fecha en la que debieron pagarse las sumas reclamadas, conforme se solicitó en la demanda.

En consecuencia, y al aplicarle al capital debido las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tiene que los intereses moratorios que sobre las Cesantías Comerciales se han causado entre el 21 de julio de 2015 y el 30 de septiembre de 2019, totalizan las siguientes cantidades:

▪ Contrato Occidente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 3.645.603.551.00
Fecha en que venció el pago	21 de julio de 2015
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	1.532
Intereses a pagar	\$4.505.123.000.00

▪ Contrato de Oriente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 786.985.368.00

Fecha en que venció el pago	21 de julio de 2015
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	1.532
Intereses a pagar	\$972.530.000.oo

Como la sentencia de segunda instancia se dictará en un momento posterior a la fecha de la providencia recurrida, el H. Tribunal Superior, de aceptar los reparos que sobre el particular se hacen a la sentencia, deberá adicionar los intereses moratorios que se ha causado entre el 1º de octubre de 2019 y la fecha en que se dicte la providencia con la cual se resolverá el recurso de alzada.

b) Segunda tesis. Pretensiones de condena. Pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. COMCEL S. A. está en mora de pagar las cesantías comerciales desde la fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda. Si el H. Tribunal negara la pretensión 3ª principal de condena en lo que se refiere al reconocimiento de intereses moratorios a partir del día 22 de julio de 2015, esto es, a partir del día siguiente al de la fecha en la que COMUNIDAD CELULAR S. A., dio por terminados los contratos de las ZONAS ORIENTE y OCCIDENTE y hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo, procedería la pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal y en virtud de la cual se solicita condenar a COMCEL S. A. a pagar los intereses moratorios causados sobre las Cesantías Comerciales a partir de su constitución en mora con fundamento en lo establecido en el inciso 2º del art. 94 del C. G. del P, disposición conforme a la cual,

"La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin (...9. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación".

Al aplicarle al capital debido las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tiene que los intereses moratorios que sobre las cesantías comerciales se han causado entre el 19 de diciembre de 2017 (fecha de notificación del auto admisorio de la demanda) y el 30 de septiembre de 2019, totalizan las siguientes cifras:

- Contrato de Occidente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 3.645.603.551.oo
Fecha en que venció el pago	19 de diciembre de 2017
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	650
Intereses a pagar	\$1.800.662.000.oo

- Contrato de Oriente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 786.985.368.oo
Fecha en que venció el pago	19 de diciembre de 2017
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	650
Intereses a pagar	\$388.713.000.oo

Como la sentencia de segunda instancia se dictará en un momento posterior a la fecha de la providencia recurrida, el H. Tribunal Superior, de aceptar lo que acaba de exponerse, deberá adicionar los intereses moratorios que se han causado entre el 1º de octubre de 2019 y la fecha en que se dicte la providencia con la cual se resolverá el recurso.

Respecto de estos planteamientos, es decir, los que se hacen al presentar las denominadas **primera y segunda tesis**, resulta oportuno mencionar dos decisiones contenidas en Laudos Arbitrales recientes que toman partido por una u otra tesis.

La primera tesis es la que corresponde, en las pretensiones de condena, a la tercera pretensión principal que procura el pago de los intereses desde la terminación de los contratos demandados, fecha a partir de la cual COMCEL S. A. incurrió en mora, por ser exigibles, desde entonces, las cesantías comerciales.

Esta tesis fue asumida en el Tribunal de Arbitramento de **CELL NET DE OCCIDENTE S.A. contra COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. - EXPEDIENTE 15741**, laudo proferido el día 3 de febrero de 2020, que se transcribe en lo pertinente:

"1.3.- CONSIDERACIONES PARA RESOLVER

1.3.1.- *Definido como quedó que el vínculo contractual que unió a las partes de este proceso corresponde a un Contrato de Agencia Mercantil, debe darse aplicación a lo previsto en el Artículo 1324 del Código de Comercio, específicamente a lo que atañe con la prestación contemplada en el inciso primero de dicha disposición, cuyo tenor literal, bien conocido por todos, indica que "a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor."*

De acuerdo con dicha norma, la citada prestación se causa a la terminación del contrato y corresponde a. una suma de dinero que equivalga a la doceava parte del promedio de todas las comisiones, regalías o utilidades que haya recibido el agente comercial en los tres últimos años de duración del contrato, por cada uno de vigencia del mismo, salvo que el contrato hubiese tenido una vigencia inferior a tres años, evento en el cual la prestación corresponderá a la doceava parte del promedio de todo lo recibido.

Acerca de la naturaleza jurídica de dicha prestación, en el presente Laudo no se hará ninguna consideración, toda vez que sobre ese particular tópico existe suficiente doctrina y jurisprudencia que hace que se trate de un tema que no amerita discusión alguna.

1.3.2.- *El primer punto que requiere ser dilucidado en el presente Laudo Arbitral, es el que atañe a si la prestación en comento debe liquidarse sobre la totalidad de las comisiones recibidas. por el agente en los tres últimos años de duración del contrato o si dicha prestación debe liquidarse sobre la utilidad que el agente comercial haya obtenido como consecuencia de su actividad. Lo anterior resulta de vital importancia en la medida en que COMCEL cuestionó la eficacia probatoria del dictamen pericial elaborado por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA., aportado por la parte Convocante para efectos de la cuantificación, entre otros rubros, de la prestación mercantil contenida en el inciso primero del Artículo 1324 del Código de Comercio, cuestionamiento que partió de la base de señalar que el perito se equivocó al cuantificarla con fundamento en los ingresos obtenidos por el agente y no por la utilidad.*

En efecto, adujo la convocada que la cesantía comercial que en este proceso alega CELL NET que se le adeuda está calculada sobre ingresos, siendo que las empresas se lucran de la diferencia entre los ingresos y los costos, es decir, utilidad. Este error hace que de manera injustificada se incremente en forma absurda la supuesta cesantía comercial adeudada. Por ello, con el dictamen pericial de contradicción rendido por los peritos Jorge Arango y Melissa Varela, y con el interrogatorio formulado al perito Eduardo Jiménez, gerente de JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA., se evidencia que la cesantía comercial calculada por este último no tiene en cuenta los valores que corresponden y por esto su cálculo resulta equivocado, por no ajustarse a la realidad.

En dicho dictamen pericial se observa, según COMCEL, que el cálculo de la cesantía comercial presentado por CELL NET incurre en yerros desde los supuestos en que se basan para el mismo, pues se están contabilizando los ingresos con base en facturas, los cuales son evidentemente mucho más altos que las utilidades finales.

1.3.3.- *Al respecto, considera el Tribunal que de conformidad con lo preceptuado en el Artículo 1324 del Código de Comercio, todos los ingresos percibidos por el agente deben hacer parte de la liquidación de la prestación en comento, conocida como "Cesantía Comercial". El texto de la norma no ofrece duda alguna, pues expresamente se hace referencia a que la liquidación de dicha prestación debe hacerse sobre la base de "la comisión, regalía o utilidad"; expresiones que no son sinónimas y que dan a entender con claridad que para el efecto debe tomarse los ingresos percibidos por el agente comercial.*

Si el legislador hubiese querido que para los fines de cuantificar el monto de la prestación en comento se descontaran todos los costos en los que incurrió el agente comercial, así lo habría señalado; sin embargo, como se dijo, de la lectura de la norma no se desprende en modo alguno que deba procederse a restar o descontar los costos y gastos que el agente comercial tuvo que pagar para adelantar sus actividades de promoción, por lo que el Tribunal entiende, de la recta interpretación de la norma, que todos los ingresos que el agente comercial haya percibido con ocasión de su actividad, a título de comisión, regalía o utilidad, deben ser tenidos en cuenta para el propósito de liquidar la prestación en comento.

Si se aceptara la tesis expuesta por COMCEL, esto es, que deben descontarse los costos en los que el agente incurre para adelantar su operación, se desdibujaría la norma en cita y ningún sentido tendría que, por ejemplo, el mismo precepto de manera expresa haya señalado que cuando el contrato tiene una vigencia inferior a tres años la cesantía comercial se calcula con base en él "promedio de todo lo recibido"

Por todo lo anterior, el Tribunal considera que no le asiste razón a COMCEL y que el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. no incurrió en yerro alguno al haber calculado la cesantía comercial con base en los ingresos y utilidades percibidos por CELL NET en razón de su actividad de promoción ejecutada en desarrollo del contrato que, según se ha dicho, correspondió en realidad a uno de agencia comercial.

1.3.4.- *En consonancia con lo anterior, para efectos de calcular el valor de la prestación mercantil, el Tribunal se basará en el citado dictamen pericial elaborado por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA., toda vez que, al amparo de lo establecido por el Artículo 232 del Código General del Proceso, se trata de una experticia debidamente fundamentada, sustentada en documentos contables, que contiene suficientes explicaciones: y cuyas conclusiones no fueron desvirtuadas en el curso del proceso. A ello se agrega que fue elaborada por un experto con suficientes conocimientos y experiencia en materia financiera y contable, con la independencia e imparcialidad requerida para tal fin.*

En este sentido, debe ponerse de presente que si bien es cierto COMCEL controvertió la citada prueba pericial a través del dictamen elaborado por Jorge Arango Velasco y Melissa Vareta, no lo es menos que esta última prueba pericial no es categórica y concluyente a la hora de evidenciar un verdadero yerro o dislate cometido por JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. Hay que recordar que para que un dictamen pierda su eficacia probatoria por la comisión de errores graves, deben estar presentes equivocaciones notorias y trascendentes que traigan como consecuencia que las conclusiones incorporadas en dicho medio de prueba resulten contraevidentes, lo cual no ocurre en este caso, toda vez que JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. se limitó a hacer un cálculo objetivo basado en los ingresos y utilidades obtenidas CELL NET en desarrollo y ejecución del contrato de agencia comercial celebrado por COMCEL, a lo cual debe añadirse que en el dictamen se hace una discriminación de dichos rubros y se explica con suficiencia la forma de realizar el cálculo de que trata el citado Artículo 1324 del Código de Comercio, habiéndose aportado los soportes documentales y contables requeridos para tal menester.

Tampoco observa el Tribunal que a la hora de hacer las revelaciones de ley y de suministrar la información de que trata el artículo 226 del Código General del Proceso, el perito JEGA ACCOUNTING HOUSE LTDA. haya incurrido en omisiones graves a partir de las cuales se pueda deducir una falta de objetividad o imparcialidad del perito. Hay que recordar que los requisitos, informaciones y manifestaciones exigidos por la norma en comento tienen como propósito brindarle al juez elementos de juicio para valorar adecuadamente la prueba pericial. En este caso, como ya se dijo, no encuentra el Tribunal que se haya incurrido en una omisión que le reste credibilidad al dictamen, máxime cuando en la diligencia de interrogatorio se ofrecieron suficientes explicaciones que le permiten al Tribunal concluir que se trata de una prueba pericial objetivamente sustentada.

1.3.5.- Para el cálculo de la prestación a la que se ha venido haciendo referencia, el perito tuvo en cuenta los ingresos que a título de comisiones, regalías y utilidad recibió CELL NET en los últimos tres años de ejecución del contrato; partiendo de la base de que el contrato terminó el 8 de marzo de 2018, las comisiones que deben tenerse presentes para tal fin son las recibidas desde el 9 de marzo de 2015, como en efecto lo hizo aparece en el peritaje.

Adicionalmente se incluirá también en el cálculo de la denominada cesantía comercial, el valor de aquellas prestaciones que no le fueron debidamente reconocidas a CELL NET, es decir, las comisiones que COMCEL le debió pagar y se abstuvo de hacerle y, en general los demás ingresos a que tenía derecho la Convocante, tal como se evidencia en el Cuadro que se incluye a continuación.

(...)

1.3.6.- Así las cosas, el valor total de la prestación mercantil asciende a la suma de \$10.865.348.921.

Sobre esta suma se reconocerán intereses comerciales moratorios desde la fecha de terminación, habida cuenta que así lo dispone de manera expresa el Artículo 1324 del Código de Comercio, precepto que con total claridad enseña que dicha prestación surge a la finalización del vínculo contractual.

Significa lo anterior que, con independencia de que en el proceso se haya discutido la naturaleza jurídica del referido contrato, lo cierto es que al momento de la terminación del mismo COMCEL debió pagar tales cantidades de dinero a favor de CELL NET, lo cual implica que, de acuerdo con lo señalado por el Artículo 1608, numeral 1 del Código Civil la Convocada incurrió en mora desde el día 9 de marzo de 2018, teniendo en cuenta que el contrato finalizó el día anterior.” (Se resalta)

La segunda tesis corresponde, en las pretensiones de condena, a la pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal que procura el pago de los intereses afirmando que COMCEL S. A. está en mora de pagar las cesantías comerciales desde la fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda.

Esta tesis aparece prohijada en el Tribunal de Arbitramento de **CELCOM S. A CONTRA COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, laudo proferido el día 1º de junio de 2020, que se transcribe, también, en lo pertinente:

"Sobre este punto, el Tribunal considera que tal y como se señaló en el Laudo Simtec vs COMCEL, la regla general del ordenamiento civil para la constitución en mora del deudor descansa sobre el principio de reconvención o interpelación al deudor, conforme lo dispone el artículo 1608, numeral 3 del Código Civil. Los eventos regulados en los numerales 1 y 2 de la misma disposición son excepcionales en tanto se refieren a situaciones en las que se ha pactado un plazo para el cumplimiento de la obligación (numeral 1) o cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla (numeral 2).

Bajo esas circunstancias, los artículos 1610 y 1615 del Código Civil disponen que el acreedor tiene derecho a que se le indemnicen los perjuicios por la mora, indemnización que se debe desde que el deudor se ha constituido en mora,

salvo que ésta se haya producido por fuerza mayor o caso fortuito, evento en el cual no hay lugar a indemnización de perjuicios (artículo 1616 del Código Civil).

Así las cosas, la mora del deudor presupone la existencia, la exigibilidad y el incumplimiento previo de la obligación, y, de acuerdo con lo establecido en el numeral 3 del artículo 1608 del Código Civil, se configura, por regla general, cuando el deudor es reconvenido judicialmente por el acreedor, lo cual, de conformidad con las normas consignadas en el estatuto procesal se logra con la notificación del auto admisorio de la demanda respectiva, salvo que se presente alguno de los eventos previstos por el legislador para entender que la mora debitoria se estructura en un momento anterior, vale decir, cuando la obligación incumplida está sujeta a un plazo suspensivo pactado por las partes para su pago, o cuando la respectiva prestación sólo podía haber sido ejecutada con interés para el acreedor dentro de cierto tiempo que ya pasó, según disponen, en su orden, los numerales 1 y 2 del mismo artículo 1608 del Código Civil.

La regla general de estructuración de la mora con la reconvenición judicial, asumiendo que no se presentan las reseñadas hipótesis especiales de los ordinales 1 y 2 del artículo 1608 del Código Civil, tiene a su vez una excepción de índole diferente, en que se pospone la configuración de la mora para un momento posterior, cuando tiene cabida la aplicación de la máxima según la cual "sin liquidez no hay mora", concebida por la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, de tiempo atrás, bajo el entendimiento de que el pago de intereses de mora exige la certeza de una suma líquida de capital (*in illiquidis non fit mora*). Así, por ejemplo, ya en la década de los años 1930, esa Corporación había manifestado que "La mora en el pago sólo llega a producirse cuando existe en firme una suma líquida a cargo del deudor" y que "Para poder condenar a intereses era preciso que [la demandada] deudora estuviera en mora, y ello no era posible determinarlo estando la indemnización sin liquidar".

De conformidad con lo anterior, la obligación de pagar la prestación mercantil a la que se refiere el artículo 1324, inciso 1 del Código de Comercio, no está sometida a plazo, ni es de aquellas que pudo ser cumplida o ejecutada sino dentro de cierto tiempo, razón por la cual respecto de ella se debe aplicar el principio general de reconvenición judicial, contemplado en el artículo 1608, numeral 3 del Código Civil.

Así las cosas, el Tribunal rechazará parcialmente la Pretensión Décima Novena y declarará que prospera la Excepción que la Convocada denominó ". IMPOSIBILIDAD DEL COBRO DE INTERESES DESDE LA TERMINACION DEL CONTRATO DE DISTRIBUCION" al contestar la Demanda Principal. **Consecuentemente, para el cálculo de la mora reclamada bajo esta Pretensión, el Tribunal tomará como fecha inicial el día siguiente al de notificación del auto admisorio de la demanda, esto es, el (...)" (Se ha resaltado)**

DE LA REPLICA A LOS REPAROS QUE HACE A LA SENTENCIA COMUNICACIÓN CELULAR S. A. – COMCEL S. A.

Procede, a continuación, la réplica de los reparos que hace a la sentencia la sociedad demandada – COMCEL S. A. -, solicitando COMUNIDAD CELULAR S. A., en liquidación, la confirmación de la sentencia salvo, desde luego, en lo que ha sido objeto de apelación o reparo por parte de esta última empresa según ha quedado sustentado en los apartes precedentes.

Dada la naturaleza de las discusiones que plantea la sociedad COMCEL S. A., se hace necesario ahondar en el tema, reiterando las razones expuestas en el alegato de conclusión en el trámite de la primera instancia, pues la empresa demandada enfoca sus reparos a la sentencia en el reiterado alegato de que las relaciones contractuales que vincularon a las partes no son propias del contrato de agencia comercial.

Y en ese discurrir indica (i) que en caso de que se concluyera por el Tribunal de que los contratos si lo son de agencia comercial y no de distribución, "el cobro (sic) de la cesantía comercial" debe entenderse válidamente renunciado por la parte demandante, (ii) que si se concluyera que los contratos si lo son de agencia comercial y que la cesantía comercial no fue renunciada, el cobro de la prestación se extinguió por su pago anticipado, (iii) que, en caso de concluirse que los contratos son de agencia

comercial, que la cesantía comercial no fue renunciada, que su cobro no se extinguió por pago anticipado, la cesantía comercial se extinguió por transacción entre las partes (iv) y que, finalmente, en caso de no darse ninguna de tales hipótesis, no todas las sumas consideradas por el fallo podían tenerse en cuenta para la liquidación del monto de la cesantía comercial debida.

Los contratos lo son, realmente, de agencia comercial. Lo que impone COMCEL S. A. en su proforma contractual es que no lo son; pero en las cláusulas de los contratos se plantea esa posibilidad: *"si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo (...) en especial en agencia comercial."*

Básicamente aduce COMCEL S. A. que COMUNIDAD CELULAR S. A. no era empresa independiente y autónoma y niega, por otro lado, que actuara por cuenta de aquella.

Con el fin de no redundar ahora en los argumentos expuestos al formular la demanda y, particularmente, al consignar en ella los fundamentos de derecho, lo que se hizo en forma extensa a manera de alegato de conclusión, dadas las limitaciones que en tiempo y en el curso de las audiencias de instrucción y juzgamiento y en la de segunda instancia impone el C. G. del P., de la manera más respetuosa remito a dicho escrito, la atención del HH. Tribunal y del señor Magistrado Ponente.

Sin embargo, se reiteran algunas cuestiones puntuales.

1- Sobre antecedentes. Diversos antecedentes arbitrales aportados como prueba, provenientes de la Corte de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, laudos que resuelven controversias idénticas a la que aquí se desata y respecto de contratos exactamente iguales o similares a los que sirven de fundamento a este proceso han dictaminado, sin excepción, que dichos contratos lo son de agencia comercial.

Abolida la cláusula arbitral que COMCEL S. A. imponía a sus agentes comerciales, la justicia ordinaria ha empezado a conocer de estos asuntos y, como se indicó en el alegato de conclusión, en tres fallos de segunda instancia, de procedencia reciente, la justicia ordinaria ha fallado que los contratos lo son de agencia comercial, disponiéndose el pago de la prestación mercantil.

Tales procesos son:

Radicación 11001310301420110070502, Proceso Declarativo Verbal de mayor cuantía. LIFE MOVIL SAS VS COMCEL S. A. Sentencia del 24 de octubre de 2018. Tribunal Superior de Bogotá. En Esta sentencia se dispuso el pago de la cesantía comercial reclamada y de comisiones causadas y no pagadas, y se dispuso que las sumas reconocidas serán objeto de actualización monetaria desde la fecha de terminación del contrato y hasta la fecha de la sentencia.

Radicación 006- 2013- 0002502, Proceso de mayor cuantía. ORBITA COMUNICACIONES LTDA VS COMCEL S. A. Sentencia del 29 de abril de 2019. Tribunal Superior de Cali. En este proceso se declaró que entre las partes existió un Contrato de Agencia Comercial y se dispuso el pago de la cesantía comercial reclamada.

Radicación 1100131030420080028800, Proceso Declarativo Ordinario. EMLASA SA VS COMCEL S. A. Sentencia del 24 de agosto de 2018. Tribunal Superior de Bogotá. En este fallo se revoca la sentencia de primera instancia, se declara probada parcialmente una excepción "en lo que toca a la improcedencia de la indemnización que regula el inciso 2º de la citada norma", se declara que entre las partes se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial documentado en los contratos suscritos en diciembre de 2003 y junio de 2006 y se condenó a COMCEL S. A. a pagar la cesantía comercial por el valor que la sentencia fija.

2- Sobre las características determinantes del contrato de agencia comercial, la Corte Suprema de Justicia con ponencia del Dr. Luis Armando Tolosa Villabona (SC18392-2017, Radicación: 73001-31-03-004-2011-00081-01, del 9 de noviembre 2017 - Proceso ordinario de Velotrans Ltda contra Cooperativa de Transportes Velotax Ltda), señaló respecto de las características del contrato de agencia comercial:

"La agencia comercial, reglamentada en los artículos 1317 a 1331, ibídem, es un contrato mediante el cual 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 doctrina de esta Corporación, en forma uniforme ha postulado como principales características del mentado convenio

"(...) [D]e una parte, la intermediación comercial especial que persigue con 'el encargo (independiente y estable) de promover y explotar negocios' que hace un comerciante (agente) con relación a otro (empresario), y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario) u objetiva (como fabricante o distribuidor de productos del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas. De allí que sea explicable la exigencia de la estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, ampliar o reconquistar un mercado, en beneficio de otro comerciante, que le ha encargado al primero el desempeño de esa labor. De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario.

"Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de esta actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de 'promover o explotar negocios' del empresario 'en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional' (art.1317 C.Co.) (...)"(se resalta).

(...)

Y concluye la Corte:

"De acuerdo con lo anterior, la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es "a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario"; (iv) exige una estabilidad en el desempeño de esa labor; y (v) el agente tiene derecho a una remuneración."

Esas características se reúnen en el caso que ocupa la atención del Tribunal tal como aparece debidamente demostrado con el importante acervo probatorio, documental y testimonial, obrante en el expediente.

Comunidad Celular S. A., dirigiendo su propia empresa, independientemente, actuó como agente intermediario de Comcel S. A. captando mercado, captando clientes para ésta última, vinculando los clientes directamente a Comcel S. A. mediante contratos suscritos exclusivamente entre el cliente relacionado y Comcel S. A., promoviendo y explotando los negocios de Comcel S. A. en el territorio fijado en los contratos (zona oriente y zona occidente), actividad que se ejerció de manera estable y permanente por todo el término de duración de los contratos, contratos que la parte demandada acepta que se ejecutaron ininterrumpidamente hasta su terminación (oposición a la cuarta pretensión) y percibiendo una remuneración por ello.

Todas las gestiones de COMUNIDAD CELULAR S. A. se encaminaron, exclusivamente, a promover y explotar los negocios de COMCEL S. A.

Sobre el particular, en el Laudo Arbitral proferido en el caso de MELTEC S. A. contra COMCEL S. A., el Tribunal, como ha sido consistente en todos los laudos arbitrales que sobre el mismo asunto se han emitido y que fueron allegados al proceso, procedió a

"desentrañar al sentido y alcance que (tenía en ese) litigio la calificación de contrato de distribución que las partes otorgaron a los contratos que entre ellas celebraron y si tal rótulo se corresponde con la realidad factual acreditada en (ese) proceso.", para indicar que la jurisprudencia suele "distinguir entre distribución en sentido amplio y en sentido restringido."

Señala que

"En el concepto de distribución amplio se agrupan las técnicas de distribución directas e indirectas, siendo directas las que originan un vínculo directo entre cliente final y empresario productor del bien o servicio y las indirectas aquellas en que el cliente se relaciona con un intermediario, de forma tal que existe una mediación que impide el relacionamiento y contacto entre cliente final y empresario productor de los bienes o servicios que tal cliente utiliza."

Y agrega más adelante:

"Considerando la ausencia de definición legal que se invocó delantamente, el Tribunal se remite al Diccionario de la Real Academia Española que entiende por distribución el "reparto de un producto" y por distribuir, la acción consistente en "(...) entregar una mercancía a los vendedores y consumidores".

"Así las cosas, los conceptos de distribuir y distribución son nociones genéricas, dentro de las cuales caben distintas clases de actividades destinadas a hacer llegar las mercancías a sus destinatarios; por ello el Tribunal entiende que resulta improcedente restringir el concepto a algunas formas de distribución dejando de lado las demás, puesto que las palabras deben entenderse en su sentido natural y obvio.

Acorde con este principio el Tribunal estima que no por hablarse de distribución necesariamente se está excluyendo una relación de agencia o viceversa y, por lo mismo, el tema debe examinarse al amparo de las circunstancias específicas de la relación de distribución existente en este caso "

Señala el Tribunal, que en la interpretación del contrato por el juez, éste no está atado al nombre dado por las partes, *"sino que debe calificarlo conforme sea la realidad objetiva del desarrollo contractual y su encuadramiento en el ordenamiento jurídico."*

Y abordando el análisis de los contratos sometidos a su examen encontró que el agente actuaba autónomamente, con independencia, de acuerdo con las mismas previsiones contenidas en los contratos, con su propia empresa u organización, independencia que no se desvirtúa por las instrucciones impartidas por COMCEL que encuentra están destinadas a perseguir el cumplimiento de los fines del encargo, en otras palabras, a la conquista y ampliación, siempre creciente, del negocio de COMCEL S. A., concluyendo que en los contratos se **"mezcla (la) independencia empresarial y (la) dependencia operativa"**. El Tribunal destaca, finalmente, *"que algún sector de la doctrina al examinar el elemento de la independencia ha sostenido que este requisito se refiere principalmente a la ausencia de subordinación laboral."*

En lo que tiene que ver con el encargo de promover y explotar negocios dicho encargo indica que *"el agente debe buscar, presentar y conseguir clientes, impulsar negocios y dar a conocer una actividad empresarial; en este contexto se ve con claridad que una actividad distribuidora que trascienda la mera entrega física de productos y que tienda al incremento de clientela implica la realización de actos promocionales."*

En el proceso se evidencia que COMUNIDAD CELULAR S. A. realizó un gestión siempre creciente, año por año, en favor de Comcel S. A. como fue reconocido por los testigos oídos a petición de la propia demandada, lo que además se pretendía demostrar con el Dashboard que COMCEL S. A. finalmente se negó a exhibir; para ello llegó a tener 21 establecimientos de comercio directos y entre 400 y 500 sub-distribuidores que se anunciaban con el aviso de COMCEL S. A.; y debía presentar informes rutinarios acerca del comportamiento del mercado y de sus estrategias de captación del mismo, según se regulaba en la cláusula 10ª de los contratos.

Los testimonios recogidos son contundentes sobre la labor de promoción y explotación de los negocios de COMCEL S. A., por parte de la sociedad demandante.

Y en el dictamen pericial aducido por COMCEL S. A. en el que el perito dice habersele solicitado "*generar una Opinión profesional (...) respecto del cálculo del juramento estimatorio presentado (...) con ocasión de la demanda en contra de COMCEL*" presenta el dato de los gastos de publicidad hechos en los últimos cinco años por COMUNIDAD CELULAR S. A. en total \$843.000.000.00, indicando que los gastos de venta para ese período equivalen al 5.60% de los ingresos del agente. Pero se traen a colación estas cuentas para resaltar que el perito señala y así lo reconoció en la declaración rendida a instancias de la parte demandante al presentar su dictamen, que "En estricto sentido, las actividades de Promoción no son nada diferente que los gastos de ventas que deben ejecutarse como parte del giro normal del negocio del comerciante", encontrando que el gasto de promoción "es un gasto de ventas equivalente al 5.60% del ingreso total, lo cual es razonable dado el producto comercializado."

La Corte Suprema de Justicia en sentencia del 22 de octubre de 2001 (exp. 5817), sostuvo: "(...) *el agente comercial, mediante su labor de promover o explotar los negocios del principal, acredita sus productos y marcas ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquél*".

En lo que tiene que ver con la actuación por cuenta ajena, es de resaltar que en los contratos se consignaron diversas cláusulas que resaltan que COMUNIDAD CELULAR S. A. actuaba por cuenta y en interés de COMCEL S. A.; está claramente probado que COMUNIDAD CELULAR S. A. lograba que los interesados en los servicios de telefonía móvil celular celebraran contratos, para que les prestaran esos servicios, exclusivamente con COMCEL S. A., correspondiendo a ésta última todas las sumas pagadas por los usuarios y pagando unas contraprestaciones a COMUNIDAD CELULAR S. A. por su labor de explotación y promoción; y es notorio que el servicio público de telefonía móvil celular está concesionado por el estado a COMCEL S. A. por lo que resulta evidente que, no tratándose de una negocio de COMUNIDAD CELULAR S. A., está actuaba, necesariamente, por cuenta del titular de la concesión, es decir, por cuenta de COMCEL S. A.

Están, así, demostrados todos los elementos característicos del contrato de agencia comercial, lo que permite concluir que los contratos celebrados entre las partes en contienda y que han dado lugar a este proceso lo son, ciertamente, de agencia comercial, como se solicita al HH. Tribunal lo confirme.

3- Sobre la liquidación de las cesantías comerciales y la objeción al juramento estimatorio. Probado que los contratos son de agencia comercial, que no existe la pretendida renuncia al cobro de la prestación, que la misma no se extinguió por su pago anticipado, pues nunca se reconoció ni se hizo un pago anticipado de ella, que no existieron verdaderas transacciones entre las partes, es del caso examinar la liquidación de las cesantías comerciales, liquidación que cuestiona la parte demandada.

En el dictamen pericial de parte se presentado por la sociedad demandante, la perito, con apoyo en los registros contables de la demandante efectuó el cálculo de la referida prestación, valor cuyo reconocimiento se reclamó.

COMCEL S. A. pretendió objetar el juramento estimatorio presentando dictamen pericial de parte, dictamen que, sin perjuicio del cuestionamiento de su valor legal se limitó, no a controvertir el monto de todos los ingresos recibidos por COMUNIDAD CELULAR S. A. durante los tres últimos años de ejecución de los contratos, que se toman para determinar el promedio aplicable a la liquidación de la prestación, sino a señalar que esas sumas no "podrían ser consideradas pues su cálculo no se ajusta a lo ordenado por el Código de Comercio Colombiano."

La objeción no cuestiona las cifras de la liquidación o no demuestra que las mismas no correspondan a todos los ingresos percibidos como remuneración del agente; COMCEL S. A. no demuestra que los valores aducidos en el juramento estimatorio no corresponden a todos los pagos o reconocimientos hechos a COMUNIDAD CELULAR durante el período al que se contrae la determinación del promedio de la cesantía comercial; se limita, simplemente, a señalar que esas sumas no pueden ser

consideradas para el cálculo de la cesantía comercial, no porque no correspondan, en palabras de la Corte citadas más adelante, al **"importe total de lo percibido por el agente" como contraprestación** sino porque, en opinión del perito dicho cálculo no se ajusta a lo dispuesto en el C. de Co.

La objeción no resiste análisis ninguno.

Es evidente que hay una clara equivocación del perito y de COMCEL S. A. al asumir que la liquidación de la prestación debe practicarse con base en las utilidades obtenidas por el agente en ese período de tiempo y al afirmar que la base de cálculo empleada en el dictamen pericial de parte presentado por COMUNIDAD CELULAR S. A. "no es la correcta".

Sobre esas dos afirmaciones se sustenta, exclusivamente, la objeción al juramento estimatorio y al dictamen pericial, en dicho aspecto en concreto.

Sobre esa objeción, dijo la Corte Suprema de Justicia en providencia del 28 de abril de 2017, con ponencia del Mag. Dr. Luis Armando Tolosa Villabona (Rad. 13001-22-13-000-2017-000059-01) citando providencia de la Corte Constitucional que

"Por razones de probidad y de buena fe se exige por ejemplo, que el demandante obre con sensatez y rigor al momento de hacer su reclamo a la justicia, en especial en cuanto atañe a la existencia y a la cuantía de los perjuicios sufridos(...)" y que "Por las mismas razones se permite que la parte estime de manera razonada la cuantía de los perjuicios sufridos bajo la gravedad del juramento, y se reconoce a esta estimación como un medio de prueba que, de no ser objetada, también de manera razonada, o de mediar una notoria injusticia, ilegalidad o sospecha de fraude o colusión, brinda soporte suficiente para una sentencia de condena. Esto quiere decir que basta con la palabra de una persona, dada bajo juramento, para poder tener por probada tanto la existencia de un daño como su cuantía."

El perito emite, en este punto, dictamen respecto de una cuestión legal, en contravía de lo que regula el art. 226 del C. G. de P., conforme al cual "No serán admisibles los dictámenes periciales que verse sobre puntos de derecho"; y, además, sin tener la condición de contador público presenta, un dictamen de carácter técnico contable, dictamen que no puede emitir de acuerdo con lo dispuesto en el art. 13 de la ley 43 de 1990.

El dictamen pericial de parte presentado como prueba de la objeción del juramento estimatorio no puede ser apreciado, pues conceptúa sobre un punto de derecho y además, es presentado, refiriéndose a cuestiones técnicas contables, por un perito que no tiene la calidad de contador público y, por lo tanto no idóneo para un dictamen de tal naturaleza; y la objeción, además, no es razonada pues simplemente se limita a recoger la posición sentada por el perito como puede deducirse del texto de la objeción y particularmente cuando en la misma se afirma que "(...) se evidencia claramente que la demandante calculó la suma de la cesantía comercial teniendo en cuenta los ingresos percibidos durante los tres últimos años de ejecución de los contratos y no las utilidades obtenidas durante este último período (...)" para alegar, finalmente, que "Así se puede concluir que las sumas reclamadas y juradas por la parte demandante no tienen ningún sustento ni jurídico ni contable, pues fueron calculadas con fundamento en los ingresos y no en las utilidades devengadas durante los tres últimos años de ejecución de los contratos, y en este sentido no pueden ser tenidas en cuenta por el Despacho como plena prueba del monto de la cesantía comercial (...)".

Como se colige de lo dicho al formular la objeción, esta no desconoce el valor de los ingresos tenidos en cuenta para calcular el promedio de la cesantía comercial, sino que se limita a aducir que no se trata de esos ingresos sino que debieron tenerse en cuenta las utilidades de la sociedad demandante, lo cual es un claro absurdo legal.

Pero aceptando, en gracia de discusión, que no dictaminó sobre un punto de derecho, es decir, que no dio su interpretación acerca del alcance del contenido del art. 1324 del C. de Co, lo cierto del caso es que su análisis, interpretación o conclusión, es totalmente contrario a la doctrina probable fijada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia. En efecto, esta Corporación, en la sentencia que antes fue mencionada, indicó sobre el tema:

"A propósito, esta Sala ha señalado sobre la referida obligación remuneratoria:

"(...) [L]a naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la [erogación] a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor, tiene vengero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 [ibídem], en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso (...)"

Recientemente la Corte, de manera inequívoca, sostuvo "(...) [que] el derecho a la prestación estatuida en la norma (artículo 1324, inciso 1º [del] Código de Comercio), es **elemento natural** del contrato de agencia comercial, y por ende, se entiende incorporado por disposición legal, sin exigir estipulación a propósito (...)" (se destaca).

5.6. La cesantía comercial, denominada en legislaciones internacionales como "compensación por clientela" o "indemnización por clientela", gravita hoy en la tesis de la función retributiva sustentada bajo dos premisas, la primera, porque al extinguirse el contrato, el beneficio recibido por el empresario con la actividad del agente, es la conquista de una clientela presente y futura, la cual, seguramente, redundará exclusivamente en su activo patrimonial y no en el de su contraparte, y la segunda, porque ese aprovechamiento ulterior de la "clientela" a cargo del agenciado, no se remunera durante la vigencia del convenio, debiendo reconocerse de todos modos esa gestión al "mandatario-comerciante".

(...)

En efecto, el empresario deberá pagar a la terminación, según la voz impositiva del legislador *ad pedem litterae* plasmada en el inciso primero del art. 1324 del Código de Comercio cuando ordena "(...) el agente **tendrá derecho** a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión (...)", sin que corresponda a una indemnización resarcitoria al daño causado por terminación injusta o unilateral.

Si el agente asume el costo de la distribución de los bienes o de los gastos de la agencia (art. 1323 del Código de Comercio), desde la perspectiva mercantil, campo en el cual campea el lucro como télos del empresario; no hay duda, que para el pensamiento del codificador nacional de 1970, las razones de equidad y de compensación blindaron aquél doceavo; todo lo cual se ajusta al plexo constitucional.

(...)

A propósito, desde 1980 esta Sala ha sostenido que "(...) la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; **pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho es crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente.** Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente, que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación (...)"(se resalta).

(...)

5.7. La mencionada disposición ejúsdem arroja en principio una ambigüedad aparente respecto de los conceptos "comisión, regalía o utilidad" que edifican el cálculo de la anotada prestación, por diferir cada uno de forma sustancial en su contenido, provocando varias lecturas, incluso, si se interpretara literalmente el texto normativo.

Precisamente, aunque tales criterios no tienen una definición específica en la ley comercial, sus significados gramaticales son disímiles entre sí, sin embargo, pueden todos concurrir en una misma o en diferente relación obligatoria.

La comisión, conforme lo preceptúa el Diccionario de la Real Academia Española, es el "porcentaje que percibe un agente sobre el producto de una venta o negocio", mientras que según el citado léxico, regalía es la "participación en los ingresos o cantidad fija que se paga al propietario de un derecho a cambio del permiso para ejercerlo", y la utilidad, la define como el "provecho, conveniencia, interés o fruto que se saca de algo".

*En esa perspectiva, se entiende que la comisión comprende **todas** las sumas canceladas al agente por el agenciado en razón de sus gestiones de promoción o explotación de los negocios encomendados, y la utilidad, en cambio, se ajustaría solo al "interés o fruto" percibido por el mandatario, suponiendo entonces la deducción de aquéllos pagos imputados a los costos de operación derivados del desenvolvimiento contractual. (Resalto)*

En contraste, la regalía, por tratarse de la retribución por el aprovechamiento de un "derecho" que le pertenece a quien lo percibe, pugna con la esencia de la agencia comercial, pues el agente explota un negocio ajeno, el del empresario, y es éste el responsable de gratificar a su contraparte y no al revés.

*De ahí que, de un lado, será ventajoso para el agente computar la cesantía comercial sobre la base de la comisión, en su sentido prístino, esto es, **todo lo recibido a modo de remuneración**; y de otro, favorecer al agenciado liquidarla con fundamento en la utilidad o margen de ganancia; siendo enrevesado para ambos acreditar la noción de regalía.*

*Ante esa aparente anfibología, para la Corte **no cabe duda que la pauta orientadora para establecer el importe o el contenido de la cesantía comercial debe ser la comisión**, a menos de que los contratantes pacten lo contrario, incluso su renuncia, no por privilegiar al agente respecto del empresario, sino porque esa interpretación, en línea de principio, corresponde, de un lado, con la finalidad práctica de la norma, que no es otra que promediar lo recibido por el agente con ocasión de su labor de agenciamiento, a efectos de calcular la doceava parte.*

Y de otro, porque en aplicación del artículo 1323 del Código de Comercio, en gracia de discusión, la remuneración del "agente" lleva implícito los gastos incurridos por éste en el desenvolvimiento contractual.

Esta forma de entender la preceptiva se aviene al criterio utilizado en numerosos fallos de esta Corporación cuando alude a la remuneración como la "contraprestación" que recibe el agente de manos de la agenciada por el cumplimiento de las obligaciones a su cargo.

*La Sala ha acogido implícitamente **el criterio de comisión con ocasión de la liquidación de la cesantía comercial, entendiendo allí el concepto de asignación bruta y no neta, es decir, el importe total de lo percibido por el "agente" como contraprestación**, constatándose así una doctrina probable en los términos del artículo 4 de la Ley 169 de 1896, que aquí se reitera, entendida por esta Corporación en la mayoría de los casos como la "comisión", hipótesis todas ellas, donde se ha mensurado dicha prerrogativa económica sobre **los ingresos totales recibidos por el "agente" fruto del anotado contrato.**"*

Debe tenerse en cuenta por el HH. Tribunal, además, que en la oposición a las pretensiones 5ª y 6ª de la demanda Comcel S. A. se limita a indicar que se opone a la viabilidad de las mismas, "puesto que no hay lugar a pagar ningún tipo de prestación como consecuencia de una contrato de agencia comercial puesto que no fue esta la verdadera relación comercial sostenida entre las partes, sino una de distribución.", aduciendo, adicionalmente, la existencia de unas actas de transacción, a lo cual se hará referencia adelante.

En distintos fallos arbitrales se ha llegado a conclusiones similares a las de la Corte Suprema de Justicia, señalándose que todos los pagos a reconocer a los agentes o distribuidores se llevan a la cuenta 529505 (gastos de comisiones) y su contrapartida

se registra en la cuenta 260510 (cuenta de pasivos estimados y provisiones), cuenta que corresponde en el Plan único de Cuentas al pasivo (2), pasivos estimados y provisiones (26), para costos y gastos (2605), comisiones (260510).

En el dictamen pericial de parte presentado por Comcel S. A. con la demanda de reconvencción, el perito, después de aceptar en el interrogatorio por el rendido que la cuenta 529509 no existe en el PUC y que en la cuenta 529505 COMCEL S. A. registra todos los pagos hechos al agente en ejecución del contrato (la cuenta corresponde a gastos de comisiones, como acaba de anotarse), indica que en la cuenta 260510, pasivos estimados y provisiones, se registran la totalidad de las obligaciones por pagar por Comcel S. A., a sus agentes o distribuidores, por todos los ingresos del contrato, a título de comisiones. Así lo aceptó, también, en su declaración, el testigo Oscar Rodríguez citado por COMCEL S. A., quien indicó que la cuenta 529509 no existe en el PUC y que la cuenta 529505 que es la cuenta en la que COMCEL S. A. contabiliza todos los pagos que hace a sus agentes, lleva el nombre de Comisiones, explicando así el enunciado de la cuenta: "Comisiones. Es un gasto. El enunciado es gasto de ventas, gastos, 55 en gastos, 52 gastos de venta, 5205 en provisiones, 5295 es provisión y 05 es comisión."

Sobre estas contabilizaciones en particular, en diversos laudos arbitrales se ha declarado que la subcuenta 23350 corresponde a comisiones y que en dicha subcuenta no se registran cuentas por pagar relacionadas con la prestación mercantil regulada en el inc. 1º del art. 1324 del C de Co.

En el laudo arbitral MELTEC S. A. vs. COMCEL S. A. se señaló que *"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"*, aceptando que la actividad asociada a los centros de pagos y servicios (CPS) era parte integral del contrato de agencia comercial, que el Plan Coop *"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"* por lo que el cálculo de la prestación *"debe basarse en la totalidad de la remuneración que COMCEL reconoció a MELTEC, durante la relación contractual entre ambas partes, como reconocimiento a la gestión adelantada por MELTEC (...)"*; y refiriéndose a ese asunto en particular indica que *"la parte convocada manifestó en la contestación a la demanda que COMCEL no pagó ni estipuló comisiones a favor de MELTEC, pues los equipos se entregaban a un precio menor que el comercial, de manera que el distribuidor ganaba la diferencia entre los dos valores"*, haciendo alusión a los descuentos al pie de factura otorgados por Comcel S. A. a su agente. El Tribunal estimó *"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. - En efecto, desde el origen de los contratos y luego, en desarrollo de los mismos obran en el expediente numerosas pruebas documentales que acreditan lo anterior."*

Y concluye el Tribunal:

"En otras palabras, aunque en principio parecía ésta una mera operación de venta para la reventa, que no encajaría dentro de la agencia comercial, la verdad es que esta operación era instrumental al propósito de COMCEL de promover sus servicios, pues al final el beneficio del distribuidor dependía de que efectivamente el usuario se convirtiera en un cliente de COMCEL, ello es suficiente para que los descuentos del prepago, tanto lo correspondiente a los kits prepago como los planes welcome back, deban ser incluidos para calcular las prestaciones propias de la agencia, (...)"

Adicionalmente debe anotarse que salvo manifestaciones en tal sentido hechas por el representante legal de Comcel S. A. en el trámite de la audiencia inicial, ninguna oposición específica formuló COMCEL S. A. al contestar la demanda respecto de la inclusión de estos valores para el cálculo del promedio de la prestación mercantil. Se limitó a decir que no había lugar a pagar prestación mercantil por no ser los contratos de agencia comercial y que, de considerar que sí lo son, el cálculo es equivocado pues

no debió hacerse considerando la totalidad de la remuneración percibida por COMUNIDAD CELULAR S. A., sino la utilidad de la sociedad lo cual, ya está dicho, es una clara equivocación.

Con prescindencia de otras cuestiones, el juramento estimatorio hecho por COMUNIDAD CELULAR S. A. y soportado en distintas pruebas, particularmente en el dictamen pericial de parte, que el mismo perito de COMCEL S. A., estimó un dictamen juicioso y muy bien presentado, hace prueba del monto de las cesantías comerciales reclamadas pues la objeción formulada no está fundada, no especifica razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación y no tiene el alcance de dejar sin valor el dictamen pericial de parte en el que se soporta el juramento estimatorio.

4- Sobre las pretensiones declarativas relacionadas con la inexistencia de pagos anticipados de las cesantías comerciales y sobre su presunto pago anticipado. En la pretensión 12ª de la demanda se solicitó declarar que ninguno de los pagos realizados por COMCEL S. A. cuando dispuso cambiar la facturación de los ingresos del agente en proporción del 80%-20%, ninguno de los pagos correspondientes a ese 20% constituyó un anticipo o pago anticipado de la cesantía comercial y que, por lo tanto, la demandada, durante la ejecución de los contratos, nunca pagó a la demandante suma alguna por concepto de dicha prestación mercantil.

En los diversos laudos arbitrales referidos en el proceso, se ha examinado esta cuestión, partiendo de la base de que es válido el pago anticipado de sumas imputables a la cesantía comercial, recordando diversos planteamientos doctrinales y jurisprudenciales sobre el particular. Se recuerda que en sentencia proferida en el año 2005 por la C. S. de J., en ella se dijo que nada se opone a que las partes de buena fe puedan acordar los términos en los que la obligación puede ser cumplida por el empresario agenciado advirtiendo que

"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 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere".

Seguidamente se procede a analizar si la división de la facturación con el llamado 80-20 significó un aumento del valor de las comisiones pagadas al agente comercial, manifestándose que

"encontramos que el Tribunal no puede aceptar la existencia de 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 MELTEC como un pago adicional, sino una porción de las comisiones a las que tenía derecho MELTEC por el desarrollo del contrato.

La contundencia y claridad del pronunciamiento pericial le permiten al Tribunal despejar esta importante inquietud, con la precisión de que el punto en cuestión no fue objeto de objeción o rechazo por las partes del proceso; así las cosas, el dictamen resulta dotado de especial fuerza persuasiva por la nitidez de su conclusión y por la objetividad con que expone la respuesta requerida de oficio por el Tribunal, 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 experta, lo que imprime a la experticia plena firmeza y reconocimiento de calidad técnica que el Tribunal atribuye a este medio probatorio.

(...)

De esta manera, se halla debida y plenamente probado que MELTEC 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."

En el proceso que nos ocupa, quedó acreditado con la comunicación de correo electrónico remitida por Comcel S. A., que esta dio la instrucción de facturar en forma separada los ingresos del distribuidor a partir de abril de 2007, un 20% bajo el concepto "pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones" y el restante 80% bajo el mismo concepto de comisiones y bonificaciones, como se había hecho hasta ese mes. La siguiente es la transcripción del mencionado correo de fecha 12 de abril de 2007 suscrito por la señora Nury Constanza Osorio V. analista de comisiones de COMCEL S. A., el cual obra como prueba en el expediente:

"Buenas tardes. Les informo que en adelante el concepto que se debe discriminar en las Fras (sic) de pago de comisiones es el siguiente: Para 80%. Bonificación por legalización de documentos Corte. (Fecha) - Para 20%. Pagos anticipados de Prestaciones, Indemnizaciones o Bonificaciones - Contrato de Distribución cláusula denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos Corte (Fecha)."

Está acreditado también, con el dictamen pericial de parte y con los testimonios recibidos, particularmente los absueltos por los mismos testigos presentados por la demandada, que las facturas que COMUNIDAD CELULAR S. A. debía emitir a cargo de COMCEL S. A. por comisiones y bonificaciones empezaron a fraccionarse en la forma indicada a partir de abril de 2007, sin que ello hubiera significado incremento alguno de las comisiones o bonificaciones del agente y sin que aparezca registro o evidencia del incremento de los ingresos del agente, incremento que debería reflejar el pago efectivo del valor que se decía anticipar, si es que realmente se anticipaba un pago de prestaciones. La factura del 20% no correspondió a un incremento efectivo de los ingresos del agente sino, como se ha dicho en fallos arbitrales y como se dijo en el que se ha citado en este alegato,

"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."

Se ha encontrado, que la cláusula 80-20, además de ineficaz es contradictoria pues si el contrato anuncia, insistentemente, que no es de agencia comercial, mal podría preverse el pago de la prestación de un contrato inexistente. Pero aun aceptando, siempre en gracia de discusión, que fuera válida, lo cierto del caso es que jamás representó un mayor valor sobre el monto de las comisiones pactadas como se concluye de lo probado y explicado antes.

5- Sobre las Actas de Conciliación de Cuentas impuestas por COMUNICACIÓN CELULAR S. A. COMCEL S. A. y denominadas "Acta de Conciliación, Compensación y Transacción" (Anexo F) de los contratos. Respecto del primer grupo de pretensiones cobijadas por este acápite, específicamente, las pretensiones numeradas 29, 30 y 31, se anota en la demanda que durante la ejecución de los contratos se extendieron las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación" habiéndolo impuesto COMCEL S. A. la obligación de suscribirlas periódicamente; y que en tales actas, se alega, se incorporaron negocios que no solucionaron litigios pendientes o eventuales fruto de controversias surgidas entre las partes y no resultaron, tampoco, fruto de conciliaciones judiciales o extrajudiciales. COMCEL S. A. aduce que se trata de compensaciones de cuentas entre las partes.

En las actas aludidas se hace relación a la transacción, la conciliación y la compensación; y se anota, como se ha indicado en laudos arbitrales que *"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."*

La transacción, de acuerdo con el código civil, es un contrato en el que las partes terminan entre ellas un litigio o precaven un litigio eventual, no siendo transacción la renuncia a un derecho que no se disputa.

La conciliación no es un contrato; es un mecanismo de resolución de conflictos; y la compensación es un modo de extinción de las obligaciones cuando dos personas son deudoras una de otra, según lo señala el art. 1714 del C. C.

Los acuerdos presuntamente contenidos en las actas que COMCEL alega ser compensaciones o transacciones, no pueden ser considerados como conciliaciones pues no concurren las características de este mecanismo.

Aceptándose, como se ha aceptado en materia arbitral que se trata de transacciones, estas solo pueden reconocerse en lo que constituye el objeto de las mismas "y sólo se refieren a las prestaciones puntualmente consignadas en cada una de ellas y para cada caso.", no comprendiendo las comisiones causadas con posterioridad a la fecha de las actas, "ni prestaciones que se causan por razón de la terminación del contrato o que correspondan a decisiones que como las que se efectúan (...), están determinadas por la declaración relativa a la verdadera naturaleza del contrato suscrito" entre las partes.

En las actas o contratos de transacción se consignaba la siguiente cláusula:

"3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica comercial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión". (Subrayados por fuera de texto)

Se retoma aquí, para mejor entendimiento, lo expresado en laudos arbitrales sobre el particular:

"La voluntad de las partes en su oportunidad fue la de llegar a distintos acuerdos sobre las discrepancias que por aspectos operativos propios de la naturaleza del contrato se habían vuelto usuales durante su ejecución.

Es palmario en la presente actuación que la relación comercial entre MELTEC 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 convocante como la convocada, 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 reiterar el Tribunal 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 enfatizar el Tribunal 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.

A juicio del Tribunal, 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 al Tribunal.

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 ciertos valores correspondientes a operaciones y períodos ya surtidos. 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."

En los distintos pronunciamientos arbitrales se ha aceptado que las referidas 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", se ha declarado "que el "paz y salvo", mencionado en la parte dispositiva de las ACTAS DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN que aparezcan firmadas, no tiene efectos generales, sino que se refiere exclusivamente a los temas efectivamente analizados, discutidos y concretados por las partes previamente a la firma de cada una de las actas", "que los valores definidos por las partes en las citadas actas, con la precisión y alcance antes descrito, corresponden a transacciones válidas y obligatorias para las partes", pero únicamente con el alcance descrito, sin que puedan "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."

6- Sobre la excepción de prescripción de las acciones declarativas y de condena. Propone la demandada, primeramente la prescripción de diez años de la acción ordinaria, según la regulación del art. 2356 del C. C.; y, si "en gracia de discusión" se considera que el contrato es de agencia comercial, la de cinco años regulada en el código de comercio.

Para contar el término de prescripción, la demandada toma la fecha de celebración de los contratos, los años 2002 y 2006 para aducir que **la mayoría** de las acciones judiciales y los derechos alegados ya están prescritos.

La excepción debe ser como la pretensión. Es decir, debe contener hechos, contra-pretensiones y fundamentos de derecho. La excepción se plantea en este caso, con una generalidad tal, que se hace casi imposible replicarla porque no se explica cuales acciones o derechos, de las que se denominan "la mayoría" están prescritas y desde cuando se cuenta el término de prescripción de las acciones o derechos que debieron identificarse para poder determinar, si en efecto, la prescripción se dio; y no precisa los hechos en los que se apoya la prescripción formulada. Era carga del excepcionante abordar reclamación por reclamación y precisar respecto de cada una de ellas cuales son los hechos que la constituyen. Es tal la generalidad de la formulación de esta excepción que para la demandada la prescripción de la acción de reclamación de la cesantía comercial empezó a correr desde la fecha de celebración de los contratos.

No se indican o precisan fechas específicas, excepto la de iniciación de vigencia de los contratos.

En sentencia de casación del 13 de octubre de 1993 con ponencia del Dr. Rafael Romero Sierra en proceso ordinario de la Corporación Financiera de Caldas y otra contra de Oscar Castro García y otros, señaló la Corte:

"1.- Es indudable que de conformidad con el régimen legal de las excepciones, particularmente de las denominadas actualmente de mérito o de fondo (antes perentorias) y con el criterio expuesto sobre el tema por la doctrina y la jurisprudencia, para que una excepción de tal naturaleza pueda ser tenida en cuenta por el juzgador, no basta con enunciarla al contestar la demanda sino que es necesario alegar el hecho en que se funda y demostrarlo, pues si la excepción es todo hecho en virtud del cual las leyes desconocen la existencia de la obligación o la declaran extinguida si alguna vez existió, o estrictamente "... consiste en oponer a la acción del demandante un hecho que impide o que extingue los efectos jurídicos del hecho alegado por este, y que por tanto destruye la acción", resulta imperioso "... alegar el hecho en que la excepción se funda y demostrarlo en el curso del juicio, para de esa manera poner de manifiesto el derecho que venga a destruir lo alegado y probado por el actor", por cuanto "proponer una excepción es simplemente expresar el hecho o hechos que la constituyen sin que para el efecto se requieran fórmulas sacramentales", pues las excepciones "... más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presentar y de qué modo ha de organizar la defensa", razón por la cual "... cuando el demanda dice que excepciona, sin traer al debate hechos que le den sentido y contenido a esa denominación, no está en realidad oponiendo ninguna excepción, o planteando una contrapretensión, ni por lo mismo colocando al juez en la obligación de hacer pronunciamiento alguno al respecto."

Y agrega la Corte:

"...Una excepción no puede considerarse legalmente propuesta, mientras no se expongan los hechos que le sirven de fundamento". En cuanto a las excepciones, la Sala reafirma una vez más que una denominación jurídica son hechos que debe concretar el opositor, para que la contraparte con un debate legal sepa cuáles contrapruebas ha de presenta y de qué modo ha de organizar la defensa."

En el caso concreto, la prescripción se plantea diciendo que están prescritas "la mayoría" de las acciones, sin precisar cuáles y sin señalar acción por acción, reclamación por reclamación, cuando empezó a correr la prescripción y cuando se consumó la misma; y si la prescripción es de diez años, o de cinco años.

Como los contratos son de agencia comercial, están sometidos a la regla de prescripción establecida en el código de comercio, es decir, la regla de cinco años.

La cesantía comercial reclamada se hizo exigible al día siguiente de la terminación de los contratos, lo mismo que la indemnización reclamada con base en lo dispuesto en el inciso 2º del art. 1324 del C. de Co. Y las demás indemnizaciones y reclamaciones se refieren a daños sufridos durante los últimos cinco años de ejecución de los contratos.

La cuestión entonces es determinar desde cuando estaba habilitada COMUNIDAD CELULAR S. A. para acudir a la jurisdicción para obtener las declaraciones y condenas que demanda.

Como se ha expresado en diversos laudos arbitrales y, en particular en la laudo del proceso MELTEC- COMCEL

"el término de prescripción establecido en el artículo 1329 del Código de Comercio debe empezar a computarse desde el momento en que la relación contractual finalizó, esto es, el término de prescripción de las pretensiones formuladas, derivadas de la relación de agenciamiento comercial, debe contarse desde el momento en que el contrato feneció, pues a partir de esta fecha puede determinarse con claridad y precisión si la convocante ejerció o no su derecho dentro del término previsto en la ley. - Es claro que cuando se está en

presencia de contratos de ejecución sucesiva (como los de distribución comercial y también el de agencia), en los que las prestaciones se desarrollan de manera permanente y se extienden en el tiempo, mal puede estimarse que el término de prescripción de las acciones derivadas de ellos empieza a correr desde el momento de su celebración. Tal entendimiento no resulta razonable, habida consideración de que al estar el contrato en ejecución y al surtir efectos, no puede considerarse que simultáneamente y en forma paralela corre el término de prescripción de las acciones. Para el Tribunal resulta más lógico y conforme a la ley considerar que al terminar el contrato es cuando debe empezar a computarse el término de prescripción de las acciones pues a partir de tal terminación es cuando el contratante afectado tiene interés en ejercerlas y en formular las pretensiones. A partir de dicho momento, puede determinarse con precisión si el ejercicio de la acción se hizo de manera oportuna o, por el contrario, si permaneció inactivo haciéndose merecedor a la sanción que entraña la prescripción. - En síntesis, para que el término de prescripción de la acción comience a correr, es necesario también que el contratante se encuentre en una situación en la que tenga interés en ejercerla, pues de lo contrario no puede predicarse de éste el efecto extintivo de la prescripción cuando no se ha tenido necesidad de reclamar un derecho por la vía jurisdiccional. Así las cosas, el Tribunal considera que ningún efecto extintivo puede operar mientras que se esté ejecutando un mecanismo contractual, situación que no supone un abandono del derecho. (..) Así mismo el Tribunal considera que el punto de referencia a partir del cual comienza a contar la prescripción es la fecha de terminación del contrato (...) Teniendo en cuenta que no hubo acuerdo expreso entre las partes, ni aceptaron o reconocieron la figura de la agencia mercantil, así como tampoco las acciones que de ella se derivan y considerando que las prestaciones asociadas a esta figura dependen de la declaración e interpretación judicial, que confirme tipo contractual, los derechos y acciones como consecuencia de la terminación del contrato, tratándose entonces de un contrato de tracto sucesivo o de duración, se hace necesario que en primer lugar se declare el tipo de contrato que regula a las partes. - A la terminación de la relación contractual que es el momento en el que surgen las acciones que se derivan sea tal o cual figura jurídica adoptada, que rija la relación contractual junto con sus consecuencias, es donde entonces comienzan a contar los términos de prescripción de todos los derechos ciertos y esenciales y no antes. - Sobre este punto el autor Argentino Guillermo A. Borda⁷ señala: "La prescripción comienza a correr desde el momento en que el acreedor tiene expedita su acción. (Sea para demandar el pago, los daños y perjuicios, la cesación de la conducta contraria a derecho, la nulidad de la obligación, etc.) Es evidente que antes de ese momento no puede empezar a correr el término, desde que la prescripción se funda en la inacción del acreedor y no hay inacción si ha mediado imposibilidad de accionar judicialmente" en el mismo sentido, en la legislación Argentina sobre este punto el artículo 3956 del código civil señala "La prescripción de las acciones personales, lleven o no intereses, comienza a correr desde la fecha del título de la obligación". - La ley señala para el caso de la agencia comercial al respecto de las prestaciones especiales derivadas del mismo contrato, una determinada prestación que favorece al agente a la terminación del contrato, este es el caso de la cesantía comercial, en donde solo se requiere su terminación y se hace exigible en ese momento por este hecho. Así mismo hay otro caso en donde el agente se beneficia de otro tipo de prestación a la terminación del contrato, pero en ella sí es requerido que medie una justa causa que determine claramente los motivos de la terminación del mismo, como es caso de la indemnización equitativa que se da "por justa causa imputable al empresario o cuando este lo termina sin justa causa". En estos casos la prescripción se cuenta a partir de la terminación del contrato, es decir el 30 de abril de 2014, (para el caso que aquí se debate el 21 de julio de 2015). - Sobre la declaratoria de la renovación anual del contrato celebrado, no puede pensarse que la prescripción opera a partir del vencimiento del primer año de ejecución de cada contrato, el Tribunal observa que, no puede entenderse que esta solicitud de declaración constituya un derecho prescriptible pues lo que se busca con ella no es que el Juez reconozca la existencia o exigibilidad de un derecho, sino que constate la existencia de una situación fáctica acaecida entre las partes y en el mismo sentido de los puntos anteriores como quiera que se

⁷ Borda Guillermo A. Tratado de Derecho Civil Obligaciones. Tomo II Editorial La Ley 10ª edición. Buenos Aires. 2012. Págs. 11 y 12

trata de una relación contractual continua e ininterrumpida cualquier eventual término de prescripción debería contarse a partir de la terminación del contrato. - Sobre las prestaciones, bonificaciones o indemnizaciones causadas a la terminación del contrato, es decir 30 de abril de 2014 (para el caso aquí debatido 21 de julio de 2015) podría decirse que se encuentran prescritas las causadas antes del 22 de julio de 2009 (para nuestro caso 20 de julio de 2010) por que según la convocada menciona, las mismas surgieron conforme se fueron causando. Sobre el particular, para el Tribunal es claro que el vínculo contractual tuvo carácter continuo e ininterrumpido, que terminó el 30 de abril de 2014 (para este caso el 21 de julio de 2015), tiempo a partir del cual comienza a contar la prescripción. - Sobre el pago de comisiones causadas a la terminación del contrato, es decir 30 de abril de 2014 (para este caso 21 de julio de 2015) podría decirse que se encuentran prescritas las causadas antes del 22 de julio de 2009 (para nuestro caso antes del 20 de julio de 2010) por que según la convocada menciona, las mismas surgieron conforme se fueron causando. Sobre este punto el Tribunal en su capítulo correspondiente se referirá al pago de comisiones por residual, sin embargo en lo que se refiere al presente punto la comisión por residual que no hubiere sido pagada deberá incorporarse al cálculo de la cesantía comercial situación que se confirma con la terminación del contrato y se consolida como punto de referencia para comenzar a contar la prescripción. (...) - Sobre las acciones relativas al supuesto incumplimiento por la modificación unilateral del contrato por parte de COMCEL y frente a las acciones relativas a las supuestas conductas abusivas en el mismo sentido a lo que se refiere a las actas de conciliación, compensación y transacción y a la declaratoria del presunto incumplimiento de las mismas, acciones, conductas y actas en las que el Tribunal se pronuncie y reconozca como tales, la prescripción comenzará contarse a partir de la terminación del contrato y no antes. - Al respecto de las prestaciones que se observan en el contrato, tienen una prescripción independiente ya que su exigibilidad se encuentra consagrada en el contrato mismo de manera autónoma a la calificación jurídica del entorno contractual, pone de presente el Tribunal que, en la demanda no incluye deudas prescritas. - De conformidad con las consideraciones que anteceden, el Tribunal considera que al haberse interrumpido la prescripción dentro de los cinco (5) años previstos en la ley para la agencia mercantil, no habrá lugar a declarar procedente la excepción de prescripción.”

Dejo de esta manera, de un lado, sustentados los reparos formulados por COMUNIDAD CELULAR S. A. frente a la sentencia de primera instancia, reparos que se limitaron al tema de los intereses reclamados respecto de las cesantías comerciales debidas; y resumidos, como réplica a los reparos en virtud de los cuales COMUNICACIÓN CELULAR S. A. pretende la revocatoria del fallo impugnado, algunos de los apartes del alegato de conclusión presentado en el trámite de la primera instancia.

Ruego al Tribunal, confirmar la sentencia recurrida y revocarla en el aspecto precisamente discutido por COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN, al interponer el recurso de apelación.

Del HH. Tribunal Superior del Distrito Judicial y del señor Magistrado Ponente, respetuosamente,


AURELIO CALDERÓN MARULANDA
C. C. # 10.217.434
T.P. 9.484 del C. S. de la J.

Manizales, julio 3 de 2020

Señores

**HH. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL FAMILIA
Att. Dr. RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA
Magistrado Ponente
Ciudad**

RADICACIÓN	17-001-40-03-002-2017-00188-00
DEMANDANTE	COMUNIDAD CELULAR S.A. en Liquidación & CAACUPE S.A.S.
DEMANDADA	COMUNICACIÓN CELULAR S. A. - COMCEL S.A.
ASUNTO	SUSTENTACION RECURSO DE APELACIÓN

PAOLA ANDREA CASTELLANOS TORRES, mayor de edad, vecina de la ciudad de Manizales, identificada con la cédula de ciudadanía número 1.060.653.365 y con la tarjeta profesional de abogada número 288.566 del C. S. de la J., conocida en el asunto de la referencia como apoderada de la sociedad **CAACUPE SAS**, cesionaria de los derechos litigiosos que le fueron cedidos por la sociedad COMUNIDAD CELULAR S. A., en liquidación (NIT. 810.004.803-4), por medio del presente escrito procedo a sustentar el RECURSO DE APELACIÓN interpuesto contra la sentencia de primera instancia proferida el día 30 del mes de septiembre del año 2019 y la sentencia escrita complementaria proferida el día 9 del mes de octubre de 2019.

Obro para el efecto en término hábil y con sujeción a lo dispuesto en la providencia proferida por el Despacho con fecha 24 de junio del año en curso, notificada el día siguiente.

1. Habiendo formulado en oportunidad y en el término fijado por la ley, después de interpuesto el recurso de apelación contra la sentencia de primer grado, idénticos reparos a los que tuvo ocasión de presentar COMUNIDAD CELULAR S. A., en liquidación, me permito manifestarle que conocido por la apoderada que esto suscribe el contenido del escrito sustentatorio del recurso de apelación presentado por el señor apoderado de COMUNIDAD CELULAR S. A., en liquidación, adhiero integralmente a dicha sustentación, haciéndola propia en todas sus partes como quiera que la posición jurídica de la sociedad a la que represento en la calidad arriba anunciada y como Litis Consorte necesaria de aquella, es igual respecto de la sentencia y como quiera, también, que "Los recursos y en general las actuaciones de cada litisconsorte" favorecen a los demás (Art. 61 C. G. del P.)

2. En tal sentido y para no redundar en esas razones, doy por reproducidas en este escrito las razones de hecho y de derecho presentadas por COMUNIDAD CELULAR S. A., en liquidación, por conducto de su apoderado razones en virtud de las cuales sustenta los reparos concretos que se le hacen a la sentencia por parte de COMUNIDAD CELULAR S. A. desarrollando los argumentos expuestos ante el despacho de primera instancia, reparos atinentes, básicamente, a la reclamación de intereses moratorios causados sobre las cesantías comerciales reclamadas.

Analizadas las razones de la decisión sobre la cual recaen esos reparos, se exponen y sustentan las siguientes:

a) La cesantía comercial se hace exigible al momento de la terminación del contrato de agencia comercial.

Se basa esta primera consideración en la afirmación en el sentido de que las cesantías comerciales reclamadas, se hicieron exigibles a partir de la terminación de los contratos de agencia comercial en los que su cobro se apoya, y por el solo hecho de su terminación.

Esa posición se apoya en jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, como se consigna en las siguientes sentencias:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01 (págs. 35 y 36)

Sentencia de marzo 18 de 2003. Sala de Casación Civil. Expediente 6892. (pág. 16)

Y en lo que tiene que ver con la exigibilidad de las cesantías comerciales reclamadas, y lo dispuesto por el Despacho de primera instancia, se expresa que

b) Las sentencias que se pronuncian sobre la naturaleza de un contrato tienen efectos declarativos (ex tunc) y no efectos constitutivos (ex nunc)

Se alega que la sentencia judicial relacionada con la naturaleza del contrato tiene efectos declarativos y no constitutivos a diferencia de lo que resolvió el Juzgado al asignar a la sentencia efectos ex nunc (desde ahora), cuestión que no tiene asidero jurídico y que, por el contrario, va en contra de los principios y reglas fundacionales del derecho de los contratos.

En tal sentido, y en apoyo de lo expresado, se cita la

Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019

c) La sentencia que se cuestiona no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL S. A. quedó constituida en mora de pagar las cesantías comerciales reclamadas

Para sustentar este aparte, después de revisar el contenido de los arts. 94 del C. G. del P. y 1608 del C. C. se recuerda que la mora del deudor es el retraso en el incumplimiento de las obligaciones a su cargo, por causa imputable a él. En tal sentido, el artículo 1608 del C. C. precisa, entre otras razones, que el deudor está en mora automática, cuando hay un término legal o contractual para el cumplimiento de la obligación, y no la cumple en ese término; y en lo que tiene que ver con la cesantía comercial, la obligación de pago a cargo del empresario nace a la terminación del contrato de agencia, por lo que para la causación de intereses de mora en caso de retraso en el pago, no es necesario constituirlo en mora.

A este respecto, la Corte Suprema de Justicia, en sentencia del 18 de marzo de 2003, dijo:

"En consecuencia, si los demandantes piden simplemente el cumplimiento de aquella obligación contractual y no piden intereses de mora ni perjuicios anejos, la constitución en mora no es requisito que deba acreditarse, aunque sí la exigibilidad de la obligación, que es asunto diferente, distinción ésta que, por lo demás, ha sido reiteradamente sostenida por la Corte, como puede constatarse en Sentencia de Casación Civil 063 del 10 de julio de 1995 (exp. 4540) en

la que dijo: "La mora del deudor no puede en ningún caso confundirse con el incumplimiento de las obligaciones contractuales, como quiera que aquella, como lo tiene por sentado la jurisprudencia de esta Corporación, consiste en 'el retraso, contrario a derecho, de la prestación por una causa imputable a aquél' (Casación 19 de julio de 1936, G.J. T. XLIV, pág. 65), en tanto que el incumplimiento es la inejecución de la obligación debida, ya sea ésta positiva (dare, facere) o negativa (non facere). Significa entonces lo anterior que exigibilidad y mora de la obligación son dos nociones jurídicamente diferentes. La primera se predica de las obligaciones puras y simples, esto es, las que no se encuentran sometidas a plazo, condición o modo". Por consiguiente, "el acreedor se encuentra autorizado a exigir al deudor su cumplimiento, aun acudiendo para el efecto a la realización coactiva del derecho mediante la ejecución judicial; la mora, en cambio, supone el retardo culpable del deudor en el cumplimiento de la obligación, y para constituir en ella al deudor, se requiere que sea reconvenido por el acreedor, esto es, que se le intime o reclame conforme a la ley la cancelación de la prestación debida", reconvenición judicial que opera desde luego en los casos en que no procede la mora automática (Artículo. 1608 incs. 1º y 2º del C.C.). (Casación Civil del 9 de septiembre de 1999)"

En tal orden de ideas, se relacionan las siguientes sentencias de casación:

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, En Sentencia del 7 de diciembre de 2012, Expediente 00327, M. P.: Ruth Marina Díaz Rueda

Corte Suprema de Justicia Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. José Fernando Ramírez Gómez, Bogotá, D.C., veinticuatro (24) de septiembre de dos mil uno (2001), Referencia: Expediente No. 5876

d) Finalmente, se alega que en la demanda se solicitó se ordenara el pago de las sumas de dinero reclamadas por concepto de cesantía comercial "con indexación de las mismas y con intereses moratorios, o con una u otra, efectuada la indexación o computados los intereses moratorios desde la fecha en la que dichas sumas debieron pagarse, es decir, a partir del día 22 de julio de 2015, estos es, a partir del día siguiente al de la fecha en la que COMUNIDAD CELULAR S. A., dio por terminados los contratos de las ZONAS ORIENTE y OCCIDENTE y hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo."

Sobre esta cuestión se transcribe parcialmente reciente sentencia de la Corte Suprema de Justicia (**Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Dr. Aroldo Wilson Quiroz Monsalvo, Bogotá, D.C., veinticinco (25) de junio de dos mil dieciocho (2018). Referencia: SC2307-2018**):

"Adicionalmente, esas cantidades deberán reintegrarse indexadas, bajo la premisa de que el reintegro de los dineros recibidos debe ser completo, según la doctrina reiterada de esta Corte (CSJ SC, 25 abr. 2003, rad. 7140, SC11331 de 2015, rad. nº 2006-00119), partiendo de la base de que en economías inflacionarias como la colombiana el simple transcurso del tiempo determina la pérdida del poder adquisitivo de la moneda, fenómeno que ha sido calificado como notorio.

Para tal actualización monetaria, en consecuencia, se utilizará el Índice de precios al consumidor, aplicando la fórmula según la cual el valor histórico multiplicado por el IPC actual y el resultado de ésta operación dividido por el IPC histórico arroja el valor presente de la misma suma de dinero.

(..)

Con sujeción al inciso final del artículo 308 del estatuto procesal civil, el valor que por corrección monetaria corresponda cancelar a la inicial convocada a partir del 1º de febrero del año en curso y hasta cuando se verifique el pago de la obligación, deberá determinarse en la forma fijada en precedencia.

Además de la indexación se ordenará el pago del interés legal previsto en el artículo 1617 de la codificación sustantiva civil, de la forma que la Sala ha estimado procedente (CSJ, SC11331 de 2015, rad. nº 2006-00119), que corresponde a la tasa del 6% anual sobre el capital nominal o cantidad de dinero que originalmente fue entregada por el prometiende comprador.

(...)

Los mencionados intereses que sobre la suma de (...) se causen a partir, inclusive, del 1º de febrero del presente año, deberán liquidarse con sujeción a los parámetros que se dejaron consignados en esta providencia y al mandato contenido en el inciso final del artículo 308 del Código de Procedimiento Civil.”

Y las siguientes conclusiones expuestas en el escrito al que se adhiere, las comparte plenamente la sociedad CAACUPE SAS:

- La cesantía comercial constituye una obligación mercantil de carácter dinerario y de origen legal, que pertenece al contrato de Agencia Comercial, como un elemento de su naturaleza.
- Dicha prestación económica se hace exigible al momento de la terminación del contrato de Agencia Comercial, y por ese solo hecho.
- Con fundamento en el art. 65 de la Ley 45 de 1990, sobre el monto de la cesantía comercial se causan intereses moratorios, en caso de mora del deudor y a partir de ella.

Determinado que sobre la cesantía comercial se causan intereses moratorios por el solo hecho de la mora y a partir de ella, sigue determinar cuándo quedó COMCEL S. A. constituida en mora, en el caso concreto:

a) Primera tesis. Pretensión 3ª Principal. COMCEL S. A. está en mora de pagar las cesantías comerciales desde la terminación de los contratos demandados. COMCEL S. A., como está probado en el proceso, no pagó a COMUNIDAD CELULAR S. A. las cesantías comerciales que se hicieron exigibles el día 21 de julio de 2015 (fecha de terminación de los contratos), en otras palabras, no cumplió su obligación dentro del término legalmente estipulado para ello.

Y como quiera que COMCEL S. A. no cumplió su obligación dentro del término legalmente estipulado, desde el 21 de julio de 2015, según lo dispuesto en el numeral 1º del art. 1608 del C. C., está en mora de pagar las referidas cesantías comerciales:

Dicha disposición sienta una regla general según la cual, el deudor está en mora si no ha cumplido su obligación dentro del término estipulado, ora legal, ya contractualmente.

En este punto es del caso señalar que en tratándose del pago de la cesantía comercial regulada en el art. 1324 del C de Co, la ley no establece la necesidad

de requerimiento o reconvencción alguna alguno como requisito para la constitución en mora del empresario agenciado (COMCEL S. A.); por ello, resulta claro que COMCEL S. A. está en mora de pagar las Cesantías Comerciales a favor de COMUNIDAD CELULAR S. A. desde el DÍA 21 de julio de 2015.

Respecto de lo que aquí se plantea, en Laudo Arbitral de COMCELULARES F. M contra COMCEL S. A. se dijo:

"Además, como de acuerdo con el artículo 1324 del Código de Comercio dicha prestación debe pagarse a la terminación del contrato, considera el Tribunal que a partir de dicha fecha se deben causar intereses de mora a la tasa más alta autorizada, pues en dicho momento se configura la mora de conformidad con el numeral 1º del artículo 1608 del C. Civil. En efecto, el artículo 1608 del Código Civil dispone: "El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora." (...) Por su parte el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil establece en su segundo inciso: "La notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin, si no se hubiere efectuado antes." De lo anterior se desprende que la constitución en mora por la notificación del auto admisorio de la demanda prevista por el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil sólo opera cuando no se aplican los numerales 1º y 2º del -Art. 1608- del Código Civil. Ahora bien, estos numerales prevén la constitución en mora bien sea cuando la obligación debe cumplirse en un término estipulado, o cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla. En estos casos la mora opera sin que sea necesario requerimiento alguno."

Por lo expresado, procede estimar favorablemente la pretensión de reconocimiento de intereses de mora computados una y media veces el interés bancario corriente certificado, desde la fecha en la que debieron pagarse las sumas reclamadas, conforme se solicitó en la demanda.

En consecuencia, y al aplicarle al capital debido las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tiene que los intereses moratorios que sobre las Cesantías Comerciales se han causado entre el 21 de julio de 2015 y el 30 de septiembre de 2019, totalizan las siguientes cantidades:

- Contrato Occidente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 3.645.603.551.00
Fecha en que venció el pago	21 de julio de 2015
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	1.532
Intereses a pagar	\$4.505.123.000.00

- Contrato de Oriente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 786.985.368.00
Fecha en que venció el pago	21 de julio de 2015
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019

Resultado de los cálculos	
Días de mora	1.532
Intereses a pagar	\$972.530.000.oo

Como la sentencia de segunda instancia se dictará en un momento posterior a la fecha de la providencia recurrida, el H. Tribunal Superior, de aceptar los reparos que sobre el particular se hacen a la sentencia, deberá adicionar los intereses moratorios que se ha causado entre el 1º de octubre de 2019 y la fecha en que se dicte la providencia con la cual se resolverá el recurso de alzada.

b) Segunda tesis. Pretensión subsidiaria a la tercera pretensión principal. COMCEL S. A. está en mora de pagar las cesantías comerciales desde la fecha en la que se le notificó el auto admisorio de la demanda. Si el H. Tribunal negara la pretensión 3ª principal de condena en lo que se refiere al reconocimiento de intereses moratorios a partir del día 22 de julio de 2015, esto es, a partir del día siguiente al de la fecha en la que COMUNIDAD CELULAR S. A., dio por terminados los contratos de las ZONAS ORIENTE y OCCIDENTE y hasta la fecha en la que se realice su pago efectivo, procedería la pretensión subsidiaria a la pretensión tercera principal y en virtud de la cual se solicita condenar a COMCEL S. A. a pagar los intereses moratorios causados sobre las Cesantías Comerciales a partir de su constitución en mora con fundamento en lo establecido en el inciso 2º del art. 94 del C. G. del P, disposición conforme a la cual,

"La notificación del auto admisorio de la demanda o del mandamiento ejecutivo produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor, cuando la ley lo exija para tal fin (...9. Los efectos de la mora solo se producirán a partir de la notificación".

Al aplicarle al capital debido las tasas certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia, se tiene que los intereses moratorios que sobre las cesantías comerciales se han causado entre el 19 de diciembre de 2017 (fecha de notificación del auto admisorio de la demanda) y el 30 de septiembre de 2019, totalizan las siguientes cifras:

- Contrato de Occidente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 3.645.603.551.oo
Fecha en que venció el pago	19 de diciembre de 2017
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	650
Intereses a pagar	\$1.800.662.000.oo

- Contrato de Oriente:

Bases para el cálculo de los intereses de mora	
Valor de la cesantía comercial	\$ 786.985.368.oo
Fecha en que venció el pago	19 de diciembre de 2017
Fecha de corte de esta liquidación	30 de septiembre de 2019
Resultado de los cálculos	
Días de mora	650
Intereses a pagar	\$388.713.000.oo

Como la sentencia de segunda instancia se dictará en un momento posterior a la fecha de la providencia recurrida, el H. Tribunal Superior, de aceptar lo que acaba de exponerse, deberá adicionar los intereses moratorios que se han causado entre el 1º de octubre de 2019 y la fecha en que se dicte la providencia con la cual se resolverá el recurso.

3. Dejo de esta manera sustentados, brevemente, los reparos formulados por CAACUPE SAS frente a la sentencia de primera instancia, reparos que se limitaron al tema de los intereses reclamados respectos de las cesantías comerciales debidas; y COADYUVO la réplica, que a los reparos hechos por la sociedad demandada COMUNICACIÓN CELULAR S. A. COMCEL S. A. a la sentencia de primera instancia sustentó el apoderado de COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN.

Ruego entonces al HH. Tribunal, confirmar la sentencia recurrida y revocarla en el aspecto precisamente discutido por COMUNIDAD CELULAR S. A., EN LIQUIDACIÓN y por CAACUPE SAS, al interponer el recurso de apelación.

Del HH. Tribunal Superior del Distrito Judicial y del señor Magistrado Ponente, respetuosamente,

A handwritten signature in dark ink, reading "PAOLA ANDREA CASTELLANOS TORRES". The signature is written in a cursive, somewhat stylized font.

PAOLA ANDREA CASTELLANOS TORRES

C. C. # 1.060.653.365

T. P. 288.566 del C. S. de la J.

Manizales, julio de 2020

Bogotá D.C., 3 de julio de 2020

Señores

TRIBUNAL SUPERIOR DE DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES

Atn. Ramón Alfredo Correa Ospina.

E. S. D.

Radicado No.: 2017-188

Demandante: Comunidad Celular S.A.

Demandado: Comunicación Celular Comcel S.A.

Asunto: Sustentación al recurso de apelación de Sentencia.

GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía No. 79.779.355 de Bogotá D.C., abogado en ejercicio y portador de la Tarjeta Profesional No. 82.904 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando en calidad de apoderado de **COMUNICACIÓN CELULAR COMCEL S.A.** (en adelante “COMCEL”) por medio de este escrito y dentro de la oportunidad procesal señalada en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del 2020, y el auto proferido por el Despacho el día 24 de junio del 2020, procedo a presentar la sustentación a los reparos concretos formulados contra la sentencia proferida por el juzgado segundo civil del circuito de Manizales, a través del recurso de apelación oportunamente interpuesto el día 16 de octubre del 2019.

1. OPORTUNIDAD DE LA SUSTENTACIÓN A LOS REPAROS DEL RECURSO DE APELACIÓN

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 14 del Decreto Legislativo 806 del 4 de junio del 2020, se dispuso: *“Ejecutoriado el auto que admite el recurso (...), el apelante deberá sustentar el recurso a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes”*. En ese orden, considerando que el auto por virtud del cual el Despacho admitió el recurso de apelación interpuesto por la sociedad COMCEL contra la sentencia de primera instancia proferida en el marco del proceso de la referencia, fue notificado por estado electrónico del 25 de junio del 2020, el cómputo del término para la sustentación del recurso de apelación al cual se refiere la citada norma inició el 26 de junio del 2020 y hasta el 3 de julio del 2020 inclusive, toda vez que el día 29 de junio del 2020 no correspondió a un día hábil.

Por lo señalado con anterioridad, el presente memorial con la sustentación al recurso de apelación es presentado en la oportunidad correspondiente.

2. SUSTENTACIÓN DE LOS REPAROS A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Con fundamento en los reparos concretos que fueran presentados por la vía del recurso de apelación del 16 de octubre del 2019, procedemos a desarrollar la sustentación para cada uno de tales reparos.

A. La sentencia se basó en un indebido criterio hermenéutico para la interpretación del contrato.

Para el Juez de la instancia, se configuró entre las partes el pretendido contrato de agencia mercantil por la reunión de sus elementos típicos sobre la base de -en su criterio- el desarrollo que le dieron sus partes en el periodo de ejecución de sus prestaciones. En sus términos, el *a quo* sentenció, a propósito de la manera en que, a su juicio, debía interpretarse el contrato, que:

“(…) si bien se plasmó en los contratos que su NATURALEZA lo era de “CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN”, sin que pudiera interpretarse como otro contrato, entre ellos, el de “AGENCIA COMERCIAL” que se indicó “las partes expresa y específicamente excluyen”, (…) lo cierto es que la EJECUCIÓN DE TALES CONTRATOS denotan que se trató de una AGENCIA COMERCIAL no de un CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN”.

Y agregó:

“[E]jecutar un contrato es realizar su objeto, de donde si dicha realización no corresponde con lo plamado en el contrato, lo que impera es la realidad en su desarrollo”. (Énfasis fuera de texto).

Con lo cual, vistas las consideraciones anotadas que fueron plasmadas en la providencia recurrida, es necesario reparar en que el juez de la instancia arribó a la conclusión sobre la que, en su opinión, fue la naturaleza del contrato suscrito entre la sociedad COMCEL y la sociedad COMUNIDAD CELULAR desatendiendo la exteriorización clara de la manifestación libre y expresa de la voluntad de las partes vertida en el contenido del contrato, a la que ha de estarse con preferencia para interpretar un contrato. Aun en el evento en que se interpretara el contrato a la luz del comportamiento de las partes durante su ejecución, la conclusión sobre la naturaleza del negocio ha debido ser que se trataba de

un contrato de distribución y no de agencia como lo concluyó el Despacho de primera instancia.

2.1.1. La primera fuente de interpretación de la naturaleza del contrato es el contrato mismo.

Habida cuenta de lo señalado con anterioridad, esta Honorable Sala debe advertir que el juez de primera instancia erró al considerar que la supuesta creencia tardía de COMUNIDAD CELULAR de que el contrato suscrito con COMCEL era de agencia comercial y no de distribución, y lo que a su juicio ocurrió en la etapa de ejecución del contrato, eran circunstancias relevantes para la determinación de la naturaleza del contrato, cuando lo cierto es que la misma debió determinarse, de manera preferente, a través de la interpretación de lo suscrito entre las partes. Aunque el Despacho reconoce en un aparte de la sentencia que COMUNIDAD CELULAR se determinó como distribuidora, afirmó que “ello no implica que así lo sea, cuando en la relación contractual surgen elementos que configuran la agencia comercial”.

Sobre este punto basta recordar la declaración de parte rendida por Pedro Felipe Bonivento, quien expresamente reconoció, que tenía la calidad de abogado¹, que fue empleado de Comcel por ocho años y que fue gerente comercial de uno de los distribuidores de Comcel. El señor Bonivento expresamente señaló:

“Yo fui empleado de Comcel durante un tiempo largo, en el lapso entre mi retiro de Comcel y mi llegada a formar esta empresa yo trabajé un tiempo en una empresa de logística de empresas de telefonía celular en el Paraguay y también fui Gerente General de uno de los distribuidores de Comcel, tenía una relación sumamente cordial con todas esas áreas por obvias razones y como lo advertía hace rato el doctor Mauricio Leiva Arboleda me dijo necesito mucha potencia en el eje cafetero, - y me dijo- porque usted no se le mide al tema de ser distribuidor, esa es la realidad doctora²”

La postura expuesta por el juez de la instancia desconoce el principio de autonomía de la voluntad y el de intangibilidad del contrato, según el cual el contrato es ley para las partes durante el periodo de su vigencia. Todas las cláusulas, elementos y obligaciones de los contratos, pactados de forma libre y voluntaria por las partes, se encontraban dirigidos a ejecutar una relación comercial de distribución entre los contratantes, no de agencia

¹ Expresamente lo indicó en los generales de ley, dentro de la audiencia de Audiencia del 20 de febrero de 2019, interrogatorio de Pedro Felipe Bonivento, representante legal de Celular SUN.

² *Ibid.*

comercial y todas las conductas desplegadas por las partes se encontraron encaminadas al cumplimiento de sus estipulaciones.

La prevalencia de la interpretación del contrato al tenor de la voluntad de los contratantes está expresamente prevista en el artículo 1618 del Código Civil (aplicable a los contratos mercantiles a través de lo dispuesto por el artículo 822 del Código de Comercio). Naturalmente no otro criterio hermenéutico podría ser considerado en nuestro medio como principal para quien pretender otorgarle sentido a lo dispuesto en un negocio jurídico, pues el fundamento mismo del efecto vinculante de los contratos es la autonomía de la voluntad de las partes que los celebran, y es en desarrollo de esa misma autonomía de la voluntad que les asiste a las partes la libertad de establecer su contenido e incluso la decisión de contratar o abstenerse de hacerlo³.

En este sentido, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido que la labor interpretativa sobre un acto de disposición de intereses está guiada por criterios cuya organización y aplicación atiende a un sentido de jerarquía; en desarrollo de dicha jerarquía *“el [criterio] subjetivo prevalece sobre el objetivo, a partir de la idea de que el principio de la búsqueda de la real voluntad de los contratantes es fundamental”*⁴.

Así, para descifrar el verdadero entendimiento de la relación o vínculo contractual de dos o más sujetos, a la luz de su común intención, la doctrina ha reivindicado la lectura literal de la voluntad declarada en el negocio mismo, tanto así que *“[l]a afirmación de la prevalencia de la común intención no puede llevar a minusvalorar la importancia del sentido literal de la declaración, pues esto no puede ser desmentido ni siquiera por los mismos contratantes”*⁵, por lo que, siempre que el sentido literal de la manifestación de la voluntad de las partes sea clara no estaría llamado a aplicarse ningún otro método de interpretación diferente.

El contrato legalmente celebrado, en efecto, según lo dispuesto en el artículo 1602 del Código Civil, es ley para las partes, por lo que para determinarse su naturaleza y deducir los derechos y obligaciones que tienen los contratantes es necesario que el operador jurídico se remita, con preferencia, a lo pactado en él. Es allí, en lo estipulado en el negocio

³ En relación con esta fundamentación: Cfr. J. Carbonnier. *Droit Civil*. Citado por: Franco Victoria, Diego. *Interpretación de los contratos civiles y estatales*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2019, p. 80.

⁴ Cfr. Consejo de Estado. Sección Tercera. Subsección A. Sentencia de 21 de junio de 2018, Rad: 40353, C.P.: María Adriana Marín.

⁵ Franco Victoria, Diego. *Op.Cit.*, p. 137.

jurídico, donde se halla la primera y más fiel fuente de la voluntad común de los contratantes.

La jurisprudencia proferida por varios Tribunales Superiores en sede de apelación en el marco de procesos judiciales con análogas circunstancias a las que se presentan en este caso ha coincidido, en reiteradas providencias, en respetar la manifestación expresa que las partes del contrato han dispuesto de manera clara, además de libre de vicios, la naturaleza del contrato que han querido convenir. Por ejemplo, en decisión del 5 de septiembre del 2019, el Tribunal Superior de Bogotá estimó que:

“Los contratantes acordaron que lo ejecutado era un contrato de distribución a punto tal que excluyeron la posibilidad de ser tenido en cuenta como una agencia comercial, y que al haber sido suscrito por el representante legal de COLCELL CARIBE implica, que dicha sociedad se sujetó a lo allí consagrado, bajo el entendido que “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (art. 1602 C.C), sin que alguna de dichas hipótesis se consigue en este asunto.

(...)

*Aún cuando coincidan entre uno y otro tipo de contrato (distribución y agencia) varios de los elementos que los caracterizan, no pueden las partes acogerse a uno u otro según su conveniencia, pues precisamente previo a la materialización del negocio **aquellas acordaron que el mismo se llevaría a cabo en el marco de un contrato de distribución y, por ende, a ello deben estarse**”⁶ (Énfasis fuera de texto).*

Más recientemente, en la decisión proferida por el Tribunal Superior de Bogotá el pasado 19 de febrero del 2020, el juez de la anulación reparó en que las partes de la *litis* habían autorregulado sus intereses en ejercicio de su autonomía privada mediante la celebración específica de negocios jurídicos, los cuales “son fiel reflejo de la inequívoca intención -o querer- que tienen aquellas de vincularse en una determinada operación jurídico-negocial, (...)” y “deba el hermeneuta atenerse más a la intención de aquellos al tenor literal de tales estipulaciones (arts 1602 y 1618 C.C) (...)”⁷.

⁶ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil. Sentencia del 5 de septiembre de 2019. MP: Hilda González Neira. Proceso ordinario de COLCELL CARIBE LTDA contra COMCEL.

⁷ Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Séptima Civil. Sentencia del 19 de febrero de 2020. MP: Manuel Alfonso Zamudio Mora. Proceso ordinario CONEXCEL Y OTROS contra COMCEL.

En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia a propósito del procedimiento hermenéutico que se debe seguir para auscultar la voluntad recíproca de las partes en un contrato. En relación con ese particular, en los términos de la Corporación, “los cánones hermenéuticos de la *lex contractus*, comportan **el análisis in complexu, sistemático e integral de sus cláusulas (...)**”⁸, sobre la base de la plenitud e integridad del negocio, a su unidad orgánica. Con lo cual, debe el intérprete describir la voluntad común con ocasión de lo dispuesto en el mismo contrato.

Aunado a lo anterior, en un caso similar al sometido al buen juicio de la Honorable Sala, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia afirmó:

“Habiendo plasmado en dichos términos las partes contratantes su voluntad, resulta por demás arbitrario hacer decir al contrato que durante la práctica del mismo se ejecutó una agencia comercial, convención que fue precisamente con total nitidez excluyeron...y aún más cuando durante la vigencia de la misma no hubo ninguna manifestación tendiente a modificarla...”⁹.

En ese contexto y teniendo en cuenta que el juez de la instancia consideró en la sentencia que no hubo ambigüedades en las cláusulas del contrato, y que ninguna de dichas estipulaciones han de considerarse como abusivas, siendo todas ellas plenamente válidas y vinculantes en la medida en que habían sido aceptadas expresa y voluntariamente por ambas partes mediante la suscripción de los contratos por los representantes legales -e incluso empleó varias de ellas para justificar las facultades unilaterales de COMCEL para imponer multas, penalizaciones y modificar las escalas de las comisiones pagadas a COMUNIDAD CELULAR-, no hay justificación alguna para que el *a quo* hubiese descartado establecer la naturaleza del contrato suscrito entre las partes desatendiendo la lectura del mismo clausulado contractual, en el que de manera clara y expresa se estipuló que la real intención en la relación contractual era ejecutar un contrato de distribución, excluyendo la agencia comercial y cualquier otra modalidad contractual de intermediación.

La única circunstancia que justificaría un procedimiento hermenéutico como el que fue adoptado por el juez de primera instancia, con ocasión del cual decidió -sin motivarlo de manera suficiente- determinar la naturaleza del vínculo contractual con desapego de la manifestación expresa de voluntad plasmada en el contrato, se habría encontrado en declarar alguna circunstancia que invalidara las cláusulas del contrato que se refieren a la

⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de febrero del 2008. Exp.: 2001-06915-01, M.P.: William Namén Vargas. (Énfasis fuera de texto).

⁹ Corte Suprema de Justicia, sentencia de 18 de julio de 2005, M.P: Silvio Trejos, Exp: 2075

su naturaleza. Con motivo de lo dicho, es del caso destacar que en la sentencia el juzgador de primera instancia se pronunció, entre otras pretensiones formuladas en la demanda, sobre las relativas al abuso del derecho contractual, a las cláusulas antinómicas y a las cláusulas abusivas, afirmando que todas las cláusulas del contrato celebrado entre las partes eran válidas y que se habían suscrito y ejecutado de manera voluntaria y libre por ellas, todas las facultades y obligaciones derivadas de este negocio jurídico. En este sentido, el acuerdo que integralmente se pactó y se ejecutó entre las partes fue uno de distribución, y no hubo vicio alguno en el mismo.

Por lo anterior, si el Despacho encontró que no había lugar a declarar la nulidad de las cláusulas cuya invalidez pretendió la demandante, dentro de las que se encontraban las relativas a la naturaleza del contrato que las partes entendieron estar celebrando, debe considerarse que el contrato fue, en ese sentido, válidamente celebrado y ejecutado por las partes. En ese sentido, la juez *a quo* debió darle aplicación al principio del *pacta sunt servanda*, consagrado en nuestra legislación en el artículo 1602 del Código Civil, y hallarle sentido al vínculo contractual escogido expresamente por las partes para la regulación sus intereses, esto es, que lo celebrado y ejecutado fue un contrato de distribución y no de agencia comercial.

Ciertamente, si el contrato es válido y sus cláusulas son claras, es esa la ley de los contratantes, por lo que no es dable al juzgador modificar a su arbitrio los aspectos esenciales de la relación negocial, como lo es la naturaleza del contrato celebrado, desatendiendo la voluntad declarada de las partes so pretexto de “interpretar” su contenido cuando ello no es requerido por no presentarse ningún motivo que la ley contempla para aplicar los criterios de integración del contrato, además, por cuanto, en lo que se refiere a la labor de atribuir sentido a una declaración contractual, “[l]as reglas de interpretación de los contratos, obligatorias para el juez en la medida en que el ordenamiento jurídico pretende que **la voluntad de las partes —y no la del intérprete— sea escrupulosamente respetada** al momento de aplicar o de establecer los alcances del acto o negocio del cual se trate (...)”¹⁰.

Por los argumentos expuestos con anterioridad, el juez de la instancia debió declarar que el contrato era de distribución y no de agencia comercial atendiendo a la voluntad claramente manifestada por las partes en el plexo contractual, a cuyo tenor ha debido estarse el *a quo* en la providencia recurrida precisamente por ser la voluntad común y clara de las partes la que guía la labor interpretativa de un contrato.

¹⁰ Consejo de Estado, Sección Tercera. Sentencia de 12 de mayo del 2014, Exp: 28.397, C.P.: Mauricio Fajardo Gómez.

2.1.2. El comportamiento de las partes constituye un criterio hermenéutico para la interpretación del contrato solo para auscultar la falta de claridad o ambigüedad de las partes.

El criterio hermenéutico del que finalmente se valió el juez *a quo* para decidir la instancia se debe aplicar solamente en los casos en que lo realmente querido por los contratantes no corresponda con su voluntad declarada, pero no como el primer, o principal, recurso interpretativo al que acuda el juez para atribuir sentido a un vínculo negocial. No obstante, aun valiéndose del comportamiento de las partes para interpretar la naturaleza del negocio, la conclusión a la que se debe arribar es que se trató de un verdadero contrato de distribución.

En ese sentido, si bien el comportamiento de las partes -circunstancias externas a la redacción final de un contrato- puede ser útil para atribuir sentido a una u otra declaración de los contratantes, la jurisprudencia nacional ha calificado este criterio como auxiliar en la labor de interpretación, mas no el primordial. Así, la jurisprudencia del Consejo de Estado ha reconocido el respeto que ha de tener el intérprete al sentido mismo que las propias partes han atribuido a una respectiva cláusula, o al negocio jurídico en su totalidad; en ese sentido, refiriéndose a las reglas de interpretación de los contratos consagradas en la legislación civil, señaló:

*“Los preceptos que se han dejado transcritos no hacen cosa distinta que plasmar, en el derecho positivo colombiano, que **una de las herramientas hermenéuticas de más importante valía y utilidad es la denominada interpretación auténtica, la cual supone —nuevamente en claro paralelismo con la interpretación auténtica de la ley, realizada por el propio legislador— que la hermenéutica o la aplicación que las mismas partes han dado al clausulado del contrato, sobre cuyo significado o alcance controvierten con posterioridad, debe preferirse respecto de la que pueda resultar de cualesquiera otros hechos o circunstancias (...)**”¹¹. (Énfasis fuera de texto).*

De ahí que cualesquiera otros elementos externos y diferentes al sentido mismo que los contratantes le han otorgado, de manera libre y voluntaria, a una cláusula, o de manera íntegra al contrato, no podría ser atendida sin que se comprometiera la conformidad de dicha decisión a la ley y al respeto a la autonomía de la voluntad de las partes. Recurrir a esos elementos externos, como el comportamiento de las partes, procedería solo en el

¹¹ *Ibidem*.

evento de hallarse ausencia de una atribución auténtica de sentido por las partes, o, estando presente, exista ambigüedad o falta de claridad que impide llevar a cabo la interpretación auténtica emanada del querer de las partes.

Incluso, de admitirse la posición según la cual *ab initio* no existen jerárquías entre los criterios de interpretación sobre los que se ha basado este acápite, la doctrina ha considerado que “la preponderancia de uno sobre otro [refiriéndose a los criterios de interpretación] dependerá de cual satisface mejor la necesidad de identidad entre lo querido y lo exteriorizado”¹². Con lo cual, como ocurre en el asunto particular sometido al buen juicio de la Sala, estando clara la identidad entre lo realmente querido por las partes y aquello que se exteriorizó en el clausulado del contrato en relación con su naturaleza, por cuanto se trato de cláusulas libres de error, fuerza, dolo, o imposición abusiva, mal habría hecho el juez de la instancia al preferir desatender el tenor de dichas declaraciones expresas de voluntad.

Tan clara era la identidad entre lo realmente querido por las partes y los términos de las cláusulas sobre la naturaleza del contrato que el demandante, durante el interrogatorio de parte absuelto en el curso de la primera instancia, confesó haber suscrito los contratos celebrados con COMCEL de manera libre, expresando conscientemente su voluntad, por lo que, tanto en su formación, como en la suscripción y ejecución del contrato, no se presentó ningún vicio que invalidara total o parcialmente el contrato. En sus términos, expresó el señor Pedro Felipe Bonivento (Representante legal de COMUNIDAD CELULAR lo siguiente:

“En este negocio digamos que en forma generica, no puedo asegurar que hubo vicio del consentimiento, es decir, el día que yo firmé el contrato, como y lo expresé, lo firmé felizmente para como empresario promocionar los servicios de ellos (...) Jamás se me constriño a nada ni se me obligó a absolutamente a nada señora Juez”¹³

Y mas adelante reiteró que:

(...)el 15 de septiembre de 2002 nosotros firmamos un contrato y felizmente nosotros lo ejecutamos y lo estuvimos ejecutando desde ese día y hasta el 21 de

¹² Franco Victoria, Diego. *Op.Cit.*, p. 162.

¹³ Audiencia del 20 de febrero de 2019, interrogatorio de Pedro Felipe Bonivento, representante legal de Celular SUN.

julio de 2015 y dentro de los parámetros que fijó Comcel dentro de ese contrato (...)”¹⁴”

Asimismo, se le indagó al señor Bonvento si antes de suscribir el contrato hizo alguna tratativa con otro operador, a lo que indico que de forma tajante que no, que acudió directamente a COMCEL que era de “sentido común”. El referido deponente señaló que:

“Pregunta formulada por Comcel: Antes de suscribir este contrato usted hizo alguna tratativa con otro operador de telefonía celular o inicialmente Comunidad Celular fue directamente a Comcel para poder suscribir este contrato.

Pedro Felipe Bonivento: “Vuelvo y reprito por obvias razones mis tratativas tratativas (...) era obvio que iba a ser distribuidor de Comcel por el backup que traía” (...) fue Comcel porque fue la decisión (...) no existe otra razón valedera o mas que legitima de porque fue Comcel porque venía de trabajar con Comcel, es decir, eso es algo de sentido común¹⁵”

Además, el representante legal de la accionante admitió que “ese contrato (...) que por cierto lo conozco muy bien¹⁶”

Se reitera al H. Tribunal que señor Bovivento, conocía con atenlación el contrato de distribución, fue empleado de Comcel por ocho años, fue Gerente de un distribuidor de Comcel como él mismo lo confesó, era abogado de profesión y conocía expresamente el contrato.

En cualquier caso, de admitirse el ejercicio hermenéutico plasmado en la providencia recurrida, debe la Sala advertir que durante el periodo de ejecución contractual el comportamiento de las partes estuvo dirigido al cumplimiento de un verdadero contrato de distribución. No existe prueba alguna que hubiese permitido inferir al Despacho que, mientras COMCEL tenia la convicción de haber celebrado un contrato de distribución y estar ejecutandolo, la voluntad de COMUNIDAD CELULAR hubiera estado encaminada a la celebración de un contrato diferente o de estar ejecutando un contrato de agencia comercial. Entre los hechos que soportan dicha afirmación, debe considerarse que:

i) COMUNIDAD CELULAR se anunciaba al público como “Distribuidor autorizado” (de conformidad con las imágenes que obran en el expediente, en incluso otras pruebas que

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ *Ibíd.*

¹⁶ *Ibíd.*

comprenden el acervo probatorio del proceso¹⁷) lo que confirma que no había confusión alguna por parte del demandante acerca de la naturaleza de la relación contractual que tenía con COMCEL como de distribución y no de agencia comercial. Tanto así que el representante legal de la sociedad demandante se refirió, durante el curso del interrogatorio de parte practicado en el proceso, a su calidad e intención de celebrar un contrato de distribución con COMCEL, entre ellas:

“PREGUNTA COMCEL: Antes de suscribir este contrato usted hizo alguna tratativa con otro operador de telefonía celular o inicialmente Comunidad Celular fue directamente a Comcel para poder suscribir este contrato.

“Pedro Felipe Bonivento: Vuelvo y reprito por obvias razones mis tratativas tratativas (...) era obvio que iba a ser distribuidor de Comcel por el backup que traía” (...) fue Comcel porque fue la decisión (...) no existe otra razón valedera o mas que legitima de porque fue Comcel porque venía de trabajar con Comcel, es decir, eso es algo de sentido común”;

ii) De haber sido cierto que el demandante tenía la convicción de estar ejecutando una agencia comercial y no una distribución, hubiese dado cumplimiento a las obligaciones propias del agente, esto es, hubiese enviado a su agenciado informaciones periódicas relativas a las condiciones del mercado, informaciones periódicas sobre la conveniencia de los negocios celebrados, y sobre las acciones y resultados para efectos de acreditación de la marca, incluso habría inscrito el contrato en el registro público mercantil, como lo señala el artículo 1318 del Código de Comercio.

En efecto, a pesar de que el Despacho transcribe las normas relativas a las obligaciones del agente en la sentencia (art. 1321 del C. de Co), no da cuenta de la manera en la que encontró demostrado el cumplimiento de las obligaciones del agente por parte de COMUNIDAD CELULAR, pues lo cierto es que, el demandante nunca ejecutó un contrato de agencia comercial sino de distribución.

B. No se acreditó la presencia de los elementos esenciales de la agencia comercial

¹⁷ Cfr. Correo electrónico del 11/07/2013, emitido por Pedro Felipe Bonivento a Juan Carlos Archila (Representante Legal de Comcel), en el que identifica como distribuidor de COMCEL: " Nosotros creemos estar reclamando algo absolutamente justo que al final del camino una decisión como la que esperamos que se produzca, no se convierte en un beneficio solo para **distribuidor**, lo será también para el operador, sabiendo de antemano en que utilizamos cada recurso y beneficio logrado por COMUNIDAD CELULAR." En ese mismo sentido: Audiencia del 31 de julio de 2019, Guillermo Soto Orejuela (Coordinador de Subdistribuidores para Comunidad Celular) a partir del min 19:52: “Éramos **un distribuidor autorizado** de COMCEL, en los cuales se promocionaban, ofertaban y se vendían productos del operador como tal”.

En el fallo recurrido se estimó la procedencia de las pretensiones declarativas que se referían a la existencia de una relación contractual de agencia comercial, “cuyo objeto era promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de la sociedad agenciada y la comercialización de otros productos y servicios de la demandada (...)”¹⁸. No obstante, tal providencia pasa por alto elementos del acervo probatorio que desvirtúan el entendimiento sobre la señalada presencia de todos los elementos típicos y esenciales del contrato de agencia mercantil en el asunto concreto. En adición a la clara, voluntaria, libre y confesa intención de las partes sobre la naturaleza del contrato, tampoco en la ejecución se encuentran los elementos de la agencia comercial. Particularmente, en cuanto se refiere a *i)* la presencia de un encargo de la labor de promoción de un negocio y acreditación de marcas y servicios ante la potencial clientela; *ii)* si tal encargo efectivamente se ejecutó por cuenta ajena, o por cuenta de la demandante; y *iii)* si, en efecto, se prefijó una zona para el despliegue del supuesto encargo al demandante.

2.2.1. COMCEL no encomendó un encargo encaminado a la promoción o acreditación de sus productos o servicios, y el contrato celebrado entre las partes no se ejecutó de tal modo.

El entendimiento de la juez *a quo* a propósito de este preciso elemento esencial del contrato de agencia mercantil, partió de considerar que las labores de explotación y promoción de los productos y servicios están determinadas por “*una ingente actividad dirigida -en su comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada -a través de él- por el agenciado (...)*”. Con sustento en esa premisa, estimó probado el Despacho de primera instancia que la sociedad demandante ejecutó constantemente labores que encuadran en esa promoción, explotación e impulso de ventas de productos por encargo de la sociedad COMCEL. Entre esas gestiones positivas de las que la providencia da cuenta para fundamentar su posición están: las “avanzadas” en los municipios para ofrecer productos, la elaboración y entrega de volantes, el conseguir animadores para realizar actividades que atrajeran a la clientela, las labores de perifoneo, el obsequio de sombrillas, chocolates, lapiceros con la marca de mi representada.

No obstante, la juez de primera instancia obvió en su apreciación de las pruebas que quedó acreditado que las labores de publicidad y posicionamiento de la calidad y reconocimiento de la marca y los productos ofrecidos por COMCEL a los usuarios en Colombia fueron de

¹⁸ Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, p. 51.

iniciativa propia de dicha compañía y obedecen a sus enteros esfuerzos, en términos económicos y de recursos de personal, y no a las gestiones de los distribuidores. Estos últimos, con provecho de la posición y reconocimiento logrado por COMCEL se dedican de manera exclusiva a las labores de comercialización y venta de productos, tal y como se convino en los contratos de distribución.

Como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia¹⁹, los comerciantes han procurado ampliar su radio de acción hacia lugares donde surge la demanda de bienes y servicios que están en capacidad de ofrecer, para tal efecto se valen de diferentes formas de intermediación entre las que pueden encontrarse negocios típicos como de preposición, comisión, corretaje, suministro, o agencia mercantil, o incluso formas negociales que no tienen un desarrollo extenso en la legislación tales como el contrato de distribución o el de franquicia.

Entre tal variedad, es necesario que se tenga presente de forma rigurosa cuáles son los elementos esenciales que caracterizan una de dichas formas negociales de intermediación, para distinguir las de las demás. En ese sentido, al contrato de agencia comercial, por estar así dispuesto en el artículo 1317 del Código de Comercio, se le ha definido como aquél por el cual se encarga a un comerciante independiente la labor de promocionar o explotar un negocio de otro empresario, o del agenciado, de manera estable e independiente, y con el propósito de crear verdadera clientela a favor del agenciado.

Sea lo primero señalar que la labor de “promoción” del servicio de telefonía móvil celular además de que requiere, para su explotación, de una habilitación del Estado, conlleva varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público sobre las características del producto o servicio que se promueve -las cuales debe adelantar con su propia organización y recursos empresariales- hasta la conquista del cliente para el empresario. Con lo cual, la Corte Suprema ha puntualizado de manera reiterada²⁰ que la labor de promover negocios implicar adelantar -de manera independiente- labores para acreditar los productos y marcas del negocio del agenciado, generando así un valor intangible de reconocimiento que podría subsistir aun habiendo terminado el contrato.

¹⁹ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3645-2019, 9 de septiembre de 2019. Exp.: 15001-31-03-001-2009-00236-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, p. 18.

²⁰ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de octubre de 2001, Exp.: 5817, M.P.: Jorge Antonio Castillo Rugeles: “En síntesis, pues, el agente comercial, mediante su labor de ‘promover o explotar’ los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, (...)”. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 1 de diciembre de 2011, Exp.: 1001 3103 016 1999 01889 01 MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

A su turno, la doctrina le ha atribuido un sentido similar a dicha noción de "promoción" con la cual se configura un contrato de dicha naturaleza. En ese sentido, el profesor Luis Gonzalo Baena Cárdenas ha acotado que "[l]a labor de promoción constitutiva de la gestión confiada al agente conlleva, (...) la presentación del producto; las estrategias y tácticas de mercadeo, publicidad y promoción de los productos y servicios (...); las políticas de calidad y de atención a la clientela con el fin de conquistarla, mantenerla o incrementarla, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce -en sentido lato- como "mercadeo (...)"²¹.

Habida cuenta de la delimitación precisa de este elemento esencial del contrato de agencia comercial, las pruebas que se decretaron y practicaron durante la primera instancia dan cuenta de que la sociedad demandante no le fue jamás encomendada una labor tal de gestionar, con sus recursos empresariales, la acreditación de la marca y los productos de mi representada.

A ese respecto, téngase en cuenta el reconocimiento que la misma providencia recurrida hace en relación con los contratos que fueron objeto de apreciación por parte de la juez de primera instancia; allí fue señalado que "[e]n forma general en el OBJETO de los contratos, "EL DISTRIBUIDOR" se obligó a comercializar los productos y servicios en las modalidades contratadas, bajo su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura (...)"²². Así, debe advertirse que de conformidad con la lectura de lo dispuesto en los negocios jurídicos que dieron origen al presente litigio se convino que la sociedad demandante se ocuparía de la comercialización de productos y servicios por su propia cuenta, sin que se extendiera a labores de acreditación o posicionamiento de la marca o reconocimiento de los productos de mi representada. Y, de forma detallada, la misma providencia da cuenta de los objetos contractuales de los negocios sometidos a su decisión, señalando, para cada contrato:

"El objeto contractual consistió en:

- Promoción y explotación por parte de la SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A. para la SOCIEDAD COMCEL S.A., del **servicio de venta de equipos y programas.**

(...)

²¹ Baena Cárdenas, Luis G. *Lecciones de derecho mercantil*. Bogotá D.C., Universidad Externado de Colombia, 2013, 2da Ed., p. 398

²² Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, p. 28.

La promoción y explotación del negocio que COMUNIDAD CELULAR ejecutó y abarcó:

- Actividades de promoción y explotación en la **activación/legalización de planes (...)**.
- Actividades de explotación mediante **el recaudo (...)**²³ (Énfasis fuera de texto).

Así, debe advertirse que de conformidad con la lectura de lo dispuesto en los negocios jurídicos que dieron origen al presente litigio se convino que la sociedad demandante se ocuparía de servicios de comercialización de productos, por su propia cuenta, sin que se extendiera a labores de acreditación o posicionamiento de la marca o reconocimiento de los productos de mi representada, o prestaciones propias de un contrato típico de agencia comercial.

Incluso, las debida apreciación de las declaraciones practicadas a los terceros que concurrieron a absolver el correspondiente interrogatorio fortalecen la afirmación esgrimida con anterioridad. En ese sentido, como quedó probando en el proceso con el testimonio del señor GUILLERMO SOTO ORJUELA quien era el coordinador de subdistribuidores de COMUNIDAD CELULAR, incluso citado por la providencia recurrida: “la marca **COMCEL era conocida ampliamente por los usuarios** de telefonía móvil celular, entre otras cosas por su buena marca y **gracias a la publicidad que dicha empresa hacía por todos los medios, hasta el punto que sus productos y servicios se vendían solos**”²⁴. La cita transcrita confirma que el verdadero esfuerzo promocional y del posicionamiento de la marca lo hacía y lo hace COMCEL, mientras que las “promociones” del demandante -COMUNIDAD CELULAR, estaban dirigidas era a incrementar su propias ventas.

A su turno, durante su declaración, el señor JUAN CARLOS VILLESAS (Gerente de trade marketing para COMCEL) expuso en detalle cómo mi representada invierte una significativa suma de dinero para adelantar labores de publicidad que acrediten su marca y el reconocimiento de los productos que ofrece²⁵, que, además, cuenta con una agencia de

²³ Cfr. Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, pp. 6-7.

²⁴ Cfr. Audiencia del 31 de julio de 2019, Guillermo Soto Orejuela, min: 53:32, audio 1, presente en el expediente.

²⁵ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Juan Carlos Villescás Cuervo: "Indicaba hace un rato que Comcel invierte alrededor de 64 mil millones de pesos al año en publicidad (..) ¿en qué medios invierten esa publicidad? JCV: Exactamente, Comcel invierte en comerciales de televisión, revistas, publicidad impresa, radio y todos los medios que generen venta para todos los canales de venta incluyendo los distribuidores".

publicidad que se encarga de elaborar todos los diseños y estrategias de publicidad²⁶, que era su labor entregar dicho material publicitario a todos los distribuidores para que en su labor de comercialización se anunciaran de manera uniforme con la compañía²⁷, y que todas las labores o estrategias de mercadeo para posicionar nuevos productos se hacían desde COMCEL²⁸. En el mismo sentido también declaró el señor GUILLERMO SOTO (Coordinador de Subdistribuidores de COMUNIDAD CELULAR) quien, al ser cuestionado por si el personal de la demandante se ocupaba de la fijación de avisos o publicidad señaló: “Ellos [El operador] eran los que se encargaban de instalar el aviso”²⁹, luego confirmó al ser nuevamente interpelado por la juez *a quo* sobre el particular: “(...) nosotros hacíamos la solicitud ante COMCEL y ellos mismos se encargaban de hacer todo el trámite de la instalación del aviso”³⁰.

En efecto, todas las gestiones publicitarias o de difusión, encaminadas a la acreditación de los productos de COMCEL, eran iniciativa de COMCEL, y cuando no era así, requerían de la autorización previa de la compañía. Así fue reconocido expresamente en la providencia de primera instancia³¹.

También en relación con la gestión de acreditación y reconocimiento de productos y servicios, es del caso resaltar la declaración de CLAUDIA YAZMIN ROA (funcionaria de COMUNIDAD CELULAR) quien señaló que la sociedad demandante se ceñía, en cuanto a la actividad comercial, publicitaria y de imagen, a “circulares de ellos y la consigna siempre fue que todo se iba a hacer estrictamente sobre la circular porque si fallábamos nos penalizaban (...)”³². Quedó acreditado también que las referidas Circulares eran conocidas

²⁶ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Juan Carlos Villescas Cuervo: “¿Cómo funciona el diseño de la publicidad de Comcel? JCV: Nosotros tenemos una agencia publicitaria que se encarga del desarrollo y la parte creativa de la comunicación. Esa publicidad nosotros la compartimos con el distribuidor para que el haga uso de la comunicación con el distribuidor (...), y tenemos un manual de imagen corporativa donde le explicamos cómo debe ser el uso de la comunicación y cuál es la forma adecuada de hacerlo en el caso en que quiera incluir su logo (...) desde mercadeo aprobamos todo el contenido de esa publicidad”

²⁷ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Juan Carlos Villescas Cuervo: "JCV: Toda la publicidad que se gestiona, se hace desde directamente desde la Casa matriz, o sea desde COMCEL y mi misión u objetivo es hacerla llegar a los distribuidores, (...)”.

²⁸ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Juan Carlos Villescas Cuervo: "¿Quién maneja las estrategias en Comcel? JCV: ¿estrategias de mercadeo? (...) Sí, se manejan directamente desde la dirección de mercadeo y nosotros con el conocimiento de cada canal aportamos en ese desarrollo (...). Si yo quiero dar a conocer nuevos productos de la marca claro, ¿quién diseña la estrategia para dar a conocer esos nuevos productos? JCV: La Dirección de mercadeo (...)”.

²⁹ Audiencia del 31 de julio de 2019, Guillermo Soto Orejuela desde minuto 21:44

³⁰ *Ibidem*.

³¹ Cfr. Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, p. 38.

³² Audiencia del 1 de agosto del 2019, Claudia Yazmin Roa Giraldo.

por los distribuidores “[p]or el portal de circulares que manejábamos clave para acceder a ellas diariamente y también el coordinador nos enviaba al correo circulares mas relevantes para que estuviéramos pendientes de los procesos y cada quien manejaba le que le correspondía (...) para cada área había circulares independientes”³³.

En idéntico sentido, GUILLERMO SOTO -a quién se ha citado con anterioridad- señaló: “Llegaban muchas circulares que nos mandaba COMCEL para bajarle a la red de subdistribuidores, en políticas, nuevas promociones, todo lo que tenía que ver con políticas de venta”³⁴. Lo anterior es una muestra fehaciente de cómo ejecutó el contrato la sociedad demandante, sin que dicha ejecución asumiera labores para la acreditación o promoción de productos de mi representada.

En efecto, el uso de la imagen, los signos distintivos y de la publicidad de COMCEL estaba sujeto a limitaciones y protecciones legítimas que se convino entre las partes desde los aludidos contratos de distribución, puesto que hacían parte de sus derechos de propiedad industrial y derechos de autor, y obedecen al esfuerzo notable de la compañía por alcanzar un posicionamiento reconocido de sus productos, sus beneficios y su calidad. Dicha circunstancia fue aceptada y reconocida por la sociedad demandante en el plexo contractual³⁵.

Ahora, debe recalcarse que el éxito de las ventas de la demandante claramente no se debió ni a la publicidad efectuada por COMUNIDAD CELULAR de sus locales sino al posicionamiento de COMCEL en el mercado, la reputación de la marca, los precios de los productos, la cobertura de la red. En general, las razones por las cuales alguien adquiere un servicio de telefonía móvil en donde la prestación contratada jamás dependerá del sitio

³³ *Ibidem*.

³⁴ Audiencia del 31 de julio de 2019, Guillermo Soto Orejuela desde minuto 36:54.

³⁵ Cfr. Contrato de distribución entre OCCEL y COMUNIDAD CELULAR, 2002, Anexo G: “CONDICIONES GENERALES SISTEMA POLIEDRO: “2. Propiedad de la información”. OCCEL y sus emblemas, son marcas comerciales registradas. Las otras marcas o emblemas contenidos en la página de EL SISTEMA son también considerados como marcas comerciales o de servicios debidamente registradas. Los derechos de autor sobre las paginas, las imágenes y en general todo lo que aparece en pantalla cuando se ingresa a EL SISTEMA, así como sobre la información y el material contenidos en las mismas es propiedad de OCCEL, salvo indicación en contrario. Por lo anterior, cuando ingrese a EL SISTEMA, EL DISTRIBUIDOR acepta y se obliga a no reproducir, retransmitir, distribuir, vender, publicar, divulgar, circular o comercializar, y en general a disponer por cualquier medio de la información contenida en el mismo, total o parcialmente, salvo que exista autorización previa, expresa y escrita del Representante Legal de OCCEL”. En el mismo sentido: Cfr. Contrato de distribución entre OCCEL y COMUNIDAD CELULAR, 2006, Cláusula 16: “Marcas: (...) “**EL DISTRIBUIDOR reconoce que el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte de COMCEL de las ventas del DISTRIBUIDOR y el acceso a la tecnología de COMCEL, tiene un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos...**”

donde se vendió el aparato. Evidentemente las capacitaciones recibidas por los vendedores del distribuidor en materia de servicio al cliente y los puntos estratégicos en los que se ubicaba esta sociedad³⁶ le favorecieron. ESAS NO SON estrategias de promoción. En efecto, de conformidad con el testimonio rendido por la señora María del Pilar Suárez, Gerente de “Universidad Claro”, el personal de la sociedad demandante recibió constantes capacitaciones asociadas a habilidades de venta, cuyo costo no era asumido por COMUNIDAD CELULAR, sino que se trataba de una labor propia de COMCEL con el propósito de la buena marcha de la comercialización a la que se comprometió la demandante como distribuidor³⁷. De ahí que se concluya que la sociedad demandante, claramente, jamás se comprometió a asumir con sus recursos empresariales (ni COMCEL lo esperaba), que permita concluir que existió un encargo de promoción y acreditación de la marca y productos de mi representada, por cuanto todas esas labores eran asumidas directamente por ella.

A ese mismo respecto, el representante legal de la demandante indicó durante su declaración, que sus clientes ingresaban a los puntos administrador por COMUNICACIÓN CELULAR por el reconocimiento de la marca de COMCEL, que, valga reiterar, obedecía al esfuerzo de acreditación de la propia compañía. En los términos de su declaración, el señor BONIVENTO señaló:

“JUEZ: la clientela de telefonía móvil celular en todas sus modalidades ingresaba a las tiendas o puntos de venta que ustedes tenían porque quien la promocionaba era Comunidad Celular o porque se trataba de una empresa denominada Comcel?”

“Pedro Felipe Bonivento: Lo primero que ve un peaton es un gran aviso de Comcel en su época y de Claro ahora, si usted hace una pequeña encuesta entre dos o mas personas, nadie sabe que es Comunidad Celular, ni que era eso, esos eran puntos de Comcel puntos de Claro y llegaban allá a que les promocionamos un servicio de los tantos que ellos ofrecían”

³⁶ Audiencia del 1 de agosto de 2019, Ricardo Gómez Ochoa (Gerente de desarrollo de distribuidores de COMCEL)

³⁷ Audiencia del 2 de agosto de 2019, María del Pilar Suárez: “Pregunta: ¿Sobre qué se emitían esas capacitaciones? MP: Todo lo que tenía que ver con la oferta comercial (...) el uso de herramientas para vender y activar, los procedimientos que debe seguir para hacer todo el tema de ventas a nuestros usuarios, y temas de habilidades comerciales que les permitían generar habilidades para generar unas buenas ventas y unas ventas de acuerdo con las necesidades del cliente (...). Pregunta: ¿Comunidad Celular, mientras estuvo como distribuidor activo de COMCEL, era particularmente activa dentro de estas solicitudes de capacitación o no? MP: Sí, sí”.

Con todo, no podría concluirse -como lo hizo la juez *a quo*- que COMUNIDAD CELULAR asumió, con sus recursos empresariales, un encargo para promover los productos y servicios de mi representada, por cuando brilla por su ausencia cualquier actividad o gestión positiva que hubiese emprendido para acreditar los productos o la marca de COMCEL, sin que COMCEL se lo hubiera coordinado plenamente o sin que COMCEL hubiese asumido costos o puesto a disposición a su personal para tales labores. Tanto así que todas esas actividades de acreditación cuya iniciativa era propia de COMCEL redundaron en beneficio del distribuidor, y no ocurrió en sentido contrario, pues gracias a la publicidad y al posicionamiento de la marca -consecuencia del esfuerzo empresarial de COMCEL- el distribuidor comercializaba los productos de mi representada sin más esfuerzos que los requeridos para acondicionar y operar un punto de contacto donde los usuarios pudieran recoger activado su aparato móvil o, como sucedió con gran frecuencia, fungiendo como gestor de servicios meramente administrativos³⁸.

No debe confundirse un acto de promoción para incrementar las ventas del distribuidor con un acto de acreditación de marca o productos a favor de otro. Ciertamente, los actos de COMUNIDAD CELULAR, como los que señala la providencia recurrida de hacer volantes, perifoneo, contratar animadores, toques puerta a puerta, trasladar un carro con propaganda o regalar sombrillas, chocolates, lapiceros y agendas y balones con la marca de COMCEL³⁹, no eran actos dirigidos a acreditar la marca, sino **actos dirigidos a explotar a su favor la acreditación de la marca que había logrado construir COMCEL** con años de enormes esfuerzos financieros y de inversión en infraestructura para mejorar las condiciones y calidad en términos de conectividad, sin hablar de las inversiones y estrategias cuidadosamente planeadas en publicidad nacional que permito a COMCEL ser la marca más reconocida en telefonía celular.

Haciendo un símil, si un almacén de cadena o un pequeño establecimiento de ventas al detal de un barrio pone un cartel, una pancarta o impulsa una oferta promocional de una marca específica o entrega obsequios a un cliente, lo hace con dos propósitos definidos, el primero, atender su clientela de la mejor manera y especialmente, incrementar sus ventas

³⁸ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Juan Carlos Villescas Cuervo: “Pregunta: ¿De qué manera se benefician los distribuidores de las acciones de publicidad que emprende casa matriz? JCV: Claro, el distribuidor se beneficia porque con esta inversión se hace que lleguen a los puntos de venta de los distribuidores los clientes (...). En igual sentido: Audiencia del 31 de julio de 2019, Guillermo Soto Orejuela desde minuto 53:29: “Apoderado de COMCEL: Permítame y sigo desarrollando sobre ese último punto que usted acaba de mencionar ¿Qué tan importante era para ustedes la buena imagen que tenía COMCEL y la publicidad que realizaba COMCEL a nivel nacional? Testigo: Pues era nuestro caballo de batalla. Con ellos vendíamos y salíamos a garantizarle al cliente una buena cobertura, buenos productos, buenos precios y nos basábamos en eso”.

³⁹ Cfr. Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, pp. 40-41.

para obtener mayores ingresos. No por ello, se puede considerar al almacén o a la tienda como un agente comercial de la marca, ni mucho menos se puede pensar en que dichas actividades están dirigidas a posicionar una marca en el mercado, porque las decisiones de compra de un consumidor no se concretan por el “regalo” o el “perifoneo” como lo entendió el Despacho, sino por la calidad y conveniencia que tenga la marca para el consumidor.

Por ello sorprende que el Juez de primera instancia hubiera considerado que los actos de promoción de COMUNIDAD CELULAR resultaron dirigidos a incrementar el posicionamiento de la marca de COMCEL o sus ventas, cuando en realidad fueron actos que no generaron un impacto en el mercado para COMCEL y cuyos informes de resultado nunca fueron presentados a mi representada, tal y como se acredita con los testimonios practicados a lo largo del proceso⁴⁰. En realidad, se confirma que fueron los propios esfuerzos de COMCEL los que acreditaron su marca y, por el contrario, quien estaba explotando ese posicionamiento a su favor fue el demandante, quien pudo lucrarse abundantemente con la marca de COMCEL. Lo anterior se encuentra acreditado con el dictamen pericial del señor Jorge Arango Velazco, quien recalcó la importancia y el posicionamiento de COMCEL con base en un estudio realizado por la firma Brand Finance, según el cual la marca COMCEL es reconocida a nivel mundial y ocupa el puesto número 33⁴¹.

Contrario a la opinión del juzgador de primera instancia, y en adición a los argumentos expuestos, sí se encuentra acreditado en el expediente con el informe de sostenibilidad de COMCEL del año 2016 adjunto como prueba documental y con los testimonios practicados a lo largo del proceso, que la acreditación de las marcas de mi representada dentro del mercado, se produce por las grandes inversiones en tecnología, en cobertura y en publicidad que ha realizado mi representada a lo largo de los años, al punto en el que, como fue citado atrás, se manifestó por los testigos que “Comcel se vendía sola”⁴².

Así mismo, se encuentra acreditado dentro del expediente que el Plan COOP, previsto en el anexo C del contrato de distribución celebrado entre las partes, era un programa para la publicidad de los productos y servicios de mi representada. Así se encuentra expresamente consignado en este documento, y los testimonios practicados a lo largo del proceso demuestran que, una vez Comunidad Celular realizaba eventos para comercializar los productos y servicios de COMCEL, el dinero gastado por ella en publicidad le era

⁴⁰ Cfr. Min 32:22, audio 4, audiencia del 31 de julio de 2019: Interrogatorio a Evelio Hernán Arévalo; Cfr. En el mismo sentido: Min 57:32, audio 1, audiencia del 31 de julio de 2019: Interrogatorio a Guillermo Alfonso Soto Orjuela.

⁴¹ Dictamen pericial de Jorge Arango Velazco, Imagen No. 1, “valor de marca Claro”, p. 7

⁴² Min 22:09, audio 1, audiencia del 31 de julio de 2019: Interrogatorio a Guillermo Alfonso Soto Orjuela.

reintegrado por mi representada⁴³, por lo que la demandante nunca invirtió dineros de su patrimonio para hacer supuestas labores de promoción de bienes y servicios de COMCEL o de captura de clientela para mi poderdante.

2.2.2. COMUNIDAD CELULAR convino en que asumiría la labor de comercialización de productos por su cuenta y riesgo.

De la esencia del contrato de agencia mercantil es la regla según la cual el empresario agenciado es quien está llamado a soportar los efectos económicos de la labor de promoción o explotación de sus negocios a cargo de otro comerciante. Es, en definitiva, el empresario agenciado que soporta en su patrimonio los riesgos económicos de la actividad⁴⁴, y no el intermediario, quiene tiene derecho a una remuneración por la efectiva ejecución de su labor con independencia de la suerte que tenga el desarrollo del negocio o la actividad empresarial.

La providencia recurrida, a propósito de este punto en particular, dio por probado el elemento esencial del contrato de agencia pretendido según el cual la sociedad demandante desarrolló, en su criterior, una labor de promoción y explotación de productos y servicios de COMCEL, por cuenta de esta última sociedad, en la que todas las actividades y activaciones de servicio de telefonía móvil repercutieron a favor de mi representada, y fue ella misma la que asumía las pérdidas derivadas de que la demandante no capturaba la clientela o dejaba migrar usuarios a otras empresas de servicios de telecomunicaciones.

Agregó la juez de primera instancia, según los términos de la providencia que fue recurrida en apelación, que tanto se trataba de una labor de promoción por cuenta de la sociedad COMCEL que se convino entre las partes cláusulas de exclusividad o compromisos tendientes a abstenerse de ejecutar conductas de competencia desleal, o constitutivas de conflicto o colisión de intereses.

Las razones esgrimidas en la sentencia no deben ser de recibo por parte de la Sala, por cuanto la apreciación que hace a propósito de quién asumía los beneficios o pérdidas de la actividad desplegada por la sociedad demandante desconoce lo que fue convenido en el objeto de los contratos de distribución de 2002 y 2006.

⁴³ Min 25:29, audio 2, audiencia del 31 de julio de 2019: Interrogatorio de Elizabeth Arango Cifuentes.

⁴⁴ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia SC3645-2019, 9 de septiembre de 2019. Exp.: 15001-31-03-001-2009-00236-01, M.P.: Luis Armando Tolosa Villabona, p. 20.

En ese sentido, debe reparar la Sala en que, al tenor del objeto del contrato suscrito el 15 de septiembre de 2002, las partes convieron en que COMUNIDAD CELULAR se obligó a adelantar la labor de comercialización de productos y servicios de la sociedad demandada “las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos”⁴⁵; y, en los términos del contrato del 27 de junio del 2006, COMUNIDAD CELULAR asumió el copromiso de comercializar el servicio por su cuenta y bajo su costo exclusivo⁴⁶.

En efecto, la prestación prometida por COMUNIDAD CELULAR se dirigió a la venta y comercialización de productos y servicios de COMCEL, por su cuenta y asumiendo los costos en desarrollo de esa específica actividad, según se convino libre y voluntariamente por las partes. De ahí que si el Juzgado 2 Civil del Circuito de Manizales tuvo con válidas todas las cláusulas, y además no determinó que hubiera alguna cuya interpretación fuera necesaria por ser oscura o ambigua, debió tener como demostrado que COMUNIDAD CELULAR se había obligado a ejecutar el contrato por su propia cuenta, en su propio nombre, con su propia organización, personal e infraestructura y a su propio riesgo y costo, por lo que no actuaba como representante o agente de COMCEL.

Por otro lado, la Juez de primera instancia erró en la valoración acerca de si COMUNIDAD CELULAR soportó o no los beneficios o pérdidas asociadas a la venta y comercialización de productos y servicios por mi representada, pues era la demandante quien asumía dichas consecuencias patrimoniales del desarrollo de su actividad, como se reconoció en algunas de las pruebas testimoniales⁴⁷, y como se encuentra expresamente pactado en la cláusula 3 del contrato de distribución celebrado entre las partes, en donde se afirma que el

⁴⁵ Cfr. Contrato de distribución entre OCCEL y COMUNIDAD CELULAR, 15 de septiembre de 2002, cláusula 3: “3. Objeto del contrato. En virtud de este contrato, OCCEL, concede a COMUNIDAD CELULAR S.A., como DISTRIBUIDOR CV – OCCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que OCCEL señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con OCCEL **a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta**, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos”.

⁴⁶ Cfr. Contrato entre COMCEL y COMUNIDAD CELULAR, 27 de junio de 2006, cláusula 3: “3. OBJETO. EL DISTRIBUIDOR se obliga a comercializar el Servicio, por su cuenta, riesgo y bajo su costo exclusivo, a cambio de las comisiones que de tiempo en tiempo y que de acuerdo a las condiciones del mercado COMCEL determine e informe y así lo acepte expresamente EL DISTRIBUIDOR

Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar el Servicio objeto del presente contrato por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos...”

⁴⁷ Cfr. Audiencia del 2 de agosto de 2019, María del Pilar Suárez: Pregunta: “¿En qué medida le conviene al distribuidor [refiriéndose a las buenas ventas]? Ma Pilar Suárez: Pues que una desactivación, pues son afectaciones también para ellos en la pérdida de su base, de su base de clientes, (...)”.

distribuidor ejecutaría el contrato con su propia infraestructura, recursos y con la asunción de costos y riesgos de su parte.

Aun en el evento en que se admitiera, en gracia de discusión, que existió una prestación propia del contrato de agencia comercial en lo que tiene que ver con los servicios de telefonía móvil celular en la modalidad postpago, no así podría concluirse a propósito de los kits prepago, y los equipos móviles celulares que eran comercializados por COMUNIDAD CELULAR, como se concluyó en la providencia recurrida.

En ese sentido valga hacer una precisión preliminar, según la cual, desde el punto de vista del derecho de contratos, no hay ningún motivo que impida la convivencia simultánea de dos negocios jurídicos documentados en los mismos soportes, evento en el cual aquellos negocios jurídicos estarían unidos de manera externa⁴⁸; y menos aún que convivan simultáneamente prestaciones propias de diferentes figuras contractuales en un mismo negocio jurídico⁴⁹.

En efecto, para lograr los fines de la distribución la práctica común del comercio ha sido el seno de diversas modalidades de contratos, cuya finalidad económica está guiada a la irrupción de nuevos mercados geográficamente determinados. Así ocurre entre los contratos propiamente de distribución, y aquellos que la legislación comercial ha denominado de agencia comercial, no obstante, en aquél el distribuidor actúa en desarrollo de su labor por su propia cuenta y riesgo, no así si se trata de un agente.

En particular, en cuanto se refiere a la comercialización de equipos móviles y *kits* prepago, la actuación de COMUNIDAD CELULAR no refleja el despliegue de un comportamiento típico de la agencia comercial. En tal sentido es pertinente traer a colación la declaración de la señora ELIZABETH ARANGO CIFUENTES (funcionaria de COMUNIDAD CELULAR encargada de asuntos contables), por cuanto, en desarrollo del interrogatorio que absolvió, reconoció de manera expresa que la sociedad demandante compraba de COMCEL los equipos para la venta en prepago, por lo que dichos dispositivos, en esa línea de negocio, hacían parte de la propiedad de COMUNIDAD CELULAR por lo que la suerte que corrieran, en cuanto a los riesgos de pérdida, no venta, o los beneficios derivados de

⁴⁸ Cfr. Corte Suprema de Justicia. Casación Civil. Sentencia de 6 de julio de 2005, expediente 00243; reiterando el fallo de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297): “no obstante su autonomía, su característica mercantil intermediadora, lo hace afín con otros contratos, con los cuales puede concurrir, pero sin confundirse con ellos; razón por la cual, en este evento, su demostración tendrá que ser igualmente inequívoca”

⁴⁹ Cfr. Stiglitz, Rubén. *Contratos Civiles y Comerciales*. Buenos Aires, Abeledo-Perrot, T. I, 1998: “constituyen [los contratos mixtos o combinados] un único contrato donde se combina internamente ya sea diferentes tipos de contratos o prestaciones particulares de diversos contratos”.

su comercialización eran asumidos por la demandante. En sus términos señaló la señora Arango Cifuentes:

“Pregunta: cuando ustedes hacían la venta del equipo prepago, usted decía hace un rato que vendía un equipo “que era de comunidad celular”, ¿Es correcto?

Elizabeth Arango: Sí”⁵⁰.

Con posterioridad, en el desarrollo de la misma audiencia, la señora Arango Cifuentes agregó frente a la pregunta de la juez:

“Juez: Usted indica en su declaración que, en prepago, los equipos eran de Comunidad Celular, y la factura era con venta del equipo. ¿Cómo adquiría Comunidad Celular esos equipos y de quién los adquiría?

Elizabeth Arango: Se los compraba directamente a COMCEL.

Juez: ¿Quién establecía los valores de esos equipos?

Elizabeth Arango: COMCEL”⁵¹.

Con todo, con fundamento en los argumentos expuestos de manera subsidiaria, debe excluirse de la declaratoria de contrato de agencia comercial, si se llegare a confirmar, las prestaciones relacionadas con la comercialización de equipos y *kits* prepago.

2.2.3. COMCEL no prefijó o delimitó una zona específica para la comercialización de COMUNIDAD CELULAR.

En relación con la demilitación de un territorio prefijado, un elemento más en la definición típica del contrato de agencia comercial, la providencia recurrida da cuenta de su comprobación en el desarrollo del proceso. Para fundamentar tal conclusión, la juez *a quo* estimó que “[q]uedó demostrado que en los contratos existían zonas prefijadas para la ejecución de los contratos, tales como la zona occidente y la zona oriente” (Énfasis fuera de texto).

Sin profundizar en la cuestión, el Despacho que dimirió la primera instancia consideró, sin mayor detenimiento en el análisis de las pruebas y el contrato, que dichas eran las zonas prefijadas por mi representada, en el marco del presunto contrato de agencia comercial.

⁵⁰ Audiencia del 31 de julio de 2019, archivo 2, declaración de Elizabeth Arango Cifuentes, desde el minuto 35:26.

⁵¹ Audiencia del 31 de julio de 2019, archivo 2, declaración de Elizabeth Arango Cifuentes, a partir del min 53:23

A continuación, en desarrollo de su argumentación, pone de presente el objeto de cada uno de los contratos que fueron puestos a consideración del Despacho, de cuya lectura no se extrae que COMCEL hubiera delimitado de manera convencional la zona en que adelantaría la operación de comercialización a la que se comprometió COMUNIDAD CELULAR.

Erradamente interpretó el Despacho que el hecho de que COMUNIDAD CELULAR prestara sus servicios como distribuidor en las zonas oriente y occidente era el cumplimiento del elemento de territorialidad al que se refiere la norma antes citada. Esa interpretación es contraria a la realidad procesal a la que debió estarse la decisión y apreciación probatoria de la primera instancia, por varias razones: *i)* En primer lugar, la ubicación geográfica dentro de la cual se iba a desarrollar el contrato de distribución se fija en todos los contratos de colaboración e intermediación para los simples efectos de establecer el lugar de ejecución de las obligaciones, pero ni del texto del contrato, ni de su ejecución, puede establecerse que existiera una única zona delimitada para el cumplimiento de la obligación y que fuera prefijada por COMCEL; por otro lado, *ii)* contrario a lo señalado por el demandante y el Despacho, el distribuidor tuvo total libertad para escoger él mismo, las zonas en las que ejecutaría el contrato de distribución sin limitación alguna, a tal punto que COMUNIDAD CELULAR llegó a tener más de **11 puntos de distribución** en ciudades y municipios como Bogotá, Pereira, Manizales, Chinchiná, Riosucio, Supía, Salamina, Aranzazu, Filadelfia y Palestina. Difícilmente se podría entender Bogotá (por ejemplo), como zona prefijada cuando en Bogotá coexistieron cientos de distribuidores; así fue reconocido por la señora Cludia Yazmin Roa Giraldo, en su calidad de Coordinadora de activaciones la sociedad demandante⁵².

A propósito de dicha libertad, durante el desarrollo de su declaración, la señora XIMENA VILLEGAS hizo referencia reiterada a los diferentes puntos con los que operó COMUNIDAD CELULAR en Manizales, Filadelfia, e incluso Bogotá⁵³, sin que fueran imposiciones predisuestas por COMCEL a través de lo dispuesto en el contrato. A su turno, el señor EVELIO ARÉVALO (abogado de clientes y distribuidores para COMCEL), durante el curso de su declaración en el marco del proceso, señaló que por la vía del clausulado del contrato de distribución no se prefijaban zonas bien delimitadas en las cuales

⁵² Audiencia del 1 de agosto del 2019, declaración de Claudia Yazmin Roa Giraldo: “en las oficinas que tenía COMUNIDAD se manejaban los procesos también de esa manera, en Chinchiná, en Pereira, en Bogotá, en algunos pueblos donde había oficina directa de COMUNIDAD CELULAR (...) Éramos independientes, todos teníamos las funciones en cada punto. Allí había una persona de activaciones en Rio sucio también, en Bogotá también...”

⁵³ Audiencia del 2 de agosto del 2019, declaración de tercero, Ximena Villegas.

necesariamente debía estar el distribuidor para el desarrollo de su actividad de comercialización⁵⁴.

Por lo anteriormente expuesto, en la medida en que *i.* las partes manifestaron su voluntad libre de vicios y su convicción fue la de haber celebrado un contrato de distribución y no de agencia comercial, *ii.* no se probaron los elementos esenciales de agencia; y que, *iii.* fue efectivamente acreditado en el proceso que lo que se ejecutó fue un contrato de distribución, es claro que el Despacho no podía llegar a ninguna conclusión distinta a la de que las partes celebraron y ejecutaron un contrato de distribución y por lo tanto, la providencia recurrida debe ser en ese aspecto, revocada.

C. En caso de que se considerara que existió un contrato de agencia comercial entre las partes y no un contrato de distribución, el cobro de la cesantía comercial debe entenderse válidamente renunciado por COMUNIDAD CELULAR

El Despacho consideró que *“la comisión, regalía o utilidad prevista por art. 1324 del C. de Co puede ser cuantificada por las partes en forma diversa a la norma e incluso, en atención a su autonomía contractual pueden acordar su pago anticipado y hasta su renuncia por su beneficiario, pero ello bajo el entendido de que ambas partes de estar celebrando un contrato de agencia comercial, no otro; porque de ser así, considera el Despacho las condiciones varían, en la medida en que, al suscribir el contrato el distribuidor, en este caso la sociedad COMUNIDAD CELULAR S.A., estaba convencida de celebrar un contrato de distribución y bajo este entendido convino en el pago de anticipado de cualquier prestación como las referidas, sólo en la ejecución y desarrollo del contrato, al configurarse la agencia comercial, sus derechos se tornan diversos y es ahí donde demanda le sean reconocidos”*⁵⁵.

En primer lugar, resulta sorprendente que el mismo Despacho de primera instancia reconozca que Comunidad Celular estaba convencida y segura de haber celebrado un contrato de distribución con COMCEL, pero que, a renglón seguido, desconozca la voluntad libremente manifestada por la parte demandante y entienda que podían surgir derechos de un presunto contrato de agencia comercial. De conformidad con los artículos 1602 y 1603 del Código Civil, la autonomía de la voluntad de las partes es fuente de las obligaciones, en la medida en que ellas consciente libremente a qué se obligan y cuál es el alcance y naturaleza de las prestaciones que asumen como de su cargo.

⁵⁴ Audiencia del 31 de julio de 2019, declaración de tercero, sesión segunda, Evelio Hernán Arévalo Duque, desde minuto 19:21.

⁵⁵ Juzgado Segundo Civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, p. 54

Ahora, salta a la vista que la conclusión a la que llega la *a quo* aun cuando parte de una premisa cierta, llega a una conclusión errada. No tiene sentido (bajo el principio de buena fe), que la demandante haya aceptado voluntariamente un pago anticipado equivalente al 20% de la facturación por comisiones si precisamente cuando evidenciaba que podía existir un concepto pagado de manera anticipada su consentimiento variaría.

Tal y como se ha señalado a lo largo de esta sustentación, el contrato celebrado entre las partes es de Distribución, empero, y pese a la consideración del Despacho a la hora de fallar, lo cierto es que en los contratos celebrados -que se encuentran presentes como pruebas documentales dentro del expediente- se pactó expresamente la renuncia de la cesantía comercial por parte de la sociedad demandante, incluso en el evento que se sostuviera que dicha tratativa constituía una agencia comercial.

Dichos contratos contenían en el Anexo F “Acta de conciliación, compensación y transacción” los términos generales de la conciliación que las partes suscribirían, de acuerdo con lo estipulado en el contrato. Sobre la cesantía comercial, el Anexo F señala expresamente lo siguiente:

“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, espontanea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o contrato pudiere 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 celebrado 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 1324 del C. de Co.”

En consecuencia, es evidente que la intención de las partes desde la celebración del contrato fue no solo la de excluir la configuración de un contrato de agencia comercial; sino expresamente la cesantía comercial, en el evento en que la relación contractual fuera tipificada como una agencia comercial.

El Despacho no solo pasó por alto lo contenido en los contratos, sino que dicha renuncia se hizo de forma continuada durante la ejecución de la relación contractual mediante la firma de diversas actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas que fueron firmadas sin objeciones por las partes y en las que se incluyó de forma expresa dicha

voluntad. Estas actas fueron obviadas por el Despacho sin justificación alguna, y tal como se estudiará en acápite posterior.

Ahora, sobre este punto se resalta que no hay una postura uniforme ni existe doctrina probable en la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia sobre la posibilidad de renunciar o no al cobro de la cesantía comercial. Sin embargo, bajo cualquiera de las dos posturas que existen en esta corporación, el Despacho debió declarar la validez de la renuncia de la cesantía comercial por parte de la sociedad demandante y demandada en reconvención, y como consecuencia, la improsperidad de su cobro a mi representada.

En sentencia del 19 de octubre de 2011 con ponencia del magistrado William Namén, la Corte Suprema afirmó que si es posible pactar la renuncia al cobro de la cesantía comercial, aun antes de la terminación del contrato de agencia comercial, por cuanto es una estipulación que hacen las partes en ejercicio pleno de su autonomía de la voluntad que no contraviene el orden público ni normas de obligatorio cumplimiento. Así las cosas, en el caso concreto las partes convinieron, expresamente y de forma voluntaria y libre, la circunstancia de que COMUNIDAD CELULAR renunciaría al cobro de la cesantía comercial si esta prestación llegaba a causarse una vez finalizada la relación contractual con COMCEL.

De otra parte, incluso si se considerara la postura sostenida por la misma Sala de Casación Civil de la Corte Suprema, que afirma que la renuncia al cobro de la cesantía comercial sólo puede producirse a la finalización del contrato, pues sólo se puede renunciar a derechos consolidados y a prestaciones ya causadas, el Despacho debió llegar a la misma conclusión sobre la validez de la renuncia al cobro de la cesantía comercial. El juzgado desconoció que se encontraba suficientemente probado con los contratos suscritos entre las partes -que se encuentran presentes en el expediente como documentales- que se había pactado que los mismos se renovarían, es decir, y de conformidad con lo previsto en la jurisprudencia de la Corte, que se terminaría un contrato e iniciaría uno nuevo e idéntico al anterior. Así las cosas, hubo terminaciones y renunciaciones periódicas al cobro de la cesantía comercial.

D. En caso de que se considerara que existió un contrato de agencia comercial entre las partes, y que la cesantía comercial no fue renunciada, el cobro de esta prestación mercantil se extinguió por su pago anticipado.

El juzgado desconoció los contratos válidos y oportunamente allegados al proceso y los pronunciamientos jurisprudenciales de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de

Justicia, para declarar, erróneamente, que la cesantía comercial no se había pagado anticipadamente, en gracia de discusión, por COMCEL a COMUNIDAD CELULAR.

En caso de que Tribunal llegue a considerar que la relación sostenida entre las partes fue de agencia comercial, deberá tener en cuenta que la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema ha interpretado que nada obsta para que las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad privada pacten que la cesantía comercial se pague en la medida en que se ejecuta el contrato. En una sentencia del 28 de febrero de 2005, con ponencia del magistrado Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, la Corte reconoció que si bien la norma establece que la cesantía comercial se paga al final del contrato, *“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 deba 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.”*⁵⁶

En el mismo sentido, esta corporación en sentencia del año 2011, con ponencia del magistrado William Namen Vargas, señaló expresamente que, en la medida en que la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio es una prestación de carácter contractual y patrimonial, la libre disposición que de ella tengan las partes, a través de la conciliación, la transacción, la compensación, la dación en pago o los pagos anticipados, no vulnera el orden público o las buenas costumbres. Esta corporación afirmó lo siguiente:

“Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma, es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, hace exigible a su terminación por cualquier motivo y es susceptible de disposición por las partes, legitimadas aún desde el pacto o durante su ejecución, sea para excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo, ya aumentándolos, bien disminuyéndolos, y también para celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos

⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005. M.P Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente 7504.

anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñidas a la ley, actos que en principio, se presumen ajustados al ordenamiento y podrán ser ineficaces hoc eiam valet por trasgresión del ius cogens, buenas costumbres, o deficiencias de los presupuestos de validez, ejercicio abusivo de poder dominante contractual, cláusulas abusivas, etc.”. (Énfasis fuera del texto)

De conformidad con el artículo 1602 del Código Civil, todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes. De esta manera, se encuentra suficientemente probado con los testimonios presentes en el expediente que Comunidad Celular celebró el contrato de forma libre y voluntaria, sin exponer reparo alguno frente a las cláusulas del contrato de distribución suscrito con mi representada, su naturaleza ni el alcance de las obligaciones adquiridas. De esta forma, se encontraba obligada, en virtud del aludido convenio, a seguir lo pactado en la cláusula 33 de los contratos de distribución celebrados entre las partes, en donde ambas partes acordaron que “(...) *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*”. (Énfasis fuera del texto)

En relación con el la validez del clausulado del contrato reconoce el *a quo* que “no está acreditado que la demandante haya sufrido desequilibrio significativo, desmesurado e injustificado a los que era acreedor; por el contrario, ejecutó las prestaciones contenidas en los contratos a su cargo sin manifestaciones de inconformidad; y, aunque los contratos fueron redactados unilateralmente, ello no implica que no haya podido ser objeto de discusión por la parte activa, no propuso reparos ni objeciones frente al clausulado...”. Siendo así, se echa de menos que la Juez de instancia no haya reconocido el pago anticipado en los términos estipulación la cláusula 33 del contrato referida anteriormente.

Este pago se llevó a cabo en cada oportunidad acordada y se contabilizó como tal por parte de COMCEL, quien durante la vigencia de la relación contractual dio un manejo adecuado al pago de anticipos, tal y como quedó demostrado con el dictamen pericial de parte rendido por el profesional Jorge Arango, las pruebas documentales que obran en el expediente y el testimonio del señor Óscar Rodríguez.

COMCEL insistió en varias oportunidades mediante comunicaciones dirigidas a Comunidad Celular que, del total de los pagos hechos por concepto de comisiones, el 20% de los mismos correspondía al anticipo por cualquier prestación, indemnización o bonificación que eventualmente le fuera exigible a la pasiva. Cabe mencionar que frente al pacto de esta cláusula en el contrato y a las comunicaciones remitidas por COMCEL,

Comunidad Celular no manifestó su desacuerdo ni intención de modificarlo, y es una cláusula que se entiende completamente válida. Tampoco fue considerada inválida o abusiva por el Despacho de primera instancia, quien reconoció la forma libre y voluntaria en que el señor Bonivento como representante legal, habiendo conocido el detalle de la operación de distribución, aceptó las condiciones contractuales.

De esta forma, es claro que la finalidad con la que pacíficamente se pactó dicha cláusula fue la de prever que, en el caso de que se discutiera la naturaleza del contrato suscrito entre las partes –a pesar de que en su clausulado se excluyó la agencia y cualquier otra modalidad de intermediación-, se declarara que era un contrato de agencia y se obligara a mi representada a pagar prestaciones o indemnizaciones propias de este tipo contractual, COMCEL ya las había pagado anticipadamente al distribuidor a lo largo de la ejecución del contrato con ese porcentaje del 20% sobre el valor total de las comisiones. En desarrollo de dicha cláusula se le dio el tratamiento contable correspondiente y la firma externa que audita la contabilidad y los estados financieros de mi representada, nunca formuló objeciones al respecto.

En el testimonio rendido por el señor Óscar Arturo Rodríguez, en calidad de Gerente de Reportes y Consolidaciones de COMCEL, el día 31 de julio de 2019, se le preguntó qué era lo más importante que debía tenerse en cuenta por parte del contador a la hora de contabilizar o a la hora de reportar dentro de la contabilidad una operación, a lo cual respondió que *“básicamente lo que dice el contrato. Uno se rige por lo que dice el contrato, y sobre el contrato uno hace las contabilizaciones”*⁵⁷. Una vez se le indagó al testigo por el contenido del contrato, afirmó que *“De acuerdo al contrato de distribución hay una cláusula que dice en el contrato que del pago de comisiones el 80% de esas comisiones corresponde a la comisión y el 20% corresponde a pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones”*⁵⁸.

De esta forma, se le preguntó cuál había sido la dinámica contable por parte de COMCEL para registrar los pagos anticipados, y respondió que:

“De acuerdo al 2650 [Decreto que establecía el anterior PUC] nosotros usábamos... el gasto se registraba en una cuenta asociada a todo el rubro de comisiones, de acuerdo al catálogo contable, todo era comisión, y se manejaban unos auxiliares después de ese sexto dígito, para manejar qué es activación, qué es residual, qué es bonificación, en el gasto; y

⁵⁷ A partir del minuto 11:46 del audio 6 de la audiencia del 31 de julio de 2019, que se encuentra presente en el expediente.

⁵⁸ A partir del minuto 4:49 del audio 6 de la audiencia del 31 de julio de 2019, que se encuentra presente en el expediente.

en el pasivo se manejaba, se contabilizaba una cuenta que se llamaba 260510, que es una cuenta pasiva de provisiones. También se generaba una cuenta contable para reidentificar qué era activaciones, qué era residual, y después del 2007, qué era pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones. Eso es una provisión. ¿Cuándo se generaba el pasivo real? Cuando ya llegaban las dos facturas o la factura, se hacía la causación de la factura de venta que es el documento legal que genera un desembolso al distribuidor. Entonces, se disminuía mi pasivo por provisión contra esa cuenta pasiva de pasivo real y el siguiente registro es ya el desembolso al banco y disminuye mi cuenta pasiva real”⁵⁹.

Esta dinámica contable de registrar pagos anticipados ha sido admitida por la Superintendencia de Sociedades en distintos conceptos que se encuentran públicos y son de fácil consulta. Esta autoridad administrativa, en un concepto del año 2011 con radicado No. 2011-01-217083 afirmó que, en las subcuentas denominadas PUC 260510, en la que se registran pasivos estimados y provisiones por concepto de comisiones y PUC 529505 en la que se registran los gastos operacionales de ventas por concepto de comisiones, pueden registrarse contablemente los pagos anticipados por cualquier remuneración o evento de causación futura⁶⁰, como justamente ocurrió en el presente caso, tal y como se corrobora con las pruebas que obran en el expediente y que se señalan a continuación.

En ese sentido, durante la etapa de contradicción de la prueba pericial aportada por COMCEL, el Perito Jorge Arango Velasco, quien fungió como perito de parte de mi representada, y cuya credibilidad fue reconocida por el juez de primera instancia en la sentencia:

“COMCEL acredita sus costos y gastos, como gastos de ventas en la cuenta 52. Esta cuenta 52 es una cuenta que tiene un concepto muy amplio porque cada vez que uno encuentra en contabilidad algo que tenga el número 9 significa que es otros. Entonces está en la 52 -que es gastos de ventas-95 que son otras bonificaciones.

Es mucho más fácil organizarlos con números y por esa razón coloca esta cuenta tan larga, dentro de esa cuenta tan larga, la contrapartida hace el espejo, coloca cuentas también absolutamente largas para que se puedan identificar, entonces esta la provisión que mencioné, la cuenta 260510-que tiene xxy que es el mes en el que se genera la provisión- y la cuenta 26051012 – que es el pago anticipado. ¿Por qué la contabilidad lo hizo así? Porque la contabilidad tiene que ser reflejo de un hecho económico. (...) La contabilidad

⁵⁹ A partir del minuto 15:58 del audio 6 de la audiencia del 31 de julio de 2019, que se encuentra presente en el expediente.

⁶⁰ Superintendencia de Sociedades, de fecha del 25 de julio de 2011. Disponible en <https://www.javeriana.edu.co/personales/hbermude/Novitas315/FileNovitas315/115-082466-2011ss.pdf>

es consistente a 3 niveles: 1. es consistente a un nivel contable porque la contabilidad refleja lo contractual. 2. Es consistente a un nivel de caja porque efectivamente se esta pagando lo que se comprometió de forma irreversible porque es un gasto y 3. Es consistente tributariamente porque a la totalidad del gasto se le operaron las retenciones. Es decir que fue claro para ambas partes.

(...)

En mi opinión no entiendo como si en la relación contractual se especificaba que el 20% de facturación era parte de una bonificación o pago anticipado, COMUNIDAD CELULAR – en liquidación – no registró en su contabilidad de forma adecuada en su contabilidad. Vale la pena mencionar que en los estados financieros de COMCEL y de su matriz AMERICA MOVIL fueron auditados durante el periodo correspondiente por la firma Ernst and Young (...) en el informe del revisor fiscal se tiene que en opinión de E and Y los estados financieros presentan “de manera razonable la situación financiera de la empresa” y en ningún momento de hacen mención de salvedad alguna”.

La opinión técnica e informada del señor Arango Velasco desvirtúa con claridad hechos que fueron afirmados por la parte demandante, a las que aludió también el Despacho de primera instancia⁶¹; en definitiva, el registro del pago anticipado, tal como se hizo en la contabilidad de mi representada era completamente coherente y transparente entre las partes, en el sentido de señalar las sumas que se entregaban a como pago anticipado a la sociedad demandante.

Así mismo, dicha operación contable de COMCEL ha sido avalada por la firma auditora externa Ernst & Young, tal y como lo corroboró el señor Óscar Rodríguez, en su testimonio rendido el 31 de julio de 2019:

“Nuestros revisores fiscales Ernst & Young, que es la firma de auditoría internacional, nos avala la creación de las cuentas, los registros, las causaciones, las contabilizaciones, a nivel de 10 dígitos que es lo que permite nuestra contabilidad. Apoderado de COMCEL: ¿En algún momento han tenido alguna nota en los estados financieros o alguna anotación por

⁶¹ Cfr. Juzgado segundo civil del circuito de Manizales. Sentencia No. 141, exp. 2017-00188-00, 30 de septiembre de 2019, p. 16: “En las subcuentas auxiliares que la SOCIEDAD COMCEL creó y que denominó “pagos anticipados de prestaciones, indemnizaciones y bonificaciones” no se registran hechos económicos relacionados con el pago de Prestación Mercantil (...) ni hechos económicos relacionados con pago de indemnizaciones, ni pagos anticipados, pero sí se registran hechos económicos a título de comisiones”.

parte de la revisoría fiscal relacionada con la creación de esos dígitos? Testigo: No señor. No hemos tenido ningún comentario o revelación en los estados financieros”⁶².

“El auditor lo que da es fe pública ante terceros, ante los accionistas que la información financiera es acorde con la documentación y revelaciones que se están generando en los informes. Básicamente, si el auditor no genera ninguna mención, está avalando los estados financieros y sus registros contables”⁶³.

En consecuencia, es indiscutible que, en caso de que se considere que la relación contractual de las partes es de agencia comercial, las partes acordaron DE MANERA LIBRE Y VOLUNTARIA que la cesantía comercial fue pagada de forma anticipada por COMCEL de acuerdo con lo pactado en el contrato y con la ejecución efectiva del mismo, pues fue voluntad de las partes que se pagara de esa manera, así quedó previsto en el contrato. Se trata de hecho de una convención permitida por la ley y la jurisprudencia. No obstante reconocer lo anterior, la juez inexplicablemente concluyó no reconocería el pago anticipado por no tener conocimiento ambas partes del contrato, así: *“la comisión, regalía o utilidad prevista por el artículo 1324 del C.Co puede ser cuantificada por las partes en forma diversa a la norma e incluso, en atención a su autonomía contractual pueden acordar su pago anticipado y hasta su renuncia por su beneficiario, pero ello bajo el entendido de ambas partes estar celebrando un contrato de agencia comercial, no otro”*.

Manifestado lo anterior, salta a la vista la ausencia de fundamento del *a quo* para no reconocer la estipulación del pago anticipado, cuando la misma cláusula 33 del contrato de distribución fue clara en prever que, en el caso de discusión de la naturaleza del contrato suscrito entre las partes –pese a haber excluido la agencia y cualquier otra modalidad de intermediación-, el 20% sobre el valor total de las comisiones se tendría como pago anticipado. La juez de instancia desconoció erróneamente el contenido de dicha cláusula cuando en todo el desarrollo de la relación contractual ambas partes tuvieron el mismo conocimiento sobre el concepto por el cual se realizaba dicho pago anticipado.

E. En caso de que se considerara que existió un contrato de agencia comercial entre las partes y no un contrato de distribución, y que la cesantía comercial no fue renunciada por COMUNIDAD CELULAR ni pagada anticipadamente, esta

⁶² A partir del minuto 20:57 del audio 6 de la audiencia del 31 de julio de 2019, que se encuentra presente en el expediente.

⁶³ A partir del minuto 22:04 del audio 6 de la audiencia del 31 de julio de 2019, que se encuentra presente en el expediente.

prestación mercantil se extinguió por los acuerdos de transacción celebrados entre las partes.

El Juez de primera instancia acierta al estimar que la excepción de transacción propuesta por Comcel S.A resulta probada respecto a la declaración de paz y salvo por concepto de comisiones por actuaciones, comisiones por residual y bonificaciones. No obstante, yerra al estimar que la excepción de transacción no cobija el pago anticipado del 20% sobre cualquier prestación, indemnización o bonificación que, con independencia de la naturaleza del contrato, se causara al finalizar la relación entre las partes. Para el efecto, el fallador estimó que las prestaciones transigidas solo podían ser aquellas que ya habían sido causadas y no las que se originaran a la terminación del contrato. Empero, como se expondrá a continuación, es plenamente válido y viable transigir ex ante las obligaciones que se causen o surjan a la terminación del vínculo contractual, incluida la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio.

La transacción, de conformidad con el artículo 2469 del Código Civil, es un contrato a través del cual las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente y precaven un litigio eventual. En el caso concreto, la cesantía debe tenerse incluida dentro de los contratos de transacción celebrados entre las partes pues el juzgado de primera instancia, aunque reconoció el carácter transaccional de las mencionadas actas, desconoció que era evidente que había una discusión o una disputa sobre el pago de una eventual cesantía comercial, incluso antes de presentarse la demanda que dio lugar al presente proceso, por lo que yerra el juzgado cuando afirma que: “se negará por improcedente la excepción de “extinción de la obligación de pagar la cesantía comercial por transacción...” en razón a que en aplicación de la figura de la transacción no puede dejarse de lado que a través de la misma “no es transacción el acto que sólo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

La disputa sobre el cobro de la aludida prestación mercantil se evidencia en las comunicaciones sostenidas entre las partes al momento de la terminación de los contratos, en las cuales se discute la naturaleza del contrato y si es procedente o no el cobro de la cesantía comercial; y en la solicitud de conciliación extrajudicial formulada por COMUNIDAD CELULAR a COMCEL.

En todo caso, es necesario manifestar que el señor Pedro Felipe Bonivento, representante legal de Comunidad Celular, reconoció en el interrogatorio de parte a él practicado que: *“Las actas que reposan en el expediente yo las firmé, no tienen ningún tipo de glosa”*.

Así el juzgado de primera instancia desconoció que las transacciones celebradas en diversas oportunidades entre COMCEL y Comunidad Celular durante el desarrollo de la relación contractual dichas sociedad resolvieron todos los asuntos, incluida la eventual disputa de un eventual pago de la cesantía comercial, pues en dichos contratos de transacción se otorgaron mutuos paz y salvos *“por concepto de toda prestación, comisión y bonificación a favor del Distribuidor y a cargo de COMCEL [que] se han causado hasta el día (...), acuerdo que a todas luces tiene efectos de cosa juzgada tal y como lo reconoce la legislación civil colombiana y la jurisprudencia. El efecto y valor especial de este tipo de contratos debe ser reconocido por la jurisdicción y en esa medida así se solicita al Honorable Tribunal.*

F. En gracia de discusión, en caso de que se considerara que existió un contrato de agencia comercial entre las partes y no un contrato de distribución y que el cobro de la cesantía comercial permanece vigente, no todas las sumas consideradas por el juez de primera instancia podrían tenerse en cuenta para liquidar la cesantía comercial

El Despacho en este punto, erró al considerar que, para el cálculo de la cesantía comercial, debían considerarse todos los ingresos brutos y no netos que recibe un agente comercial, es decir, sin deducir los costos asociados a la generación del ingreso. Así mismo, incluyó conceptos como el recaudo del CPS y el margen por las ventas de kits prepago, que en estricto sentido no pueden ser remuneraciones por una gestión de promociones, sino que derivaron de actividades de estricta comercialización y compra para reventa.

Tal y como se mencionó en los apartados anteriores de este escrito de sustentación, aún si en gracia de discusión se concluyera por el Tribunal que existió una relación de agencia comercial entre las partes, la misma pudo coexistir, de acuerdo con lo previsto en la jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, con otras prestaciones de otros tipos de contratos realizadas por Comunidad Celular que no implicaron labores de promoción de los productos y servicios de COMCEL, por lo que las remuneraciones percibidas por la sociedad demandante, en gracia de discusión, tampoco podrían considerarse para el cálculo de una eventual cesantía comercial.

Debe tenerse en cuenta que las erradas consideraciones expresadas en la sentencia de primera instancia tuvieron como fundamento el dictamen de parte allegado por Comunidad Celular⁶⁴, rendido por la experta contable Lina María Giraldo, lo cierto es que esta prueba no puede tener ningún valor dentro del presente proceso, en la medida en que la perito reconoció expresamente en la audiencia donde fue interrogada que no había allegado los

⁶⁴ Pág. 104 y siguientes de la sentencia de primera instancia.

anexos, soportes e información que había empleado para la elaboración de su estudio, incumpliendo con el requisito legal previsto en el numeral 10 del artículo 226 del Código General del Proceso, lo que impide que el juez le de algún mérito o credibilidad probatoria. Así mismo y no menos importante, se evidenció en la audiencia donde se surtió el interrogatorio del perito que no tenía conocimiento de dónde salían las comisiones, no tenía conocimiento de la operatividad de la ejecución de las obligaciones entre las partes, y básicamente realizó su dictamen con información que le contó el mismo representante legal de Comunidad Celular, sin hacer ningún tipo de verificación documental exhaustiva. De la misma forma, para calcular unos presuntos ingresos por concepto de kits prepago como un rubro que supuestamente debía ser incluido en la cesantía comercial, realizó unos promedios cuya metodología para su elaboración tampoco supo explicar, y manifestó expresamente que no conocía cómo era la remuneración por ese concepto.

De otro lado, la postura del Despacho de primera instancia de entender que las comisiones e ingresos que se emplean para el cálculo de la cesantía comercial son los ingresos brutos, es desacertada desde el punto de vista contable. De hecho, quedó probado dentro del proceso con el dictamen de parte rendido por el perito Jorge Arango -dictamen que mereció completa credibilidad para el juzgado, pues así lo afirmó en la sentencia- que utilidades e ingresos son conceptos distintos desde el punto de vista contable, pues las utilidades, de conformidad con el artículo 13 del Decreto 2649 de 1993, implica restar a los ingresos los costos asociados a la generación de los mismos. El perito, en la debida oportunidad, concluyó que *“para poder realizar el cálculo adecuado de una eventual cesantía comercial, es necesario incorporar los costos directamente asociados al ingreso para de esta forma tomar como base de cálculo la utilidad. Cualquier otra forma desconoce el principio contable de asociación”*.

Así mismo, se reitera que, aunque en el presente asunto estamos frente a un contrato de distribución, en gracia de discusión que el H. Tribunal considerase que se trata de uno de agencia comercial, deberá tener en cuenta que el *a quo* incurrió en el error de incluir los pagos por recaudo en CPS y los descuentos por venta de kits prepago para el cálculo de la cesantía comercial, pues, por definición, estos conceptos no corresponden a ingresos o remuneraciones que reciba un comerciante por su labor de promoción de productos y servicios dentro de un mercado, sino a labores de recaudo y a la diferencia entre el precio en que COMCEL transfería los equipos y kits a COMUNIDAD CELULAR y el precio en el que estos eran vendidos finalmente a los consumidores. Debe tenerse presente que la labor de promoción se ha asociado por la jurisprudencia a la conquista de clientela⁶⁵, por

⁶⁵ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 1 de diciembre de 2011, M.P: Pedro Antonio Munar Cadena, Exp: 11 001 3103 016 1999 01889 01.

lo que es claro que Comunidad Celular, en ejecución de las obligaciones en sus CPS no realizaba labores de conquista de clientela, sino de gestión de clientela previamente adquirida por COMCEL, al ejecutar labores de recaudo de valor de facturas por servicios previamente contratados con mi representada. Además, en lo atinente a kits prepago, la “remuneración” que obtenía el distribuidor se producía como consecuencia de una labor de compra para reventa.

La Corte Suprema que la distinción entre la agencia comercial y el contrato de distribución está en si el intermediario obra o no por cuenta propia. Si el intermediario obra por su propia cuenta no puede considerarse un agente comercial, pues tomaría para sí los riesgos de las operaciones comerciales que realice, como ocurre en aquellos vínculos contractuales en virtud de los cuales se adquieren los productos para su reventa, obteniéndose un provecho económico de la diferencia de los precios de compra y venta, y asumiéndose, además, los riesgos de pérdida y deterioro de mercancías, solvencia de los clientes y pago de los productos. A juicio de esta corporación, la reventa es de la esencia de los contratos de distribución⁶⁶.

En este mismo sentido, la Sala Civil del Tribunal Superior de Bogotá señaló en una sentencia del 2013 que la característica principal de los contratos de agencia es que el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, actuando por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que generen tales operaciones. Por el contrario, en otros acuerdos negociales, el distribuidor, el suministrado o el concesionario actúan en nombre y por cuenta propia, razón por la cual asumen los riesgos del negocio, de manera que no devengan remuneración alguna, entre otras cosas, porque las utilidades derivadas de la reventa les pertenece⁶⁷.

Así las cosas, Comunidad Celular a la hora de comercializar kits prepagos recibía una remuneración” que se producía como consecuencia de una labor de compra para reventa, es decir, que configuraba una característica propia de un contrato de distribución.

En el caso de los pagos por recaudos a CPS, debe tenerse en cuenta que el pago del consumo presupone la existencia de un contrato de suscripción al servicio respectivo, para lo cual

⁶⁶ Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 30 de septiembre de 2015, M.P: Ariel Salazar Ramírez, Exp: SC13208-2015. Cfr. En el mismo sentido: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 10 de septiembre de 2013, Exp: 2005-00333-01.

⁶⁷ Cfr. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, Sentencia del 29 de noviembre de 2013, M.P: Ana Lucía Pulgarín Delgado, Exp: 110013103039201100377-01.

también es un precedente la promoción del servicio o del respectivo producto. Por esta razón, no puede ser tenido en cuenta como un ingreso que se percibiría por una labor de promoción de un producto en el mercado. En este punto, se hace necesario rememorar el testimonio del señor Ricardo Gómez Ochoa, Gerente de Desarrollo de Distribuidores de COMCEL, quien afirmó que la clientela que acudía a los CPS de propiedad de la sociedad demandante era, en un 95% clientes antiguos de COMCEL, por lo que es claro que en los CPS se realizaba, por parte de Comunidad Celular, labores de gestión de clientela antigua y no de consecución de clientela nueva.

Y, finalmente, en el caso del margen por venta de kits prepago, este simplemente implicaba un menor costo para COMUNIDAD CELULAR y un mayor ingreso para COMCEL pues, con esta medida se incentivaba la venta para reventa de sus productos. De esta forma, la “remuneración” obtenida por Comunidad Celular respecto de los kits prepago consistía en el margen de utilidad que obtenía la demandante del precio inicial al cual compraba los equipos a COMCEL, y el precio final al cual los vendía a los consumidores. De esta forma, al ser una labor de compra para reventa, era la sociedad demandante la que asumía los riesgos y pérdidas económicas por la comercialización de dichos kits, por lo que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema suficientemente citada en este memorial, dicho concepto no puede corresponder a una labor de promoción de bienes y servicios propia de un agente comercial, sino a la labor de un distribuidor.

De esta forma, se evidencia claramente que la sentencia de primera instancia erró al considerar el rubro obtenido por comunidad celular en relación con los kits prepago dentro del cálculo de la cesantía comercial, en la medida en que dicho concepto no se obtuvo por la sociedad demandante como consecuencia de labores de promoción, sino como producto de actividades de compra para la reventa. Así las cosas, se solicita al juez de segunda instancia, en caso de que considere que la relación entre las partes fue de agencia comercial, excluir este rubro del cálculo de la cesantía comercial.

PETICIONES

De conformidad con los argumentos expuestos con anterioridad, solicito a la Honorable Sala del Tribunal Superior que:

1. Revoque parcialmente la sentencia de primera instancia por las razones expuestas en estos reparos debidamente fundamentados.

2. Que, como consecuencia de la declaratoria anterior, declare que no existió contrato de agencia comercial alguno entre las partes, y que, por el contrario, lo fue de distribución.
3. Que, como consecuencia de la declaratoria anterior, declare que Comunidad Celular no tenía la facultad legal ni contractual de ejercer el derecho de retención sobre los dineros y bienes de propiedad de COMCEL a la terminación del contrato, y que, por el contrario, se encuentra probado su incumplimiento contractual.
4. Que, en subsidio de la petición No. 2, si el Tribunal encuentra probada la relación de agencia comercial entre las partes, declare la improsperidad del pago de la cesantía comercial como consecuencia de la extinción de esta prestación por renuncia expresa de Comunidad Celular, por pago anticipado de la misma, o por transacción.
5. Que, en subsidio de la petición anterior, declare que no todos los conceptos relacionados en la demanda pueden ser tenidos en cuenta para el cálculo de la cesantía comercial.

Atentamente,



GUSTAVO VALBUENA QUIÑONES

C.C. 79.779.355 de Bogotá D.C.

T.P. 82.904 del C.S. de la