

REPÚBLICA DE COLOMBIA



TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES

SALA DE DECISIÓN CIVIL-FAMILIA

MAGISTRADO PONENTE: RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA

RAD. 17-001-31-03-002-2017-00188-02

Rad. Interno. 8-024

Acta de discusión No. 84

Manizales, diez (10) de Agosto de dos mil veinte (2020).

I. ANTECEDENTES

I.1. En escrito presentado para reparto el 6 de octubre de 2017, la sociedad **COMUNIDAD CELULAR S.A.**, presentó demanda verbal de “Responsabilidad contractual” en contra de **“COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A.”**, formulando: (1) **Pretensiones declarativas relacionadas con la existencia y naturaleza de los contratos y de sus cláusulas;** (2) **Pretensiones declarativas relacionadas con la inexistencia de pagos anticipados de las prestaciones mercantiles reguladas en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co.;** (3) **Pretensiones declarativas relacionadas con la ineficacia de las cláusulas abusivas dictadas por “COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A.;** (4) **Pretensiones declarativas relacionadas con los incumplimientos contractuales y el abuso del derecho;** (5) **Pretensiones declarativas relacionadas con la justa causa invocada por COMUNIDAD CELULAR S.A. para dar por terminados los contratos;** (6) **Pretensiones declarativas relacionadas con las Actas de Conciliación de cuentas impuestas por “COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.” y denominadas “Acta de Conciliación, Compensación y transacción”;** (Con relación a estas últimas pretensiones formula dos (2)

pretensiones subsidiarias); **(7) Pretensiones declarativas relacionadas con el derecho de compensación de créditos y el privilegio que regula el artículo 1277 del C. de Co.;** **(8) Pretensiones declarativas finales.** Adicionalmente formula unas pretensiones de condena, tal como se indica: **(i) Pretensiones de condena respecto de la cesantía comercial** (tiene una petición subsidiaria); **(ii) Pretensiones de condena respecto de las indemnizaciones reguladas en el artículo 1324 inc. 2° del Código de Comercio.;** **(iii) Respecto de las indemnizaciones por el abuso del derecho** tiene dos peticiones subsidiarias; **(iv) Pretensiones de condena por incumplimiento contractual;** **(v) Pretensiones de condena respecto a indemnizaciones por terminación de los contratos;** **(vi) Pretensiones de condena relacionadas con costas y agencias en derecho..**

I.2. La demanda se fundamentó en los supuestos fácticos que en apretada síntesis se relacionan a continuación (fls. 1 a 9, C.1):

- ✚ Que con fecha 15 de septiembre de 2002, se suscribió entre la sociedad convocante **COMUNIDAD CELULAR S.A.**”, y la sociedad OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. OCCEL S.A.”, contrato en virtud del cual se iniciaron las relaciones contractuales que dan origen a esta demanda, relación negocial que se desarrolló sin solución de continuidad hasta la fecha de su terminación, primero con OCCEL S.A. y luego con COMCEL S.A. Dicho contrato tiene 7 anexos marcados con las letras desde la A hasta la G y un pagaré con espacios en blanco para su complemento y una carta de instrucciones para completarlo, correspondiendo este contrato a la zona occidente
- ✚ Conforme obra en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, ”COMCEL S.A.” absorbió a las sociedades OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A., OCCEL S.A. Y EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. CELCARIBE S.A.
- ✚ Que luego del referido proceso de fusión por absorción y estando vigente el contrato de adhesión anteriormente referenciado, entre “COMCEL S.A.” Y “COMUNIDAD CELULAR S.A.” y con fecha junio 27 de 2006, se suscribieron nuevos contratos de

adhesión para (a) la promoción y explotación en la zona oriente de los productos y servicios de telefonía celular que presta en forma exclusiva COMCEL S.A.; (b) para la promoción y explotación de los productos y servicios de transmisión de datos que presta en forma exclusiva “COMCEL S.A.”; (c) para la promoción y explotación de los productos y servicios de telefonía móvil celular y de transmisión de datos para equipos BlackBerry; promoción del servicio de venta de equipos y de programas, la activación de planes de servicios de telefonía móvil en las modalidades de post pago y pre pago.

✚ En dichos contratos “COMCEL S.A.” impuso a sus agentes dedicación exclusiva en favor de esta sociedad; pero COMCEL S.A. si podía servirse de pluralidad de agentes y no aceptaba modificaciones, ni otorgaba concesiones específicas en los contratos, aplicando modelos convencionales, respecto de los cuales sus agentes comerciales no tenían posibilidad de discutir o negociar cláusulas.

✚ “COMUNIDAD CELULAR S.A.” realizó la actividad de promoción y explotación de los productos y los servicios de telefonía móvil celular y de transmisión de datos y los mismos servicios para equipos BlackBerry en las zonas oriente y occidente, como empresario independiente, con su propia estructura y organización administrativa, en nombre y por cuenta de “COMCEL S.A.”, vinculándola con cada una de los suscriptores, sin que la demandante apareciera mencionada en los contratos con esos suscriptores y sin asumir responsabilidad alguna por las fallas e interrupciones de los servicios contratados, puesto que el responsable de los mismos era directamente la sociedad demandada.

✚ La actividad mercantil comprendía desde diligenciar la solicitud de servicios de activación en planes post pago y pre pago, los contratos entre COMCEL S.A. y los usuarios de los servicios; de todos los demás documentos exigidos por la sociedad requerida, siempre utilizando la papelería suministrada por “COMCEL S.A.”, con sus nombres comerciales, enseñas, marcas de productos o servicios y emblemas o lemas comerciales publicitarios.

✚ Para la ejecución de los contratos “COMUNIDAD CELULAR S.A.” debía establecer canales de comercialización mediante la apertura de centros o puntos de venta autorizados, calificados y asignados por “COMCEL S.A.” como “CENTROS O PUNTOS DE VENTA (CV)” y que se identificaban como “CENTROS O PUNTOS DE

VENTA DEL DISTRIBUIDOR” , o como “CENTROS DE PAGOS Y SERVICIOS”, en donde se recibían dineros provenientes de los usuarios y/o suscriptores por concepto de valores por consumo y además, allí se atendían y solucionaban sus requerimientos; estando operando, al momento de la terminación de los contratos, los siguientes: (1) En Pereira: Carrera 8° N° 19-43 y en el Local 201 del “Centro Comercial Bolívar”; (2) en Chinchiná: Carrera 8 N° 12-55; (3) En Manizales: Carrera 23 N° 64 B 33, “Edificio Centro de Negocios Siglo XXI P.H.”; (4) en Riosucio: Calle 10 N° 6-19; (5) en Supía: Carrera 7 N° 34-37; (6) en Salamina: Calle 6 N° 5-54; (7) En Aranzazu: Calle 8 N° 6-24; (8) En Filadelfia: Carrera 6 N° 5-57; (9) En Palestina: Calle 9 N° 9-28 y (10) En Bogotá: Calle 72 N° 86-60, Centro Comercial Punto 72, local 22.

- ✚ Los contratos de arrendamiento para el funcionamiento de esos centros se suscribían, en algunos casos, por “COMUNIDAD CELULAR S.A.” como arrendataria y, en algunos otros casos, ese lugar era ocupado por “COMCEL S.A.”. Los establecimientos se registraban a nombre de “COMUNIDAD CELULAR S.A.”, pero utilizando exclusivamente el nombre comercial, la enseña y colores distintivos de “COMCEL S.A.”, y todos, absolutamente todos, se encontraban dotados uniformemente con los elementos indispensables para su adecuado funcionamiento conforme a las exigencias de “COMCEL S.A.”.
- ✚ Respecto de los contratos de arrendamiento que eran suscritos directamente por “COMCEL S.A.”, los locales eran entregados, mediante convenios, a los agentes comerciales, indicándose en ellos que “COMCEL S.A.” permite que el distribuidor utilice dicho local para la ejecución del contrato de distribución, mientras el contrato se encuentre vigente y el distribuidor cumpla con las condiciones de este convenio y de los contratos de arrendamiento. No obstante el valor total de los cánones de arrendamiento, de los servicios públicos de dichos locales y los gastos de administración “estarán a cargo de manera única y exclusiva de COMUNIDAD CELULAR S.A.”.
- ✚ Todas las sumas de dinero pagadas por los usuarios se consignaba en cuentas de “COMCEL S.A.” y la remisión de esos dineros eran cancelados por “COMUNIDAD CELULAR S.A.” a las transportadoras, asumiendo la pérdida de valores transportados por lo que debía obtener coberturas de transporte de valores mediante

pólizas expedidas por aseguradoras que también eran cancelados por “COMUNIDAD CELULAR S.A.” ; esos dineros ingresaban al patrimonio de “COMCEL S.A.” y no al patrimonio de la sociedad demandante; así mismo, los productos de telefonía móvil celular o de transmisión de datos eran de propiedad de “COMCEL S.A.” y simplemente se entregaban a “COMUNIDAD CELULAR S.A.” para su promoción y comercialización.

✚ Las relaciones contractuales existentes entre “COMUNIDAD CELULAR S.A.” Y “COMCEL S.A.” se ejecutaron sin solución de continuidad desde el 15 de septiembre de 2002, la primera, y 27 de junio de 2006, la segunda, hasta el 21 de julio de 2015, fecha en la cual la sociedad actora manifestó a la demandada su decisión de dar por terminado unilateralmente los contratos entre otras razones por: a- El incumplimiento flagrante de los contratos; b. El grave deterioro económico y moral causado a la sociedad por las decisiones tomadas y aplicadas por COMCEL S.A. durante el período de vigencia de los contratos; c. La suspensión en el suministro de equipos por parte de COMCEL S.A.; d. El incumplimiento de un acuerdo de ampliación de plazos en las fechas de vencimiento de los equipos; e. restablecido el suministro de equipos, el mismo no fue suficiente para que la sociedad pudiera retomar su ritmo comercial correspondiente a su demanda y comportamiento comercial en los últimos meses de ejecución del contrato; f) finalmente ni se otorgó ampliación de plazo de vencimiento de equipos, ni se restableció un suministro normal de productos.

✚ Todos los ingresos de operación que la “COMUNIDAD CELULAR S.A.” obtuvo durante todo el término de vigencia de los contratos, sin que hubiere ingresos provenientes de otras fuentes, provenían directa y exclusivamente de la ejecución de los contratos con “COMCEL S.A.”; y fue esta una de las razones por las cuales, en la carta de terminación de los contratos, “COMUNIDAD CELULAR S.A.” le reclamó a “COMCEL S.A.” el reconocimiento y pago (1) La doceava parte del promedio de las comisiones, regalías o utilidades recibidas en los tres últimos años, por cada año de vigencia de los contratos, es decir, la prestación regulada en el art. 1324 del C. de Co., y que debe pagarse al agente comercial a la terminación del contrato de agencia comercial; (2) Una indemnización equitativa como retribución a los esfuerzos de “COMUNIDAD CELULAR S.A.”, para acreditar la marca, la línea de productos y los

servicios de los contratos; (3) Una indemnización por daños y perjuicios, como resultado de haberse visto obligada a terminar unilateralmente los contratos, que trajo como consecuencia asumir la carga prestacional de los empleados, el valor de los contratos de arrendamientos de los locales comerciales y de los servicios públicos y el pago de penalizaciones a proveedores, cuyos contratos debieron terminarse; (4) El reintegro de los valores que COMCEL S.A. compensó injustamente con cargo a las comisiones del agente y que corresponden a penalizaciones por inconsistencias documentales; (5) Las sumas de dinero que dejaron de pagarse a “COMUNIDAD CELULAR S.A.” por concepto de comisiones de activaciones de pre pago, post pago, permanencias post y pre pago; (6) El valor correspondiente a comisiones residuales que dejaron de pagarse al agente comercial; (7) El valor de los dineros y compensaciones de comisiones del agente por concepto del porcentaje descontado por la no consignación a tiempo de valores por activación de servicios post pago; (8) El valor de los dineros y compensaciones de comisiones del agente por concepto (8) El valor de los dineros y compensaciones de comisiones del agente por concepto de consultas de data crédito que resultaban no efectivas, es decir, referidas a clientes que no calificaban para acceder a los servicios; (9) El valor de los dineros y compensaciones de comisiones del agente por concepto de devolución de equipos a CAD.

✚ Ante la comunicación en donde se daba por terminado los contratos celebrados entre “COMUNIDAD CELULAR S.-A.” Y “COMCEL S.A.”, esta última se limitó a remitirle a la actora, en dos oportunidades, actas de liquidación de cuentas y de conciliación extraprocesal, las cuales fueron rechazadas y devueltas, sin firmar, por la sociedad “COMUNIDAD CELULAR S.A.”, por no estar de acuerdo con su contenido ni con las declaraciones en ellas expresadas.

✚ COMCEL S.A., en uso de su posición dominante extendió y dictó cláusulas que tuvieron por objeto: (i) ocultar la verdadera naturaleza, nominación y tipicidad de los contratos y el desconocimiento de normas de carácter imperativo, imponiendo condiciones onerosas y abusivas a su contraparte; (ii) la renuncia de derechos futuros que pudiera reclamar el agente y la renuncia de indemnizaciones; (iii) la declaración de supuestos pagos anticipados de toda prestación, indemnización o bonificación que

por cualquier causa pudiera exigir la demandante a la demandada; (iv) la imposición de renunciaciones respecto de derechos que no existían, ni se habían causado al tiempo de suscribirse los contratos; (v) la imposición de estipulaciones y reglas contractuales que representaron un desequilibrio económico y normativo en perjuicio de “COMUNIDAD CELULAR S.A.”; adicionalmente, (vi) trasladó a “COMUNIDAD CELULAR S.A.”, funciones que eran propias de “COMCEL S.A.”, (vii) le impuso la carga de firmar paz y salvos incondicionales; (viii) sancionó a la demandante con descuentos por fraudes imputables a terceros, imponiéndole sanciones no previstas ni pactadas; entre otras.

II- TRÁMITE DE LA PRIMERA INSTANCIA:

La demanda correspondió al Juzgado Segundo Civil del Circuito de Manizales, en donde fue admitida el 24 de octubre de 2017 (fls. 881 frente y vuelto, C.5.), ordenándose correr traslado a la demandada por el término de 20 días.

Notificada la parte pasiva, el 19 de diciembre de 2017 (Folio 887 cuaderno 5) procedió a interponer recurso de reposición contra el auto admisorio, el cual fue resuelto desfavorablemente mediante providencia del 23 de febrero de 2018 (folios 923 y 924 cuaderno 5), habiendo contestado la demanda el 22 de marzo de 2018 (folios 926 a 1014 cuaderno 5) oponiéndose a la prosperidad de las pretensiones; propuso las excepciones de fondo que denominó I.- “INEXISTENCIA DE ABUSO DE DERECHO CONTRACTUAL Y DE POSICIÓN DOMINANTE EN CABEZA DE LA PASIVA; (II) “AUSENCIA DE RESPETO DE LOS ACTOS PROPIOS POR LA PARTE DEMANDANTE”; (III) “INEXISTENCIA DE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL E IMPROCEDENCIA DE PRESTACIONES PROPIAS DE ESE CONTRATO”; (IV) VALIDEZ DE LA RENUNCIA A LA CESANTÍA COMERCIAL”; (V) “EXTINCIÓN DE LA OBLIGACIÓN DE PAGAR LA CESANTÍA COMERCIAL A COMUNIDAD CELULAR S.A. POR TRANSACCIÓN Y COMPENSACIÓN”; (VI) “INEXISTENCIA DE UN INCUMPLIMIENTO DE CONTRATO IMPUTABLE A COMCEL S.A.”; VII) “INEXISTENCIA DE JUSTA IMPUTABLE A COMCEL S.A. COMO ARGUMENTO PARA LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO; (VIII) COSA

JUZGADA DERIVADA DEL CONTRATO DE TRANSACCIÓN Y PRESCRIPCIÓN DE LA ACCIÓN DE NULIDAD CONTRA EL ACUERDO TRANSACCIONAL” Y (X) LA GENÉRICA.

Simultáneamente presentó demanda de reconvencción (folios 1739 y siguientes), en donde pretende que (i) Se declare que “COMUNIDAD CELULAR S.A.” incumplió los contratos de Distribución de voz, datos, BlackBerry existentes entre “COMCEL S.A.” y “COMUNIDAD CELULAR S.A.”; (ii) Que como consecuencia de la declaración anterior se declare que “COMUNIDAD CELULAR S.A, está obligada a pagar a “COMCEL S.A.” el monto previsto en la cláusula penal de los contratos (numeral 27.3 de los contratos de distribución) y (numeral 29.2 del contrato de distribución y datos), en la proporción establecida en la ley colombiana; (iii) Que se condene a “COMUNIDAD CELULAR S.A. a pagar a “COMCEL S.A.” el monto previsto en la cláusula penal de los contratos de distribución (numerales 29.2; 27.3.1 y 27.3.2) por valor de cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legalmente vigentes cada uno o en la proporción establecida en la ley colombiana;(iv) se condene en costas a la COMUNIDAD CELULAR S.A.

La demanda de reconvencción fue admitida el 13 de abril de 2018 (folios 1897 y 1898) y contestada el 18 de mayo del mismo año (folio 1899 y siguientes), a la vez que propuso las excepciones de mérito que denominó: (I) “LAS FUNDADAS EN EL EJERCICIO DEL DERECHO DE RETENCIÓN”; (II) “COMPENSACIÓN E INEXISTENCIA DE SALDOS INSOLUTOS”; (III) ”CONTRATO NO CUMPLIDO”, (IV) “IMPOSIBILIDAD DE COBRAR LA CLÁUSULA PENAL Y CLÁUSULA PENAL ENORME”.

La sociedad actora comunicó haber hecho cesión del ciento por ciento (100%) de los derechos litigiosos en favor de la sociedad “CAUCUPE S.A.S.” (folio1913), la que fue aceptada mediante auto fechado mayo 28 de 2018 (folio 1919).

Con fecha julio 17 de 2018 la sociedad “COMCEL S.A.” presenta reforma a la demanda de reconvencción (visible a partir del folio 1982); a su vez, la parte demandante hace lo propio el 28 de julio de 2018 (visible a folios 2003 y siguientes). Ambas reformas fueron admitidas mediante providencia calendada julio 30 de 2018 (folios 2105 y 2106).

En proveído del 28 de septiembre de 2018 (folio 2435) se programó para el 20 de febrero de 2019 la audiencia a que se refiere el artículo 372 del Código General del Proceso; en dicha diligencia se agotaron las etapas procesales contempladas en el canon mencionado, entre ellas los interrogatorios de parte a los representantes legales de los sujetos procesales (Folios 2448 a 2454), se hizo fijación del litigio y se decretaron las pruebas solicitadas por las partes.

Por auto del 26 de enero de 2019- folio 2457- se programó para los días 30 y 31 de julio, 1° y 2 de agosto de esa anualidad, la realización de la audiencia consagrada en el artículo 373 del C. G. del Proceso; en dichas calendas se practicaron algunas de las pruebas; ante la imposibilidad de practicar la totalidad de las decretadas, estas fueron realizadas el 27 de septiembre de 2019, en donde, además, de escuchar los alegatos de conclusión, se anunció el sentido de fallo, indicándose que la sentencia sería proferida por escrito dentro de los diez días siguientes.

Efectivamente, el 30 de septiembre de 2019 se profiere sentencia escrita (folios 2852 y siguientes).

III- SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Como se indicó, el A quo profirió sentencia por escrito el 30 de septiembre de 2019, en donde (1) declaró no probadas las excepciones propuestas por la SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. denominadas como “inexistencia del contrato de agencia comercial”, “Improcedencia del pago de prestaciones propias de ese contrato”, “ausencia de respeto de los actos propios por la demandante”, “validez de la renuncia a la cesantía comercial”, “Prescripción de las acciones declarativas y de condena”, “existencia de una justa causa para la terminación del contrato por parte de Comcel a Comunidad Celular” y “Genérica”. (2) 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 Mercantil, 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; la segunda, 9 años y 24 días. Consecuencialmente, se hicieron exigibles las prestaciones mercantiles

reguladas en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co., que equivale a una doceava parte (1/12) del promedio de las comisiones, regalías, utilidades que la SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A. recibió durante los últimos 3 años de ejecución de los contratos, por cada uno de vigencia de los mismos. (3) Declarar que con fundamento en el decreto 2650 de 1993 y el artículo 264 del C. G. del P. las liquidaciones a tener en cuenta para las prestaciones mercantiles reclamadas, son las sumas de dinero que COMCEL S.A. registró en su contabilidad bajo la subcuenta 529505 del plan único de cuentas, no registrándose allí cuentas por pagar atinentes a la prestación mercantil de que trata el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co; que dicha prestación debe calcularse conforme a las sumas de dinero que la sociedad "COMCEL S.A." registró en tal subcuenta; que para la liquidación de la cesantía comercial se incluyen las sumas pagadas por márgenes de utilidad en la comercialización de kits prepago, que en el plan único de cuentas de la sociedad "COMCEL S.A." en la subcuenta 233520 se registraron solamente hechos económicos relativo al pago de comisiones, no así cuentas por pagar atinentes a la prestación mercantil de que trata el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co; y, durante la ejecución de los contratos, ninguno de los pagos hechos por la sociedad "COMCEL S.A. , antes OCCEL S.A. constituyó anticipo o pago anticipado de tal prestación a la sociedad "COMUNIDAD CELULAR S.A." ; (4°) Declarar probada la excepción de "Inexistencia de justa causa imputable a Comcel como argumento para la terminación del contrato"; (5) Denegar las pretensiones relacionadas con la declaratoria de ineficacia de cláusulas abusivas contenidas en los literales a), i), de la pretensión Nro 15; con los incumplimientos contractuales y abuso del derecho por parte de la sociedad "COMCEL S.A."; y, sobre la justa causa por parte de la "SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A." para dar por terminados los contratos con soporte en los hechos expuestos en la demanda por no darse los presupuestos legales para ello y carencia de prueba; (6) Declarar no probadas las excepciones de "inexistencia de abuso de derecho contractual y de posición dominante en cabeza de la pasiva" y "posición de dominio en un mercado y cláusulas abusivas y abuso del derecho contractual", propuestas por COMCEL S.A."; (7) Declarar que las actas de "conciliación, compensación y transacción" suscritas entre los contratantes durante la ejecución de los contratos objeto del proceso, no

constituyen ni una conciliación, ni una compensación, sino una transacción con el lleno de los requisitos legales, cuyo fin era precaver una eventual diferencia o litigio; (8°) Declarar probada la excepción de “Transacción” propuesta por COMCEL S.A.”; con respecto a la declaración de paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones, comisiones por residual y bonificaciones en los períodos en ellas establecidos, sin que pueda entenderse incluido el pago anticipado del 20% de las mismas, por concepto de cualquier pago, prestación, indemnización o bonificación; ni comprenden prestaciones que se causan a la terminación del contrato, previstas en el artículo 1324 del C. de Co.; (9°) Declarar no probadas las excepciones de “Extinción de la obligación de pagar la cesantía comercial por transacción”, “validez de las actas por conciliación” y “prescripción de la acción de nulidad contra el acuerdo transaccional”, propuestas por COMCEL S.A.”; (10°) Denegar la pretensión tendiente a que se declare que la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”, tiene los derechos de compensación y privilegio a que hace alusión el artículo 1277 del C. de Co.; (11°) Declarar que a la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” le asiste el derecho de retención sobre la suma de MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 1.723.474.067) (suma resultante de la indexación previa), que se probó tiene en su poder, propiedad de COMCEL S.A.”; por estar pendiente del pago de la cesantía comercial a que tiene derecho, conforme al inciso primero del artículo 1324 del C. de Co., que se le reconoce en esta sentencia. Mientras subsista este derecho no hay lugar a intereses moratorios; (12°) Declarar no probada la excepción de “improcedencia del derecho de retención” propuesta por COMCEL S.A.”; (13°) Denegar las pretensiones declarativas relacionadas con las actas de liquidación elaboradas y presentadas por COMCEL S.A.”, una vez se dieron por terminados los respectivos contratos; (14°) Denegar la pretensión declarativa atinente a que la sociedad “COMCEL S.A.” perdió la facultad de imponer penalizaciones, sanciones y descuentos a la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.”, a partir de la terminación de los respectivos contrato; (15°) 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 CIENCUENTA Y SEIS PESOS M.L. (\$ 5.346.588.056) (suma resultante de indexación previa), por concepto de cesantía comercial prevista en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co., en razón de los contratos de agencia comercial desarrollados, en las circunstancias de tiempo y modo expuestas. Suma que deberá ser cubierta por 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 artículo 884 del Código de Comercio, a partir de la fecha de ejecutoria; (16°) Declarar que la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” tiene derecho a compensar con COMCEL S.A.”, el valor sobre el cual ejerce derecho de retención, por la suma de MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 1.723.474.067), con lo que se declara en esta sentencia deberá pagar la sociedad “COMCEL S.A.” a la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” cesionaria la sociedad “CAACUPE S.A.S.” por concepto de cesantía comercial; (17°) Declarar probada la excepción de “Extinción de la obligación de pagar la cesantía comercial a la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.” por compensación” propuesta por la sociedad “COMCEL S.A.”, pero solo por el valor de MIL SETECIENTOS VEINTITRÉS MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SESENTA Y SIETE PESOS (\$ 1.723.474.067), sobre la cual la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” ejerce derecho de retención; (18°) Denegar las pretensiones de condena y pago en razón de la INDEMNIZACIÓN regulada en el inciso 2° del artículo 1324 del C. de Co., indemnización por el abuso de derecho, indemnización por incumplimiento contractual”, indemnización por terminación de los contratos, ante la no prosperidad de las pretensiones de las cuales penden; (19°) Declarar no probada la objeción al juramento estimatorio presentada por la sociedad “COMCEL S.A.”; (20°) Declarar no probada la tacha de falsedad a prueba documental presentada por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”; (21°) Condenar a la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” a pagar a “COMCEL S.A.” la suma de OCHO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA Y UN MIL CIENTO SESENTA PESOS (\$ 8.281.160) en razón a la sanción prevista en el artículo 274 del Código General del

Proceso; (22°) Declarar no probada la objeción al dictamen pericial propuesta por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” como prueba a la objeción del juramento estimatorio hecho por la primera; (23°) Denegar las pretensiones de la demanda en reconvencción propuesta por la “SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.” contra “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” cesionaria la “SOCIEDAD CAACUPE S.A.S.”; (24) Declarar la prosperidad de la excepción denominada “ejercicio del derecho de retención” propuesta por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”; (25) Declarar no probadas las excepciones de “imposibilidad de que opere la compensación”, “Contrato no cumplido”, “imposibilidad de cobrar cláusula penal” y “Ambigüedad de la cláusula penal. Interpretación en contra de la sociedad COMCEL S.A., cláusula penal enorme o abusiva” propuestas por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”; (26°) Declarar no probada la objeción al juramento estimatorio propuesta por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”; (27°) Condenar en costas y en agencias en derecho a la “SOCIEDAD COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A.” y en favor de la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-”, cuya cesionaria de derechos es la “SOCIEDAD CAACUPE S.A.S.”, en un 50% de su valor ante la no prosperidad de la totalidad de las pretensiones. Como agencias en derecho se fija la suma de DOSCIENTOS TRECE MILLONES OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MIL QUINIENTOS VEINTIDOS PESOS (\$ 213.863.522).”

En providencia del nueve (9) de octubre de 2019, el A quo decide ADICIONAR la sentencia atrás proferida dentro del proceso verbal promovido por la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” quien cedió sus derechos litigiosos a la “SOCIEDAD CAACUPE S.A.S. en contra de COMCEL S.A.”, con DEMANDA EN RECONVENCIÓN instaurada entre las mismas partes., conforme a las razones expuestas en la parte considerativa, así: “El ordinal “CUARTO quedará así: “CUARTO: Declarar probada la excepción de inexistencia de justa causa imputable a “COMCEL S.A., como argumento para la terminación del contrato”, por las razones expuestas en la motiva y, existía la facultad de la “SOCIEDAD COMUNIDAD CELULAR S.A.- En Liquidación-” para finalizar los contratos objeto de la litis, conforme a lo acordado por

los contratantes en la cláusula 5 de los mismos, lo cual acaeció. Denegar por improcedente la solicitud de adición del ordinal “VIGÉSIMO PRIMERO del fallo y aclaración de la sentencia, conforme a las razones expuestas en la motiva. (Folios 2931 a 2933 vuelto, cuaderno 14).

IV- IMPUGNACIÓN

La decisión de primer nivel fue recurrida oportunamente por ambas partes.; la actora limita su inconformidad a que la A quo debe de reconocer intereses desde el momento mismo en que se dio la terminación de los contratos, según se desprende del inciso 1° del artículo 1324 del ordenamiento mercantil y de no aceptarse esta tesis, los intereses moratorios deberán ser reconocidos desde el momento en que se notificó a la pasiva el auto admisorio.

Por su parte la pasiva centra su inconformidad en los siguientes argumentos:

1. “El Juez de primer nivel se equivocó en la identificación del contrato en que se fundamentó la acción, al considerar que se trató de un contrato de agencia, cuando en realidad se trataba de un contrato de distribución.
2. En caso de que se insista en que el contrato celebrado fue una agencia mercantil, la cesantía debe entenderse válidamente renunciada por la “COMUINICAD CELULAR S.A.- en liquidación”.
3. De no aceptarse las hipótesis anteriores, la obligación de cancelar la cesantía se extinguió por existir pago anticipado de la misma.
4. En caso de que no admitirse ninguno de los eventos alegados, debe tenerse en cuenta que la obligación de pagar la cesantía comercial se extinguió por los acuerdos transaccionales celebrados entre las partes.
5. Finalmente considera que el a quo se equivocó cuando incluyó para el cálculo de la cesantía mercantil todos los ingresos brutos del agente y no los ingresos netos.

En proveído fechado el 21 de octubre de 2019 se concedieron los recursos interpuestos por las partes en el efecto suspensivo. (fl. 2966 vto, C.14).

V- TRÁMITE DE LA SEGUNDA INSTANCIA

Arrimado el expediente a este Tribunal, mediante providencia calendada noviembre 6 de 2019- folio 5 cuaderno del Tribunal- se admitió la alzada, y en auto del 24 de junio de 2020 se corrió traslado para alegar, siguiendo las voces del Decreto Legislativo 806 de junio 4 de 2020.

El suscrito Magistrado Sustanciador manifiesta que se ha hecho el respectivo control de legalidad, sin que se encontraran irregularidades que pudiesen afectar de nulidad lo que hasta la fecha se ha realizado e impidiesen resolver el fondo de la controversia.

Teniendo claros los motivos de inconformidad, a continuación procede la Sala a resolver el recurso de alzada interpuesto por las partes profiriendo fallo de segundo grado, previas las siguientes

VI- CONSIDERACIONES:

Como preámbulo, conviene recordar que la decisión de primer nivel fue recurrida oportunamente por ambas partes.

En el anterior orden, la Sala para poder adoptar una decisión de fondo en esta controversia, deberá resolver previamente los problemas jurídicos que a continuación se formulan:

- I. ¿Cuáles fueron los contratos realmente celebrados entre “COMUNIDAD CELULAR S.A.-HOY EN LIQUIDACIÓN” y “COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A.”?”?
- II. ¿Puede válidamente renunciarse, al inicio del contrato, las cesantías mercantiles a que tiene derecho un agente comercial?
- III. ¿Efectivamente, renunció en este asunto el agente mercantil a sus cesantías?
- IV. ¿Existió pago anticipado de las cesantías a la “COMUNIDAD CELULAR S.A.-HOY EN LIQUIDACIÓN”?

- V. ¿La obligación de pagar cesantías mercantiles al agente se extinguió por los acuerdos transaccionales celebrados entre los contratantes?
- VI. ¿El Juez A quo calculó correctamente el monto de las cesantías comerciales en esta controversia?
- VII. ¿Desde qué momento deben reconocerse intereses moratorios?

Si bien es cierto que la sentencia de primer nivel fue impugnada por ambas partes, activa y pasiva, la Sala ha decidido por razones metodológicas analizar, en primer lugar, los cuestionamientos expuestos por la pasiva, pues la censura de la parte activa solo podrá ser estudiada en la medida en que los motivos de aquella no prosperen.

Iniciemos entonces el examen de esta controversia con la identificación del contrato realmente celebrado entre las partes que hoy se encuentran en conflicto, pues el tema preponderante y sobre el que giran las demás controversias se centra en esclarecer si el contrato es de agencia mercantil, como lo sostiene la parte demandante, o es un contrato de distribución o suministro, según lo asegura la demandada.

Es que desde los albores de esta confrontación la sociedad “COMUNICACIÓN CELULAR S.A.-COMCEL S.A.”, insiste que la relación contractual sostenida con “COMUNIDAD CELULAR S.A.-HOY EN LIQUIDACIÓN-“ fue en virtud de un contrato de distribución o suministro, pues, según sus propias palabras: “ (...) *en forma clara y expresa las cláusulas tercera y cuarta de los contratos suscritos dispusieron el tipo de contrato que se celebraba, desde las tratativas las partes tuvieron la claridad sobre el alcance de sus obligaciones recíprocas y con la conducta de ambas al momento de ejecutarlos, no hay ninguna duda de que la naturaleza de la relación comercial producida entre la demandante y la pasiva es de UN CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN, y de que se excluyó cualquier otra relación contractual de similares condiciones o naturaleza (..)*”. Agrega que el contrato es ley para las partes y que la primera fuente de interpretación de la naturaleza del contrato es el contrato mismo.

Sostengamos liminalmente que tratándose de la interpretación de los contratos el primer paso que se debe surtir es identificar el contrato de que se trata, sobre todo cuando, como en el presente conflicto, no coinciden las partes; sobre el particular nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia en providencia que a pesar de su vetustez conserva su vigencia, manifestó:

- *“(…) Cuando por disentimiento de las partes en el punto se discute judicialmente la naturaleza jurídica del contrato, y, por ende, la de las obligaciones que por emanar de él han de asegurarse en su cumplimiento, corresponde al juzgador, a fin de determinar el alcance de las prestaciones debidas, interpretar el contrato, o sea investigar el significado efectivo del negocio jurídico (…)”*
- *(…)*
- *“Por cuanto ordinariamente el contrato se presenta como una unidad, para conocer la verdadera voluntad de las partes, deben apreciarse todas sus estipulaciones en forma coordinada y armónica (…)”¹*

En relación con este específico punto, y a manera de proemio, recordemos que nuestras legislaciones civil y mercantil tienen consagrada una variada pinta de contratos, unos innominados otros nominados, presentándose entre ellos, en no pocas veces, similitudes, pero también profundas diferencias; es por esta razón que, como lo sostiene el autor FRANCISCO FERRARA *“las partes atribuyen al contrato un “nomen iuris” que no corresponde a su naturaleza; lo titulan, por confusión o ignorancia con una denominación falsa (…)* La imprecisión del lenguaje jurídico deja intacto el contenido práctico a que se quiere llegar (…)²; a guisa de ejemplo, es muy frecuente que los contratantes manifiesten estar celebrando un contrato de venta, cuando en realidad de verdad, por la forma como se pacta el precio (el dinero es inferior en más del 50% del mismo o el valor del bien que se

¹ CSJ., Casación Civil, sentencia de julio 5 de 1983

² FERRARA Francisco. “La simulación de los Negocios Jurídicos”. . Editorial Revista de Derecho Privado –Madrid. Página 209

entrega como parte del pago es mayor al 50% del precio), lo que se está celebrando es un contrato de permuta; de allí surge un conocido y drástico aforismo jurídico que el tratadista Jaime Alberto Arrubla Paucar atribuye a Miguel Moreno Jaramillo y que nos enseña que *“en derecho las cosas son lo que son y no lo que las partes dicen que son o quieren que sean.”*

Memoremos además que, de acuerdo con lo que dispone el canon 1501 del ordenamiento civil, los contratos tienen unos elementos que son de la esencia, otros que son de la naturaleza y finalmente unos elementos accidentales; y, como lo dice la misma disposición, son cosas de la esencia aquellas sin las cuales el contrato no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente. Por ello, para aclarar cuál fue el tipo de contrato que vinculó a “COMUNIDAD CELULAR S.A.-hoy en liquidación” y “COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.”, es menester referenciar los presupuestos esenciales de los negocios y con tal fin se hace necesario evocar las diferencias existentes entre agente y distribuidor enumeradas en decisión de nuestro máximo órgano de la jurisdicción ordinaria, cuando expuso:

- *“(…) En resumen, como elementos diferenciadores de las figuras del agente y del distribuidor, se resaltan las siguientes; a) Aunque ambos se encuentran integrados en las redes de comercialización del empresario, desde el punto de vista económico, en tanto la inversión del agente, por lo general, está relacionada, con la organización de su empresa, la del distribuidor se extiende a la compra de productos al fabricante para revenderlos. b) El Agente recibe una remuneración del empresario; en cambio, el distribuidor obtiene las ganancias del margen comercial de la reventa; c) En su relación con los clientes, el distribuidor actúa en su nombre y por cuenta propia, por lo que debe correr con el riesgo y la suerte de las ventas que realice; el agente, no asume estas contingencias porque realiza su actividad profesional para dominus negotii, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario(…)”³*

³ CSJ., Sent., septiembre 30 de 2015, Exp. SC13208-2015. MP. Ariel Salazar Ramírez.

Y en uno de los más recientes pronunciamientos que sobre la agencia mercantil, hizo nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, en donde dejó sentado:

- *“(...) En síntesis, la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige autónomamente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover y explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado; (iv) la intervención del agenciado en la ejecución del encargo encomendado es apenas natural; (v) el desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad; (vi) el gestor tiene derecho a una remuneración (...)”*⁴

Disecionando uno a uno los presupuestos esenciales propios de la agencia mercantil y que fueran referenciados en la providencia que se acaba de indicar; teniendo en cuenta además el material probatorio recaudado a lo largo del proceso se tiene:

1. Es una forma de intermediación. En la medida que una persona - realiza gestiones a nombre y para beneficio de otra-; en este sentido, la agencia tiene muchas semejanzas con otras formas de contratación como el de mandato, el de comisión, el de distribución. Para la comprobación de este presupuesto, bástenos entonces con remitirnos a los objetos de los contratos visibles desde el folio 83 hasta el folio 203 del cuaderno uno (1); documentos que se encuentran corroborados por los interrogatorios de parte absueltos por el representante legal de la demandante PEDRO FELIPE BONIVENTO CORREA y el representante legal de la sociedad demandada ANDRÉS FELIPE TAMAYO CARO, en audiencia de que trata el artículo 372 del C.G. P. celebrada el 20 de febrero de 2019 (CD 1)- Folios 2448 a 2456 cuaderno 13.; en unos y otros medios probatorios se reconoce que la sociedad “COMUNIDAD CELULAR S.A. –HOY EN LIQUIDACIÓN” , se obligó inicialmente con la sociedad “OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. – OCCEL S.A.” y posteriormente con “ COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.”, a comercializar los productos y servicios y a realizar

⁴ CSJ., Sent., SC3645-2019, octubre 1 de 2019, rad. 15001-31-03-001-2009-00236-01. M.P. Luis Armando Tolosa Villabona.

gestiones y operaciones para la penetración, recuperación de clientela y ampliación del mercado, que redundan en beneficio de esta última sociedad, de donde se colige que la actora fue una típica intermediaria de “Comcel S.A”, verificándose así este presupuesto.

2. El agente tiene su propia empresa y la dirige autónomamente. Quiere decir lo anterior que el agente puede escoger y designar sus propios empleados, sus métodos de trabajo, sin estar bajo la subordinación y dependencia del empresario. Este presupuesto, a juicio de la Sala se encuentra demostrado, según se puede constatar al leer el capítulo 7° del contrato suscrito el 15 de septiembre de 2002, visible a partir del folio 83 del cuaderno 1: “Deberes y obligaciones del Distribuidor”, en especial el numeral “(...) 7.3. El Distribuidor, con estricta sujeción a las políticas y metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de OCCEL , (Resalta la Sala) **ORGANIZARÁ SU EMPRESA Y ESTRUCTURA FÍSICA EN LA FORMA QUE RESULTE MÁS IDÓNEA PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE LOS PRODUCTOS Y DE LOS SERVICIOS. (...)**”. En el numeral 7.9 del mismo contrato se pactó: (Resalta nuevamente la Sala): **EL DISTRIBUIDOR, EN TODO MOMENTO MANTENDRÁ EN SU NEGOCIO, EN LOS CENTROS O PUNTOS DE VENTA Y CANALES DE DISTRIBUCIÓN, LA CANTIDAD NECESARIA DE PERSONAS ADECUADAMENTE SELECCIONADAS Y CAPACITADAS(...)**; en el inciso 5° de la misma cláusula 7.9 se lee: (Resalta la sala) “(...)OCCEL NO TENDRÁ RELACIÓN JURÍDICA LABORAL, DE TRABAJO, NI DE NINGUNA NATURALEZA CON EL PERSONAL DEL DISTRIBUIDOR , QUIEN SERÁ EL ÚNICO Y EXCLUSIVO RESPONSABLE(...)””; del mismo tenor es la cláusula 21 del contrato que se ha venido analizando. El mismo clausulado se puede observar en el contrato celebrado entre COMCEL S.A. Y COMUNIDAD CELULAR S.A. el 27 de junio de 2006, visible a folio 137 y siguientes del cuaderno 1; adicionalmente, a folio 635 del cuaderno 4 se puede apreciar la nómina de empleados al servicio de la sociedad actora en las diferentes ciudades (Pereira, Bogotá, Manizales, Chinchiná y Riosucio) y a partir del

folio 636 hasta el folio 791 observamos distintos recibos de pagos y liquidación de prestaciones sociales realizadas por “COMUNIDAD CELULAR S.A. a diferentes servidores; todo lo anterior se encuentra corroborado por los testimonios de GUILLERMO SOTO ORJUELA⁵, ELISABETH ARANGO CIFUENTES⁶, DIANA PATRICIA ARIAS MONTES⁷, quienes confirman que el personal que laboraba en las distintas oficinas de esta sociedad eran cancelados y dependían laboralmente de “COMUNIDAD CELULAR S.A.” y que esta sociedad tenían varios locales comerciales destinados a la distribución de bienes y servicios de “COMCEL S.A.” ; todo lo anterior, se itera, nos permite concluir, sin hesitación alguna, que el encargado de distribuir los bienes y servicios de Comcel S.A., tenía su propia empresa y era autónomo en su dirección, cumpliéndose así con ese segundo elemento diferenciador.

3. La actividad del agente se encamina a promover o explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado. Al observar los contratos acompañados con la demanda, los mismos a los que hemos hecho referencia, es irrefutable que su finalidad fue la de conquistar, ampliar y reconquistar los negocios que “COMUNICACIÓN CELULAR S.A. –COMCEL S.A.” , como empresa operadora de telefonía móvil celular tenía en las zonas occidental y oriental del país, para lo cual “COMUNIDAD CELULAR SA-HOY EN LIQUIDACIÓN”, contactaba personas naturales y jurídicas para que se afiliaran a los servicios de telefonía móvil, pre y post pago, productos y servicios de transmisión de datos, adicionalmente recaudaba, para COMCEL S.A.”, los dineros que por estos servicios recibía de los afiliados. Como lo sostuvo el Juzgado de Primer Nivel, “debía cumplir y mantener las políticas, metas y estándares de mercadeo y ventas, elaborar y mantener un

⁵ CD que contiene la grabación de audiencia realizada el 30 de julio de 2019, versión que se escucha a partir del minuto 15 y 40 segundos.

⁶ CD 2 que contiene la grabación de la misma audiencia, su versión se escucha a partir del minuto 9 y siguientes

⁷ CD 3 que contiene la grabación de la misma audiencia, su versión se escucha a partir del minuto 20 y siguientes

registro de los clientes y abonados potenciales, verificar su identidad y la veracidad de la información que estos suministraban, etc.”.

4. La intervención del agenciado en la ejecución del contrato es apenas natural.

Del acervo probatorio recaudado se desprende que la sociedad “COMUNICACIÓN CELULAR S.A.-COMCEL S.A.”, durante todo el tiempo de ejecución del contrato ha intervenido activamente en la promoción y distribución de equipos, servicios de telefonía móvil en las modalidades de pre y post pago que realiza la sociedad “COMUNIDAD CELULAR S.A. – HOY EN LIQUIDACIÓN”, a su nombre, pues dicha participación consistió entre otras actividades en proveer y poner a disposición de la sociedad hoy demandante principal, asesorías, folletos y otras ayudas de venta, impartir instrucciones sobre la adecuación de los locales, oficinas y establecimientos de comercio de “COMUNIDAD CELULAR S.A. Hoy en Liquidación”, etc., y como lo sostuvo el señor ANDRÉS FELIPE TAMAYO⁸, quien se desempeñó como VICEPRESIDENTE JURIDICO DE COMCEL: “(...) *No quiere decir que el distribuidor sea una rueda suelta y pueda ir abriendo puntos donde quiera y hacer lo que quiera; en realidad no hay unas estrictas medidas y todo tiene que ser aprobado por COMCEL y hay una compañía incluso con gerentes y coordinadores de distribución que le hacen el acompañamiento y el seguimiento continuo y diario a los distribuidores en todas las zonas del país, (...)*” intervención que es apenas lógica y natural, pues se trata nada más y nada menos que la promoción y venta de los bienes y servicios que ofrece “Comcel S.A.”, como empresa operadora de telefonía móvil celular, pero sin que exista, para COMUNIDAD CELULAR S.A., subordinación o dependencia o que pueda decirse que afecta de alguna forma su autonomía administrativa.

5. El desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad. Este presupuesto diferencia a la agencia de otros contratos con los cuales guarda similitud como el mandato y la comisión; y, si se considera que los contratos se

⁸ CD que contiene la grabación de la audiencia consagrada en el artículo 372 del CGP, celebrada el 20 de febrero de 2019, visible a folio 2456 del Cuaderno 13, a partir del minuto 11:45

ejecutaron por espacio de más de una década sin solución de continuidad y de manera ininterrumpida, sobre lo cual no existe divergencia alguna entre las partes hoy enfrentadas, no puede extraerse conclusión distinta a la de que la labor fue desempeñada permanente y establemente, cumpliéndose con el otro elemento esencial inherente al contrato de agencia.

6. El Gestor tiene derecho a una remuneración. Para la demostración de este último elemento de la esencia del contrato de agencia, bástenos con remitirnos a la contestación de la demanda visible a folios 926 y siguientes, más concretamente al folio 934 del cuaderno cinco (5), en donde el procurador judicial de la demandada principal expresa: (Resalta la Sala): ***“(...) De otro lado, ES CIERTO que se pactó entre las partes el pago de unas sumas de dinero a Comunidad Celular como contraprestación a sus obligaciones, denominadas “Comisiones”, y que se encuentran reguladas in extenso en el ANEXO A de los contratos suscritos. (...)”***.

Si bien es cierto, como se dijo al iniciar estas consideraciones, con mucha frecuencia entre los contratos de diferente naturaleza pueden existir elementos comunes y elementos diferenciadores, -siendo estos últimos los esenciales de cada contrato-, como ocurre con la distribución de productos o servicios que puede ser un elemento común a diferentes tipos de contrato de intermediación.

Ahora, analizado este asunto desde otra perspectiva, en el contrato de distribución la utilidad del distribuidor se origina básicamente en la diferencia entre el precio de adquisición y valor de venta final al tercero (cliente) y de acuerdo con el acervo probatorio recaudado, incluida la misma aceptación por parte del demandado principal, el grueso de los ingresos percibidos por “COMUNIDAD CELULAR S.A. – HOY EN LIQUIDACIÓN” , se originaron en las comisiones que le reconocía la sociedad “OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. –OCCEL S.A.” y posteriormente la sociedad “ COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.” aun cuando una porción ínfima de sus ingresos se derivó por la reventa de algunos productos; adicionalmente, la responsabilidad del distribuidor frente al empresario propietario

o fabricante del producto a distribuir termina en el momento mismo de la adquisición de este producto y su posterior reventa, pero tal actividad no tiene la intención de promover o explotar los negocios del empresario; en el presente conflicto quedó plenamente demostrado que “COMUNIDAD CELULAR S.A. –HOY EN LIQUIDACIÓN”, luego de colocar el producto en los terceros o clientes, continuaba obligada inicialmente con la sociedad “OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. – OCCEL S.A.” y de manera posterior con “ COMUNICACIÓN CELULAR S.A.- COMCEL S.A.”, hasta tal punto que debía de garantizar una permanencia mínima de ese tercero para poder acceder a las comisiones, esta característica no es propia del contrato de distribución.

Los anteriores razonamientos sirven de estribo a esta Colegiatura, para concluir que el vínculo comercial entre las sociedades hoy enfrentadas, corresponde a un contrato de agencia comercial; muy a pesar de que en el texto de los mismos se insistiera en denominarlo de distribución, toda vez que, se itera y resalta, los elementos esenciales son propios de una agencia mercantil.

El siguiente tema a tratar se refiere a los problemas jurídicos dos y tres planteados; esto es, ¿Puede válidamente renunciarse, al inicio del contrato, las cesantías mercantiles a que tiene derecho un agente comercial? (3) ¿Renunció la actora efectiva y anticipadamente a las cesantías comerciales?

Acerca de la renunciabilidad de la prestación consagrada en el inciso 1° del artículo 1324 del ordenamiento mercantil, como prolegómeno, debemos reconocer que este no es un tema pacífico y que ni doctrinantes ni jurisprudencia se han puesto de acuerdo; existen defensores de la posibilidad de renunciar- desde un comienzo, a las cesantías comerciales, en este bando podemos ubicar – para iniciar- a la Superintendencia de Sociedades que en oficio 13534 de 4 de octubre de 1971, estimó que tanto las cesantías como indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio son renunciables; en esta posición la acompañan reconocidos tratadistas como Gabriel Escobar Sanín y Jaime Alberto Arrubla Paucar; no obstante, en la rivera opuesta se encuentran tratadistas de la

talla de Enrique Gaviria Gutiérrez, Juan Pablo Cárdenas, José Ignacio Narváez y Eduardo Peláez, quienes estiman que la Cesantía Mercantil es irrenunciable.

Como si lo anterior fuera poco, nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia no ha sido ajena a esta controversia, pues en sentencia del año 1980 consideró que “(...) *la prestación que consagra el artículo 1324, inciso 1° , es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez se haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando quede incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial, ese derecho crediticio de prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarse y tenga que hacerlo efectivo necesariamente (...)*”.

Posteriormente, en sentencia de Octubre 19 de 2011, con ponencia de William Namén Vargas, la Honorable Corte Suprema de Justicia dio un brusco giro de 180 grados y en ella admitió que era válida la renuncia de la prestación o su modificación o regulación diferente, ya sea desde la celebración del contrato o durante su ejecución.

En la actualidad, la misma Corte Suprema de Justicia regresa a la posición inicialmente adoptada en 1980; en decisión del 9 de noviembre de 2017 realiza la siguiente crítica a la sentencia del año 2011, exponiendo:

- “(...) a pesar de la obiter dicta que pueda derivarse de la sentencia del 19 de octubre de 2011, al admitir la renuncia anticipada, y por tanto, pudiéndose inferir, al momento de la celebración, ya en la ejecución. Esto no significa, desconocer el carácter eminentemente dispositivo de la regla 1324 en su inciso 1° del Código de Comercio y de la estirpe patrimonial de la prestación allí prevista; simplemente, se trata de la persistencia en aquella doctrina, por su raigambre de probable (art. 4° de la ley 169 de 1896), bastión para la seguridad jurídica y confianza legítima; así como de observancia del principio de que nadie renuncia a un derecho o de un bien que no se ha incorporado en su haber; amén, de que el razonamiento de la sentencia del 19 de octubre no constituye una *ratio decidendi*, en el asunto juzgado para entonces, sino

de una argumentación persuasiva e incidental sin carácter vinculante con la *decisum*".

Concluye esta última decisión de la siguiente manera:

- *"(...) A propósito, desde 1980 esta Sala ha sostenido: '(...) 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 (...)"*⁹

Esta Sala, por supuesto, acata la última decisión adoptada por Nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia, en el entendido de que no se puede renunciar a un derecho o a un bien que no se tiene y esa renuncia solo es válida al final del vínculo contractual, amén de que la parte actora expresamente está haciendo esa reclamación, como lo exige dicha providencia, por lo que también es dable deducir que dicha renuncia nunca existió en la realidad.

Acerca de si existió o no pago anticipado de las cesantías a la "COMUNIDAD CELULAR S.A.-HOY EN LIQUIDACIÓN", que constituye el IV problema jurídico planteado, se hace necesario analizar el caudal probatorio recaudado, remitiéndonos, en primer lugar al "ANEXO A" de los contratos, el cual se encuentra visible a partir del folio 167 del cuaderno 1, referente al "plan de comisiones del Distribuidor", en donde se puede leer:

-*"(...) 1- Para los planes pospago,*

⁹ CSJ., Cas, Civil, sentencia SC18392-2017- 2011-00081, nov. 9/2017, Rad. 73001-31-03-004-2011-00081-01. MP Luis Armando Tolosa Villabona.

2- *Respecto de cada abonado*

.6- Dentro de los valores que recibe el Distribuidor-----

En segundo lugar, el inciso final de la cláusula 30 (folio 165 cuaderno 1) del contrato celebrado el 27 de Junio de 2006, es del siguiente tenor:

- *"(...)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 (...)"*.

Finalmente, se encuentran, entre otros, los testimonios de Elizabeth Arango Cifuentes- auxiliar contable de la sociedad demandante- y Oscar Arturo Rodríguez Gerente de Reporte y Consolidación de la parte demandada principal-, los cuales concuerdan en aceptar que hasta el año 2007 se expedía una sola factura por concepto de comisiones y a partir de aquella anualidad, se elaboraban dos (2) facturas: una correspondiente al 80% de comisiones y una por el 20% que constituían pago anticipado, acatando lo pactado en los documentos atrás citados, decisiones que fueron comunicadas por Comcel S.A. a Comunidad Celular, según documentos visibles a folios 328 a 450, y en el folio 491; y del folio 1065 a 1589.

Si bien es cierto que, como lo anota el procurador judicial de la sociedad "Comcel S.A.", nuestra Honorable Corte Suprema de Justicia admite la posibilidad de pactar el pago anticipado, entre otras sentencias la de fecha febrero 28 de 2005, expediente 7504, Magistrado Ponente Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo, la que fuera citada parcialmente, en lo que le favorece a este recurrente; no es menos cierto que en la misma providencia se expuso: RESALTA LA SALA

- *"(...) 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 la autonomía de la voluntad, que es abusiva o leonina, o que muy a pesar de lo pactado, claramente se***

burló - en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio. (...)"

Del estudio individual y conjunto de los medios de prueba se colige que en realidad no existió pago anticipado de la cesantía mercantil, en tanto y por cuanto ese porcentaje del 20% estaba afectando en verdad el monto total de las comisiones a que tenía derecho el agente pero disminuyéndolas, con lo que claramente se estaba burlando o evadiendo el pago de las cesantía comercial; contrario hubiese sido si el global de las comisiones a que tenía derecho el agente, se aumentase en un 20% por concepto de pago anticipado. En otras palabras, no era disminuyendo el monto de las comisiones, sino incrementando estas, en la medida que ese porcentaje adicional resultare igual o superior a la suma final adeudada por el concepto pretendido, lo que generaría el pago anticipado.

Colofón sobre este concreto punto resulta que esta censura no tiene vocación de prosperidad.

El siguiente tema a tratar es el que hace referencia al quinto problema jurídico planteado; esto es, si la cesantía comercial resultó extinguida por los acuerdos de transacción celebrados, durante la ejecución de los contratos, por las partes en conflicto.

Al respecto y como portal señalemos que la figura de la transacción debe ser estudiada desde dos ópticas; la primera, como contrato y la segunda, desde el punto de vista procesal; tal como lo indica el inciso 3° del artículo 312 del Código General del Proceso. En el anterior orden, al hacer una revisión rigurosa de los documentos en donde constan las actas de transacción, que se encuentran visibles a folios 1590 a 1616 del cuaderno 8 y folios 2216 a 2248 del cuaderno 11-se puede observar que quienes celebraron estos “convenios de transacción, conciliación y compensación de cuentas” tenían y tienen capacidad legal para obligarse, así mismo, sus consentimientos fueron otorgados libres de vicios que pudiesen afectar la validez y eficacia de los contratos, el objeto y su causa fueron lícitos; lo que nos permite concluir- desde el punto de vista contractual- que este acuerdo está ajustado a

derecho; y, en aras de la brevedad, esta Sala acoge los argumentos expuestos por la A quo en la sentencia que es objeto de impugnación, para concluir que la figura por la que optaron las partes enfrentadas fue en realidad un contrato de transacción, y no la de la conciliación ni la de la compensación.

Ahora bien, desde el punto de vista procesal, "no ha de perderse de vista que la doctrina ha precisado que el elemento distintivo de la transacción es la prevención de un litigio pendiente o precaver uno eventual, sin que las concesiones mutuas sean determinantes para su existencia(...)"- C.E. Sección Tercera, subsección B., Sentencia 2002-00945, marzo 3 de 2017, M.P. Ramiro Pazos Guerrero.

Adicionalmente debe de recordarse que, a la luz del inciso 3º del artículo 312 del Código General del Proceso, la transacción puede ser total o parcial, según cobije la totalidad de las cuestiones debatidas o solo una parte de ellas, y que, conforme el artículo 2469 del Código Civil, "No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa", como atinadamente lo rememoró la Juez de primer nivel.

Retornando a los documentos en donde constan los contratos de transacción celebrados periódicamente entre quienes los signaron, resulta palmario y evidente que esas transacciones fueron parciales, en tanto y por cuanto se restringieron o limitaron a las controversias sobre la liquidación y pago de comisiones por activaciones en planes de pospago, por legalización de kits prepago y demás prestaciones allí indicadas y por los períodos expresamente señalados en las mismas.

Es incuestionable que dichos contratos de transacción no comprenden las cesantías comerciales ahora reclamadas, primero, porque ese derecho ahora pretendido no había nacido para los momentos en que se suscribieron las actas de transacción y por lo mismo, no estaba en disputa y en segundo lugar, las cesantías mercantiles siempre fueron desconocidas por la pasiva que en todo momento consideró, en una conducta ambigua y ambivalente- por decir lo menos-, que estaba transando un contrato de distribución, en donde no existe esta prestación.

Las anteriores razones sirven de estribo para concluir que esta censura tampoco tiene vocación de triunfar.

Para culminar con los puntos específicos que motivaron la censura de la demandada, esta Colegiatura debe resolver el 6° problema jurídico formulado y que hace relación a determinar cuáles son los valores que se deben tener en cuenta para la liquidación de la cesantía comercial, pues en concepto del recurrente, solo deben considerarse los ingresos netos percibidos por la actora y no sus ingresos brutos.

Antes de sumergirnos en el fondo de esta cuestión, esta Superioridad considera de suma importancia hacer ciertas precisiones en relación con los dictámenes periciales practicados en este asunto; toda vez que en providencia del 22 de julio de 2019- radicado 170001-31-03-001-2019-00084-03, expuso, entre otras cosas, lo siguiente:

- "(...)-2. Que los jueces de la República [no solo los de la especialidad civil, sino también los de las otras especialidades], al apreciar un dictamen pericial, sobre las actividades consagradas en los artículos 4° y 5° del decreto reglamentario 556 de marzo 14 de 2014, y darle valor a tal experticia, estarían autorizando, facilitando, patrocinando y encubriendo el ejercicio ilegal de la valuación y quedarían sometidas a las sanciones consagradas en el artículo 10 de la ley 1673 de julio 19 de 2013 y demás normas concordantes.

-3. Que con el fin de evitar el encubrimiento del ejercicio ilegal de la profesión de evaluador, en lo sucesivo, tanto los abogados litigantes como los jueces de la República deberán constatar que el experto, cuando se trate de pericias sobre las actividades consagradas en los artículos 4° y 5° del decreto reglamentario 556 de 2014, se encuentra inscrito en el registro abierto evaluadores (RAA) y cumple con los demás requisitos que consagran las disposiciones a las que nos hemos referido. (...)"

No obstante lo acabado de afirmar, al examinar los dictámenes rendidos en el asunto que concita la atención de este Tribunal, se puede apreciar que la labor de

estos expertos se concentró en hacer un análisis de los estados financieros, determinar si la contabilidad estaba llevada conforme a las disposiciones propias de la materia y a cuantificar los ingresos recibidos por la demandante de parte de la demandada; lo anterior quiere decir que estos expertos no están sometidos a la obligación de inscribirse en el registro abierto de evaluadores (RAA) por estar excluidas de las categorías consagradas en el artículo 5° del Decreto 556 de 2014.

Adicionalmente, nótese que en realidad de verdad estos dictámenes no fueron objeto de críticas por ninguna de las partes, la A quo se apoyó en la experticia rendida por LINA MARÍA GIRALDO CARDONA, básicamente para cuantificar los valores recibidos por "COMUNIDAD CELULAR S.A.- HOY EN LIQUIDACIÓN" de parte de "COMUNICACIÓN CELULAR S.A.-COMCEL S.A." por concepto de "COMISIONES POR ACTIVACIÓN", "COMISIONES POR RESIDUAL, INCENTIVOS, PLAN COOP, BONIFICACIONES POR PERMANENCIA, OTRAS BONIFICACIONES POR RECAUDOS CPS, POR GASTOS DE FACTURACIÓN Y MARGEN DE UTILIDAD EN COLOCACIÓN DE KITS PREPAGO", en las zonas oriente y occidente, año a año y durante los períodos de ejecución de los contratos; obsérvese además, que los montos reportados por la experta tampoco fueron objeto de reproche alguno.

Es que la impugnación se concreta, como tuvimos oportunidad de manifestarlo previamente, a determinar si la liquidación de la cesantía se hace en consideración a los ingresos brutos, o como lo sostiene la censura, en consideración de los ingresos netos.

Sobre este tópico bástenos con remitirnos a lo dispuesto por el inciso primero del canon 1324 del estatuto mercantil cuando dice: "(...), y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una (RESALTA LA SALA) **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(...)**"

Resulta evidente que lo que se quiso fue tener en cuenta todos los ingresos recibidos por el agente de parte del empresario, independientemente del nombre

que se le diera a esa erogación del empresario, comisión, regalía o utilidad, es decir, los ingresos brutos; es que entre otras particularidades, el legislador no utilizó el vocablo “ingresos”, evento en el cual sí habría lugar a la discusión de si se refería a “los ingresos netos o a los ingresos brutos”; el vocablo “comisión” no tiene clasificación entre comisión neta o comisión bruta, la comisión es una sola y el despacho la entiende como la totalidad de ella, sin que fuese posible hacerle algún descuento o alguna deducción.

Así lo ha entendido nuestra Corte Suprema de Justicia cuando ha tenido oportunidad de manifestarse sobre el tema, siendo una de las últimas la consignada en la sentencia SC18392-2017, radicación 73001-31-03-004-2011-00081-01 del 9 de noviembre de 2017, con ponencia del Honorable Magistrado Luis Armando Tolosa Villabona, citada en extenso por la Juez de primera instancia; posición que permanece vigente y hasta la fecha no ha sufrido alteración alguna.

Para finalizar este punto específico, llama la atención de este Colegiado que a última hora, en los alegatos que recién fueron presentados a esta Superioridad, la parte demandada principal, se muestra inconforme porque se incluyeron “conceptos como el recaudo del CPS y el margen de ventas de Kits prepagos”, puesto que este punto en concreto no fue materia de discusión en la primera instancia, ni siquiera cuando la perito LINA MARÍA GIRALDO CARDONA, para cuantificar los valores recibidos por "COMUNIDAD CELULAR S.A.- HOY EN LIQUIDACIÓN" de parte de "COMUNICACIÓN CELULAR S.A.-COMCEL S.A." incluyó los siguientes conceptos: "COMISIONES POR ACTIVACIÓN", "COMISIONES POR RESIDUAL, INCENTIVOS, PLAN COOP, BONIFICACIONES POR PERMANENCIA, OTRAS BONIFICACIONES, **POR RECAUDOS CPS, POR GASTOS DE FACTURACIÓN Y MARGEN DE UTILIDAD EN COLOCACIÓN DE KITS PREPAGO**", en esa oportunidad el procurador judicial de la demandada guardo un elocuente silencio, hizo lo mismo al momento de la interposición del recurso, ahora, de manera sorpresiva, incluye esta inconformidad.

No obstante lo acabado de afirmar, esta Superioridad acoge lo dicho en el laudo arbitral MELTEC S.A. Vs COMCEL S.A., citado por el apoderado de la sociedad

actora principal, cuando se expuso:

- *“(...) En otras palabras, aunque en principio parecía esta una mera operación de venta para la reventa, que no encaja 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 (...).*

Colofón de lo esgrimido se tiene que este reclamo no tiene vocación de prosperidad y en consecuencia, la cesantía comercial, en este evento, se liquida como lo hizo la Juez A quo, con base en los ingresos brutos recibidos por la actora de parte de la pasiva.

Quiere decir lo anterior que, el total de la cesantía comercial para la zona oriente, por un período de 9 años y 24 días (desde el 27 de junio de 2006 hasta el 21 de julio de 2015) es de \$ 786.985.368 y para la zona occidental, por el mismo período, es de \$ 3.645.603.551; para un gran total de \$ 4.432.299.693.

Como ya se han resuelto todos los reclamos formulados por la demandada contra la sentencia de primer nivel, procede entonces la Sala a desatar el recurso de la demandante, inconformidad que se puede resumir en que la A quo se equivocó al no condenar a la sociedad "COMCEL S.A." a pagar los intereses mercantiles desde la fecha en que terminaron los contratos que vinculaban a las partes hoy en conflicto; esto es, a partir del 21 de julio de 2015; en su defecto a partir de la fecha en que se constituyó en mora a Comcel S.A.

Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o reconstitutivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación

debida, como consecuencia de aquel reconocimiento; la segunda, solo se dirige al reconocimiento judicial de la existencia o inexistencia de una relación jurídica, o a la constatación de un hecho jurídicamente importante; lo común de estas dos sentencias es que ambas reflejan la situación jurídica tal como ella es. En cambio, las sentencias constitutivas o modificativas, no solamente declaran lo que es, sino que constituyen algo nuevo, porque introducen una estructura nueva en la situación jurídica presente. Estas sentencias no son susceptibles de condena, porque no la necesitan. (Ver Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Auto del 25 de Julio de 1936. Gaceta Judicial, tomo XLIII, Nos 1911 y 1912)

La anterior clasificación resulta relevante para determinar el momento en que han de sufragarse los réditos que se reclaman, como ocurre en el asunto que estamos analizando, en donde, en primer lugar, se buscaba una declaración de un contrato y su incumplimiento, para posteriormente obtener una condena; dicho en forma diferente, el que se buscara la declaración de la existencia de un contrato, no indica que el vínculo, al momento de iniciarse la acción, no existiera, lo que se perseguía era su reconocimiento, y por lo mismo, sus efectos no nacen al momento de la sentencia, sino desde antes.

Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado:

- *“(..). El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser notificada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, “si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, “en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litiscontestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)”.*

Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2° del artículo 94 del Código General del Proceso.

Obviamente no habrá lugar a la indexación toda vez que, según reiterada y pacífica jurisprudencia, el reconocimiento de intereses mercantiles es incompatible con la indexación. (Ver entre otras: CSJ., Cas.Civil, Sent. Nov.19 de 2001, expediente 6094. M.P. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo).

Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria.

Así mismo la parte demandada principal será condenada al pago de las costas en esta instancia.

VII.- CONCLUSIÓN: LA DECISIÓN A ADOPTAR EN ESTA SEDE

Como corolario de lo expuesto, habrá de **CONFIRMARSE** el fallo confutado, con la modificación relacionada con los intereses moratorios y la indexación, según lo expuesto anteriormente.

Se **CONDENARÁ EN COSTAS** al demandado principal a favor de la actora principal

VIII. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **H. TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE MANIZALES, EN SALA DE DECISIÓN CIVIL - FAMILIA**, administrando justicia

en nombre de la República y por autoridad de la Ley, **CONFIRMA CON MODIFICACIÓN** la sentencia proferida el 30 de septiembre de 2019, por el **JUZGADO SEGUNDO CIVIL DEL CIRCUITO DE MANIZALES**; dentro del presente proceso **VERBAL DE RECLAMACIÓN DE CESANTÍA COMERCIAL** instaurado por la sociedad **COMUNIDAD CELULAR S.A.**”, en contra de **“COMUNICACIÓN CELULAR S.A.–COMCEL S.A.”**.

MODIFIQUESE EL NUMERAL DÉCIMO QUINTO de dicha sentencia, el cual quedará así:

“Condenar a **“COMUNICACIÓN CELULAR S.A.–COMCEL S.A.”** pagar en favor de **COMUNIDAD CELULAR S.A.”** el total de la cesantía comercial para la zona oriente, por un período de 9 años y 24 días (desde el 27 de junio de 2006 hasta el 21 de julio de 2015) es de \$ 786.985.368 y para la zona occidental, por el mismo período, es de \$ 3.645.603.551; para un gran total de \$ 4.432.299.693.

Sobre las anteriores sumas se reconocerán intereses moratorios a la tasa comercial, desde el 19 de diciembre de 2017 hasta la fecha presente esto es,

Se **CONDENA EN COSTAS** a la parte demandada principal a favor de la demandante principal.

NOTIFIQUESE Y CUMPLASE.

LOS MAGISTRADOS



RAMÓN ALFREDO CORREA OSPINA
MAGISTRADO PONENTE



SANDRA JAIDIVE FAJARDO ROMERO
MAGISTRADA



SOFY SORAYA MOSQUERA MOTOA
MAGISTRADA