

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA RV: 110013103023 2018 00767 01,
Demandante MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, Demandada COMCEL SA, Asunto:
Sustentación de la Apelación

Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C.
<secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Lun 20/11/2023 14:29

Para:2 GRUPO CIVIL <2grupocivil@cendoj.ramajudicial.gov.co>

📎 1 archivos adjuntos (15 MB)

2023 11 20, Multinegocios, Sustentación Apelación.pdf;

MEMORIAL PARA REGISTRAR DRA MARQUEZ BULLA

Cordial Saludo,

OSCAR FERNANDO CELIS FERREIRA
Secretario Sala Civil
Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá
Avenida Calle 24 N° 53-28 Torre C Oficina 305
Teléfono 423 33 90 Extensión 8349
Email: secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co

De: Camilo Argáez <zeabogadosargaez@gmail.com>

Enviado: lunes, 20 de noviembre de 2023 13:04

Para: Secretario 02 Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co>;
Secretaría Sala Civil Tribunal Superior - Bogotá - Bogotá D.C. <secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co>

Cc: alopez@lopezabogadoscol.com <alopez@lopezabogadoscol.com>; zeabogados@gmail.com <zeabogados@gmail.com>

Asunto: 110013103023 2018 00767 01, Demandante MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, Demandada COMCEL SA, Asunto:
Sustentación de la Apelación

Honorable
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL. SALA 003 DE DECISIÓN CIVIL.
secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co
Atención: H. Magistrada Clara Inés Márquez Bulla.
Bogotá D.C.

RADICACIÓN	110013103023 2018 00767 01
PROCESO	Declarativo. Verbal de Mayor Cuantía.
DEMANDANTE	MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA como miembro de la sociedad ZEAbogados SAS (antes ZEAbogados Dos SAS), sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, a través del presente mensaje de datos y del memorial que se acompaña firmado en PDF, sustento el recurso de apelación interpuesto por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 28 DE SEPTIEMBRE DE 2023, solicitando que la misma sea revocada en su integridad y se proceda a declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda y la prosperidad de las excepciones de mérito formuladas frente a la Demanda de Reconvención, en los términos de la sustentación que se adjunta a la presente.

Respetuosamente,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Camilo B', with a large, stylized circular flourish at the end.

CAMILO ARGAEZ CASALLAS
T.P. 218.319 del C. S. de la J.

ANEXO: Sustentación de Apelación de MULTINEGOCIOS firmada en PDF.

Honorable

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C.

SALA CIVIL. SALA 003 DE DECISIÓN CIVIL.

secsctribsupbta2@cendoj.ramajudicial.gov.co; secsctribsupbta@cendoj.ramajudicial.gov.co

Atención: H. Magistrada Clara Inés Márquez Bulla.

Bogotá D.C.

DATOS DEL PROCESO	
RADICACIÓN	110013103023 2018 00767 01
PROCESO	Declarativo. Verbal de Mayor Cuantía.
DEMANDANTE	MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA
DEMANDADA	COMCEL S.A.
ASUNTO	ART. 12 DE LA LEY 2213 DE 2022: Sustentación escrita del recurso de apelación interpuesto en contra de la sentencia de primera instancia.

CAMILO ARGÁEZ CASALLAS, mayor de edad, domiciliado en Bogotá D.C., identificado con la cédula de ciudadanía número 79.804.175 y con la tarjeta profesional de abogado número 218.319 del C. S. de la J., actuando en mi condición de apoderado judicial de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA como miembro de la sociedad ZEAbogados SAS (antes ZEAbogados Dos SAS), sociedad prestadora de servicios jurídicos a la cual se le confirió el poder especial por parte de la demandante, dentro del término legal, con fundamento en el ART. 12 de la Ley de 2213 de 2022, sustento el recurso de apelación interpuesto por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA en contra de la sentencia de primera instancia dictada el 28 DE SEPTIEMBRE DE 2023, solicitando que la misma sea revocada en su integridad y se proceda a declarar la prosperidad de las pretensiones de la demanda y la prosperidad de las excepciones de mérito formuladas frente a la Reconvención, en los términos de la presente sustentación:

GLOSARIO

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

CONCEPTO	ABREVIATURA
MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA	LA DEMANDANTE
COMCEL S.A.	COMCEL
Contrato Sub Índice denominado de Voz celebrado el 23 de septiembre de 2010 entre COMCEL y LA DEMANDANTE	CONTRATO
Dictamen elaborado por Jega Accounting House Ltda	DICTAMEN
Sentencia de primera instancia dictada en el proceso	SENTENCIA

INTROITO

Antes de dar inicio a la sustentación, en estricto sentido, de este recurso de apelación, son puestos de presente de manera brevísima, algunos hechos que más de allá de estar ampliamente probados en el expediente, como se verá, son hechos dicientes que mueven e instigan, tanto la reflexión como la intuición, y que cualquiera que pretenda *juiciosamente* iniciar de manera objetiva el camino de su *juicio* integral, encontrará en ellos un foco inicial y un atisbo de inspiración:

1. Hasta la fecha y por el curso de más de 15 años, de manera uniforme todos los Tribunales de Arbitramento, más de 30, que analizaron y definieron la naturaleza jurídica de contratos idénticos al Contrato que es objeto de la presente controversia (suscritos por Comcel con los miembros de su red de intermediarios: agentes/distribuidores), concluyeron, sin excepción, que estos contratos eran de agencia comercial.
2. La integridad de esos Tribunales de Arbitramento coincidió en que Comcel, en un franco abuso de su posición de dominio contractual y como predisponente de estos contratos, buscó a través de diversos mecanismos jurídicos, encubrir y eludir las consecuencias económicas derivadas de su naturaleza de agencia comercial, entre otras estrategias veladoras: por medio de su nominación como contratos de distribución, incluyendo cláusulas meramente declarativas que excluyeran y negaran la existencia de una agencia comercial, simulando pagos anticipados de la Prestación

Mercantil, obligando a renunciaciones anticipadas de estos derechos, consagrando cláusulas eximentes de su responsabilidad y suscribiendo periódicamente actas, llamadas de transacción, con renunciaciones previas a la Prestación Mercantil. Tantísimas y tamañas búsquedas afanosas por parte de Comcel en sus textos y demás documentos contractuales para acceder, a cómo diese lugar, a la evasión de la agencia comercial y a la exención del pago de la Prestación Mercantil en favor de aquellos que según sus informes anuales se ubican como el principal de sus costos: los miembros de su red de intermediarios (más de 200 empresarios), son pistas que alertan la atención con incisión, por haber sido y seguir siendo, según el más indulgente de los calificativos, hechos sumamente indiciarios.

3. Aunque es menester probar los diferentes elementos de la esencia del contrato de agencia comercial para declarar su existencia, cómo se hará, lo cierto, según acontece habitualmente en estos procesos, es que la medula del litigio y el problema jurídico central se circunscriban a determinar la presencia del elemento de la actuación por cuenta del empresario agenciado. Es allí en donde radica, casi siempre, lo fundamental en estos procesos. Así mismo se repite en el pleito que acá nos ocupa, porque los demás elementos esenciales no serían puestos en mayor tela de juicio por cualquiera que haya efectuado al menos una somera aproximación a las pruebas del expediente, toda vez que emergen probados con evidencias y evidentemente: La estabilidad y permanencia del vínculo contractual, la independencia del agente y la zona prefijada, entre otras pruebas, fueron confesados por Comcel (hechos 39, 40, 41, 44, 57 y 58 de su contestación), el encargo de promover y/o explotar del negocio de Comcel, entre otras pruebas, constan en el texto contractual (el de promoción explícito en las Cláusulas 3, 7.2., 7.17, 17 y los numerales 1.1. y 2 del Anexo C del Contrato y el de explotación, explícito en las Cláusulas 3, 1.13, 7.2., 7.3., 7.4., 7.6., 7.8., 17 del Contrato).
4. Así pues, el tópico central, una vez más, se subsume en definir si los empresarios independientes, miembros de la red de Comcel, entre ellos la DEMANDANTE, actuaban por cuenta de Comcel o actuaban por cuenta propia, al realizar en las zonas que les fueron asignadas, las actividades de promoción y explotación de productos y servicios convenidas y encargadas en ejecución del Contrato.

Entrados en ese análisis, si se concluye, como debe hacerse, que estos contratos tenían por savia y objeto nuclear y vital: promocionar y comercializar con destino a los clientes, *servicios* de telefonía móvil celular de Comcel, tanto en la modalidad de planes de telefonía pospago como en la modalidad de planes de telefonía prepago, deberá empezar a deducirse y dilucidarse que la actuación de la DEMANDANTE y de los demás miembros de la red necesariamente era una actuación por cuenta de Comcel, porque es ésta compañía la concesionaria del servicio de telefonía móvil celular y no la DEMANDANTE, la cual, por imposibilidad jurídica y operativa carece de derecho, facultad y potestad para actuar por su propia cuenta y en su nombre propio en la comercialización de dicho servicio de telefonía móvil celular concesionado a Comcel por el Estado.

Si a lo anterior, se aúna, por una parte, que los principales beneficios derivados de la ejecución de esas actividades de promoción y explotación encomendadas a la DEMANDANTE, fueron beneficios para Comcel, entre ellos, todos los clientes, todos los ingresos derivados de las ventas y el posicionamiento de su marca “Comcel” (luego denominada “Claro”) y, por otra parte, que los principales riesgos aparejados a esas actividades de promoción y explotación, fueron asumidos por Comcel, especialmente los riesgos de cartera, de mercado y operativos, será lógico y razonable engrosar la tesis según la cual no podría dejarse de concluir que la actuación de la DEMANDANTE en ejecución del Contrato no fue una actuación por cuenta propia sino una actuación por cuenta de Comcel.

Ahora bien, respecto de la comercialización de los teléfonos de Comcel desarrollada en ejecución del Contrato, tal y como será expuesto a profundidad y en extensión en la presente sustentación, la verdad radica en que la comercialización de dichos teléfonos fue ejecutada siempre por la DEMANDANTE: (i) a cambio de una remuneración pagada por Comcel (no por terceros) y no a la inversa (por la DEMANDANTE a Comcel); (ii) necesariamente y obligatoriamente atada a la venta del servicio de telefonía móvil celular de Comcel, puesto que el objeto principal del negocio era vender planes de telefonía o como dirían los funcionarios de Comcel “vender tiempo al aire” a los clientes, siendo el teléfono un mero canal, medio o mecanismo para prestar ese servicio; (iii) A través de la suscripción por los clientes de Comcel, según las instrucciones y documentos de esta compañía, de contratos de compraventa de dichos equipos, que la DEMANDANTE

debía hacer firmar a los clientes que adquiría los teléfonos con el servicio de telefonía móvil aparejado; contrato de compraventa respecto del cual la DEMANDANTE nunca actuaba por cuenta propia, sino por cuenta de Comcel, quien le remitía, a través de las Circulares obrantes en el expediente, los modelos de contrato de compraventa, los pagarés aparejados a los mismos y las instrucciones para, en calidad de intermediarios y mandatarios, hacerlos firmar por los clientes (Circulares exhibidas por Comcel: Circular 2014-GSDI01D-S067737-1 de marzo 7 de 2014; Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014; Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014; Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015; Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017; Circular 2016-GSDI01-S032327-1 de febrero 5 de 2016).

La DEMANDANTE, entonces, respecto de la compraventa de los equipos, al igual que respecto de la comercialización de los servicios de telefonía móvil, siempre fue un simple intermediario, mandatario y agente de Comcel que, bajo la marca de Comcel y para su posicionamiento, captaba clientes para esa compañía, aperturándole ese respectivo mercado, mediante la promoción y explotación, por cuenta y en nombre de COMCEL, de su portafolio de servicios y productos.

5. Finalmente, refiramos un hecho que a primera medida parecería anecdótico, pero que en su fondo alberga una realidad. Hoy día, cualquier persona que transite por una avenida comercial o un Centro Comercial, se encontrará con establecimientos de color rojo con la marca CLARO y su imagen corporativa (antes COMCEL) que en una de sus esquinas inferiores indican “Agente Comercial”. ¿Explicación?

Para enero de 2018, momento en el que ya habían sido emitido más de veinte (20) de los Laudos dictados por los referidos Tribunales de Arbitramento, en los cuales sin excepción se condenó a Comcel a pagar los miembros de su red de intermediarios la Prestación Mercantil del Artículo 1324 del C.CO, Comcel decidió dejar la suscribir el modelo contractual nominado de “Distribución”, el cual se identifica con el Contrato que es objeto de la presente controversia y empezó a suscribir con dichos mismos empresarios, contratos a los cuales denominó y reconoció de forma expresa como contratos de agencia comercial. Aquellos empresarios de la red de Comcel que antes se denominaban “Distribuidores” pasaron a llamarse “Agentes Comerciales”, suscribiendo un contrato que, ahora sí, de forma expresa reconocía su naturaleza como de agencia comercial. Estos hechos,

por más justificaciones de Comcel que les sean aparejadas, llaman poderosamente la atención y aunque en ellos no se encuentra la prueba de la existencia de la agencia comercial en el presente caso (esa prueba consta en el copioso material probatorio obrante en el expediente), ciertamente son hechos que se topan bruscamente con el entendimiento y llaman poderosamente a su atención, más aún, cuando en el presente proceso, los funcionarios y empleados de Comcel, han declarado y confirmado que aquellos miembros de la red de intermediarios de Comcel que antes se denominaban “distribuidores” y que partir de 2018 empezaron a denominarse, de forma expresa y sin velaciones, agentes comerciales, han continuado desarrollando y cumpliendo idénticas labores y encargos a los que desarrollaban y cumplían cuando estaban vinculados bajo contratos titulados de “Distribución”, idénticos al que es objeto del presente proceso:

Testimonio rendido por María del Pilar Suarez Directora Capacitaciones Universidad Claro de COMCEL	
[JUEZ]: Indíquenos por favor si esas capacitaciones que usted está diciendo imparte Comcel <u>con una periodicidad mensual a los distribuidores es la misma que se les brinda a los agentes comerciales que pueden estar vinculados con Comcel S.A.</u>	[TESTIGO_MARIA_DEL_PILAR_SUÁREZ]: Pues lo que yo tengo conocimiento, <u>sí es lo mismo. Para mí son distribuidores y pues fue digamos todo lo que manejamos siempre, pero es la misma capacitación para todos.</u>

Testimonio rendido por Alejandro Enrique Beltrán Coordinador de Centro de Pagos y Servicios (CPS) de COMCEL	
[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: Doctor Alejandro, usted sabe si después de que, después del 2018, o en el mismo 2018, y con posterioridad al 2018, estas labores de recaudo las siguen efectuando los actuales miembros de la red de Comcel. ¿Siguen dándose estas labores de recaudo y este funcionamiento de CPS?	[TESTIGO_ALEJANDRO_BELTRÁN]: Sí señor, hoy en día se sigue dando ese servicio.
[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: ¿Y es prácticamente <u>lo mismo que hacía MULTINEGOCIOS?</u>	[TESTIGO_ALEJANDRO_BELTRÁN]: <u>Sí señor.</u>

[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: Y yo le pregunto, doctor Alejandro, ¿usted sabe si esas labores de recaudo hoy día las desarrollan unos empresarios a los cuales Comcel denomina agentes comerciales?	[TESTIGO_ALEJANDRO_BELTRÁN]: Pues hoy en día pues yo lo que manejo es el proceso de recaudo como tal y <u>más allá del tema del nombre como lo llamen o se llame hoy en día, para mí el proceso es el mismo</u> a nivel de recaudo, el mismo control que yo ejerzo desde hace varios años, tengo que ejercerlo hoy en día, el mismo tipo de, digamos que de visitas en ese sentido se debe hacer, <u>independientemente del nombre que tenga</u>, es básicamente lo que yo tengo hoy en día.
---	---

Testimonio rendido por Andrés Francisco Martínez Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Andrés Francisco quiero comenzar mis preguntas por una de tus últimas respuestas al despacho, nos dices que hoy día ya hay un canal denominado de agentes comerciales en COMCEL, yo te pregunto ¿a partir de cuando existe ese canal de agentes comerciales en COMCEL aproximadamente?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues no te podría tener, así como una cifra como una fecha muy segura, pero yo creo que estuvo más o menos por el año 2018 diría yo, pero no puedo asegurarlo.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: ¿Tú sabes si los que hacían parte de eso que tú denominas antes de 2018 miembros del canal de distribuidores, pasaron a ser parte en buena medida de ese canal de agentes comerciales a partir 2018?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues hay algunos que cambiaron un contrato efectivamente, porque lo que se hizo fue como unificar a un nuevo contrato todos los productos de la compañía, entonces unos <u>que eran del canal de distribución pasaron a ser del nuevo canal de agentes comerciales</u>.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Es decir que a esos <u>que pasaron del canal de distribuidores al canal de agente comercial a partir de 2018 hoy día ustedes internamente para el pago de comisiones les pagan</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Con las condiciones que hay vigentes, si señor,</u> para el canal de agentes comerciales se les paga como agentes hoy en día.

<u>comisiones en calidad de agentes comerciales.</u>	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, gracias, Andrés Francisco, respecto de ese nuevo canal de agentes, que te pregunto <u>¿a ellos también se les paga en temas de planes postpago en telefonía móvil celular la Comisión por activación?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Si</u> , hoy separan postpago la del mes 1, 2, 3 y 6 que explicaba por ejemplo con los diferentes aceleradores y demás.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>¿Y a esos agentes también se le sigue pagando la denominada Comisión por residual en el caso postpago?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Si señor</u> , recibe un pago por residual.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Y a esos en el nuevo canal de agentes <u>¿se les paga también en el caso de prepago la Comisión denominada por legalización del Kit o de la Sim Card?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Si señor</u> .
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>¿Y a esos agentes se les paga hoy también la denominada Comisión por buena venta? En caso de prepago.</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Hay una buena venta ahora que también funciona para ellos.</u>
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>Y a esos que hoy en día se denominan agentes ¿también les paga la Comisión denominada por transacción recaudo en CPS?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Si señor</u> , se están cambiando condiciones como le digo todo el tiempo, pero sí, hay algunas que sí.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>Y a esos que hoy en día se denominan agentes ¿también le pagan la denominada Comisión por plan COOP?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>El incentivo que es la bolsa sí señor, hay un plan COOP.</u>
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>Y el procedimiento de liquidación y pago de las comisiones a esos que hoy día se denominan agentes ¿es ese mismo procedimiento que tú nos referiste que se seguía respecto de los distribuidores? El procedimiento de liquidación, pago, etcétera.</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Básicamente sí,(...)</u>

SUSTENTACIÓN DEL RECURSO DE APELACIÓN

A continuación, se sustentarán de manera especial los reparos que fueron propuestos por LA DEMANDANTE en sede ordinaria de Apelación ante el Juez A quo.

1. GRUPO DE REPAROS relativos a la naturaleza jurídica del CONTRATO:

En la presente Sección 1 son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los siguientes errores al estudiar y definir el problema jurídico sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO:

- Yerro de la SENTENCIA al no concluir probados en el CONTRATO todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.
- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que la voluntad de las Partes, expresada en su texto contractual y en su ejecución, fue perfeccionar un contrato de distribución y no de agencia comercial. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

En cuanto a las inconformidades clausulares del contrato, mírese que estas se abrieron paso con esta demanda, pues no logró demostrar la demandante que antes de mayo de 2018, hubiere elevado petición o reclamo ante la sociedad demandada, a efectos de modificar el tipo contractual suscrito o alguna de las cláusulas dispuestas en el contrato báculo de acción, información que además fue corroborada por este despacho con los distintos interrogatorios y testimonios recaudados, pues ninguno de los citados logró justificar y acreditar, aunque fuese sumariamente, que las inconformidades objeto de esta demanda se hubieren planteado a Comcel antes de 2018.

(PÁGINA 64 - SENTENCIA)

Todo ese análisis conglomerado de las pruebas vertidas al instructivo, bajo el tamiz de la sana crítica, permite concluir que MULTINEGOCIOS no dio muestras de que hubiere ejecutado un contrato distinto al que suscribió, pues solo a partir de mayo 16 de 2018, después que decidió culminar su relación contractual con COMCEL, fue que lo empezó a calificar como de agencia,

(PÁGINA 64 - SENTENCIA)

Otro aspecto que llama la atención del despacho es que, escudriñados todos los documentos aportados por los extremos procesales (*el contrato con sus anexos de la A al G y otros sis, contrato de transacción y compensación de cuentas y carta de terminación de contrato*), en ninguno se denomina MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA como agente comercial; adicional a ello, véase que hasta el último momento de su relación contractual con COMCEL, MULTINEGOCIOS no se denominó como agente comercial, tal como se denota a continuación por lo que no existe documento que indique que antes de mayo de 2018 su relación comercial fuera más que la de distribución:

Todo ello lo que pone en evidencia, es que la manera como asumió, entendió y ejecuto MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA el contrato de marras, es que era un DISTRIBUIDOR, tal como se estipuló en los textos del acto negocial y otros si, además se itera, que durante su ejecución en tales condiciones no solo no reclamó por que se le denominara así, si no que la misma entidad así se calificaba y llamaba a quienes contrataba o vinculaba a su red, amén de que en esa calidad y condiciones contractuales, mientras obtuvo ganancias y beneficios, consideró que todo estuvo bien y solo al final, fue que empezaron sus molestias con el calificativo y la forma de aplicar el clausulado contractual, lo que no puede ser de buen recibo en sede judicial por el respeto que a la autonomía y a la relatividad contratos, se le debe prodigar, tal como lo pregona el artículo 1602 del código Civil.

Es decir, dentro del conglomerado documental adosado al plenario no hay una sola prueba documental que dé a conocer que en algún momento antes de 2018, se estuviese ejecutando en conciencia de los extremos procesales, un contrato de agencia comercial; información además corroborada con cada uno de los testimonios e interrogatorios aquí rendidos, los que **coinciden en resaltar que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA se quejó con COMCEL en el año 2018, cuando se terminó el contrato.**

(PÁGINAS 67 Y 68 - SENTENCIA)

Todo lo anterior, lo que nos permite tener por demostrado, es que la denominación de distribuidor que se le dio a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA en el contrato objeto de la presente controversia, no solo la asumió para ejecutarlo, sino que además así todo su círculo lo reconoce; por todo ello, fuerza concluir que en realidad lo que se ejecutó entre las partes a raíz de la suscripción del contrato objeto de esta disputa, no tuvo los alcances y efectos de una agencia comercial, máxime si en cuenta se tiene que si bien Comcel SA elaboró y redactó el contrato base de la presente acción, lo que no puede afirmarse es que forzó a Multinegocios a suscribirlo, pues esta dio su aquiescencia a tal texto, por cuanto el resto de las pruebas permiten verificar que ésta tuvo la oportunidad de abstenerse de firmarlo, pues no demostró de que hubiera mediado fuerza como vicio de su voluntad para tal fin.

(PÁGINA 69 - SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que fue válida y no nula o ineficaz la renuncia de las partes a la existencia de este tipo de contrato consagrada en su Cláusula 4. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

Precisando a continuación, en la cláusula 4, que *"el presente contrato es de distribución. // Nada en este contrato se interpretara ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de*

(PÁGINA 62 - SENTENCIA)

Ahora, véase que si bien es cierto que en términos del artículo 904 el código mercantil colombiano, *"El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato."*, debe destacarse que los supuestos fácticos necesarios para aplicar los efectos que esa norma prevé, son que, en principio, haya lugar a declarar la nulidad del contrato de que se trate, en los términos ya vistos, vale decir, en los que consagran los artículos 899 ó 900 de la misma obra normativa, y en segundo término, que ese contrato diferente, esté debidamente configurado en cuanto a sus elementos esenciales y formales, lo que a su vez, exigiría que auscultada la teleología perseguida por las partes, haya lugar a suponer que si éstas hubieran conocido el motivo de nulidad en que incurrieron al celebrar el contrato, habrían querido celebrar el otro, lo que a todas luces no se puede pregonar en el presente evento, dado que, como ya se analizó, EL CONTRATO base de esta disputa no está maculado por ninguna de las causales enlistadas en los artículos 899 y 900, amén de que, el caudal probatorio que nutre este expediente conduce a concluir que lo que ambas partes ejecutaron, fue el contrato que suscribieron, y no otro.

(PÁGINA 55 SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar la presencia de una compra para reventa en los denominados KITS PREPAGO y la consecuente actuación de LA DEMANDANTE por cuenta propia. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

Por consiguiente, el DISTRIBUIDOR se obliga con COMCEL a comercializar el servicio objeto del presente contrato por su propia cuenta, lo que permite concluir que entre los extremos en litigio, no existió un contrato de agencia comercial, debido a que la sola adquisición de productos para su posterior reventa hacía que el demandante actuara como su propietario y, a su vez procuraba actuar en nombre propio y no por cuenta de un tercero o empresario, debido a que mediante la suscripción de los acuerdos ya referidos, se obligó a adquirir los productos de la demandada, para cancelarlos en un plazo determinado, contando con la capacitación (en el cuerpo contractual y aceptado por quien en su momento creó la empresa), publicidad y coordinación del productor que le fue otorgada para el cumplimiento de su labor; situaciones que resultan contrarias a los requisitos señalados en el artículo 1317 del código de Comercio.

(PÁGINA 64 SENTENCIA)

v) La actuación del agente por cuenta del empresario, acerca de lo que resulta pertinente considerar que cuando se trate de agente, éste debe adelantar cada una de sus actuaciones poniendo de presente que lo hace por cuenta y riesgo del empresario, y en esa medida es una modalidad de mandato; y en este caso queda descartado que ello hubiere acaecido porque las pruebas no llevan a tal conclusión, por el contrario, se acreditó que la aquí actora, adquiría la propiedad de los equipos vendidos y si bien, a la terminación de la relación comercial entre los aquí contendientes, los usuarios pudieron continuar su relación contractual con Comcel S.A., ello no está fehacientemente demostrado, sobre todo si en cuenta se tiene que los

(PÁGINAS 70 Y 71 SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que LA DEMANDANTE promocionaba su propia marca y no el negocio de COMCEL. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

iii) El encargo de promover y explotar negocios, gestión concebida como la finalidad del contrato, en tanto que la labor del agente es preparar negocios -y en ello consiste la promoción, y concluirlo o perfeccionarlo, que es la tarea de explotación, y en torno a este acápite, lo que se extrae de los instrumentos suasorios que abarrotan este expediente, es que el despliegue de gestiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, no fue solo para posicionar la marca COMCEL SA en venta de servicios y productos relacionados con telefonía móvil en las zonas dispuestas, sino que como lo indicó en su momento en el genitor, Multinegocios lo vio más como una oportunidad comercial, influenciado por otras personas que manejaban el cambio de las telecomunicaciones, pero siempre desde la perspectiva de DISTRIBUIDOR y para lucro y beneficio propios, y que además, en cada una de las promociones no solo estaba el logo de COMCEL sino también la marca de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA en las proporciones contractuales pactadas, lo que pone al descubierto que ese elemento acá no se configuró.

(PAGINA 69 SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por considerar que a LA DEMANDANTE no le fue prefijada una zona territorial. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

Ahora en lo que atañe al factor territorial de ejecución contractual, se evidencia que el contrato no determinó el área donde debía desarrollarse su objeto, pero si se establecieron las pautas en el anexo D para la apertura de centros de venta y localización autorizada del distribuidor, en donde se enfoca dicho documento, de que cada punto o centro de venta del DISTRIBUIDOR, deberá ser previamente autorizado por COMCEL, resaltándose de las documentales anexas con la demanda, testimonios y declaraciones vertidos en la fase instructiva, que se crearon puntos en esta ciudad (*ver certificados de existencia y representación legal con sus establecimientos de comercio – todos en Bogotá - CD*).

(PÁGINA 64 SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial por no haberse inscrito en el registro mercantil. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

A más de los anteriores, no puede perderse de vista que para que un contrato pueda catalogarse como de agencia mercantil, debe contener: la ESPECIFICACION DE LOS PODERES O FACULTADES DEL AGENTE, EL TIEMPO DE DURACION Y SER INSCRITO EN EL REGISTRO MERCANTIL (*ART. 1320 Ib.*) y sobre estos particulares aspectos, vemos que, si bien los dos primeros están presentes, no acaece así con el ateniendo al registro.

(PÁGINA 57 SENTENCIA)

- Yerro de la SENTENCIA al negar que el CONTRATO fue un contrato de agencia comercial como consecuencia de la aplicación de la teoría de los actos propios y la confianza legítima. Al respecto la SENTENCIA en su parte motiva señaló lo siguiente:

Acorde con lo que viene de analizarse, fuerza concluir que tiene razón la empresa demandada cuando alega que al presentar esta acción, Multinegocios está actuado en contra de sus propios actos, dado que aun cuando ejecutó el contrato de marras como se estipuló, sin plantearle reparos concretos durante todo el tiempo que se mantuvo ejecutándolo y percibiendo los beneficios que de ellos derivó y le reconoció su contratante, son circunstancias que motivan a declarar también exitosa la excepción que Comcel llamó VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NON VALET, porque acceder a las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA, traduciría en desconocer el principio de la buena fe que según lo prevé el artículo 871 del código de Comercio, debe irrigar a todo contrato, es por ello que se negarán todas las pretensiones de la demanda.

(PÁGINA 72 SENTENCIA)

Como consecuencia de los mencionados yerros de la SENTENCIA al decidir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO, el fallo en su parte resolutive decidió lo siguiente:

PARTE RESOLUTIVA DE LA SENTENCIA

RESUELVE

PRIMERO: Declarar prósperas las excepciones “AUSENCIA DE ABUSO DE DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIO DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.// INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y // VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, propuestas por COMCEL en contra de las pretensiones enarboladas por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación comercial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

A continuación, son sustentadas las razones por las cuales la SENTENCIA incurrió en los yerros que han sido expuestos decidir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO.

1.1. SE PROBÓ QUE EL CONTRATO INCORPORA TODOS Y CADA UNO DE LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL Y QUE LA VOLUNTAD DE LAS PARTES FUE SUSCRIBIR UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

1.1.1. Pruebas que no fueron tenidas en cuenta en la SENTENCIA para definir el problema jurídico sobre la naturaleza del CONTRATO y de las cuales se concluye que el CONTRATO incorpora todos los elementos de la esencia del contrato de agencia comercial.

1.1.1.1. COMCEL fue la parte que extendió y predispuso el CONTRATO.

a) Pruebas Documentales:

✓ Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

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

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

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

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

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

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

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

b) Confesión de COMCEL:

En los hechos 30 y 31 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

30. El 2 de octubre de 1998, COMCEL y OCCEL S.A. suscribieron un acuerdo de administración, retroactivo al 1º de julio de 1998. En virtud de este acuerdo, COMCEL, desde julio 1º de 1998 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, manejó los negocio de OCCEL S.A.

Demanda Reformada. Pág. 33

31. El 12 de febrero de 2003, COMCEL adquirió el 93.37% de las acciones de CELCARIBE. Al respecto, en el informe anual de COMCEL del año 2002 se lee: (...)

Demanda Reformada. Pág. 33

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que estos hechos son ciertos; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 24

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

c) Pruebas documentales:

- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós y dos (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 1994 y 2007. Al comparar estos veintidós y dos (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están

los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.

- ✓ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco (5) contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

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

- ✓ Prueba - Exhibición de modelos contractuales por parte COMCEL: Al momento de la exhibición de documentos ordenada en el decreto de pruebas, COMCEL de forma digital en la carpeta denominada “Contratos” exhibió 37 contratos suscritos con su red de agentes distribuidores los cuales coinciden y se identifican en sus textos con los modelos contractuales aportados con la demanda reformada referidos en los párrafos anteriores.

VER Prueba Exhibición COMCEL – Puntos 1 y 6 Modelos contractuales

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL, para unificar y replicar su modelo de negocio en las tres áreas (oriental, occidental y costa), organizó para OCCEL y CELCARIBE sendas redes de agentes/distribuidores, para lo cual utilizó el mismo modelo contractual que COMCEL extendió para su propia red de agentes/distribuidores: de esta forma, las redes de agentes/distribuidores de los tres concesionarios empezaron a operar de manera uniforme, estandarizada y coordinada, todas ellas bajo el control administrativo y operativo de COMCEL, y todas ellas bajo el mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5)**, cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.

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

VER Prueba No. 4 aportada con la Demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Ocel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., antes de ser absorbidas por COMCEL, empezaron a utilizar, para sus propias red de agentes/distribuidores, el “modelo” contractual que COMCEL diseñó para sí misma. (iii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicio de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (v) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL.

1.1.1.2. LA DEMANDANTE se adhirió al modelo contractual confeccionado por COMCEL.

a) Prueba Documental:

Cláusulas del CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) Al comparar el CONTRATO que LA DEMANDANTE suscribió, con los contratos que COMCEL, Ocel y Celcaribe suscribieron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se corrobora que todos estos contratos corresponden al mismo modelo contractual que COMCEL confeccionó y extendió originalmente para sí misma. LA DEMANDANTE, entonces, se adhirió al reglamento contractual que COMCEL confeccionó y extendió. (ii) Todos estos contratos comparten los textos de las cláusulas **4, 5.3, 15, 17.2, 17.4, 30, Anexo A (Núm. 6) y Anexo C (Núm. 5)**, cláusulas en las cuales COMCEL, como predisponente del modelo contractual, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial.

b) Testimonios:

Testimonio de Evelio Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: <i>(luego de poner de presente y exhibir el Contrato al testigo se le pregunta)</i> Mi primera pregunta Dr. Evelio es su Usted conoce este Contrato o a tenido la posibilidad de revisarlo y de leerlo.	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: Si yo conozco <u>el modelo</u> .
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Dr. Evelio, yo le pregunto este texto contractual que suscribió MULTINEGOCIOS con COMCEL se identifica con los textos contractuales de los contratos de voz que normalmente suscribía COMCEL con esos miembros de su red a los cuales COMCEL DENOMINABA DISTRIBUIDORES, es el mismo contrato?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: Me tendría que dejar ver el objeto del Contrato.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Claro que sí, ya se lo permito, el objeto del Contrato está en la cláusula 3 (...)	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: <u>Si, ese es el Contrato de Voz.</u>
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Mi pregunta Dr. Evelio es si este texto contractual que firmó MULTINEGOCIOS se identifica y es igual con los demás textos contractuales que firmaba COMCEL con los demás miembros de su red que denominaba distribuidores.	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: <u>Es el Contrato de Voz.</u> No le podría asegurar que es el mismo para todos. <u>Pero si es el contrato de voz.</u>
(...)	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Quién de las dos partes elabora y redacta este Contrato?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: Este Contrato lo remite COMCEL a los distribuidores aspirantes que en su momento estaban en el proceso de vinculación.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Que pana Dr. Evelio, yo le pregunte ¿Quién redacta, quien lo elabora?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: <u>Si es COMCEL.</u>
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Una vez que COMCEL elabora el contrato y se lo remite a MULTINEGOCIOS este clausulado que le remitió COMCEL a MULTINEGOCIOS es modificable?, ¿cualquier cláusula del Contrato es modificable?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: Si puede modificar. <u>Mas que modificar puede hacer observaciones</u> al Contrato y se hacía la evaluación de esas observaciones, <u>sino había observaciones evidentemente el tercero procedía a la firma.</u>

[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Si MULTINEGOCIOS hacía observaciones esas observaciones son atendidas? ¿el contrato se modifica?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: Pues depende de la observación que estuviese haciendo al contrato.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Entonces yo le quiero hacer algunas preguntas sobre cláusulas específicas, en su experiencia en todos estos años como abogado de contratos de COMCEL. Le pongo de presente la cláusula 4, dice "<i>Naturaleza y Relaciones entre las Partes</i>" (...) "<i>nada en este contrato se interpretará o constituirá agencia comercial entenderá agencia comercial que las Partes específicamente excluyen</i>" (...) ¿esta cláusula si se hace alguna observación por parte de MULTINEGOCIOS o por cualquiera de los miembros de la red es modificable?	[TESTIGO_EVELIO_AREVALO_DUQUE]: <u>No, no es modificable</u> (...).

1.1.1.3. LA DEMANDANTE y COMCEL son comerciantes.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 37 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

37. COMCEL, en consecuencia, es comerciante.
Demanda Reformada. Pág. 35

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 24.

<u>HECHOS PROBADOS:</u> COMCEL es comerciante.
--

b) Pruebas Documentales:

- ✓ **Certificado de existencia y representación de COMCEL:** Prueba 01 aportada con la demanda.
- ✓ **Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.** Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambas, se hallan inscritas en el registro mercantil y cada una tenía abiertos sus propios establecimientos de comercio; de estas circunstancias se presume que son comerciantes.

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

En el proceso no se halla prueba o alegación alguna que desvirtúe esta presunción.

Artículo 167 CGP: Carga de la prueba. (Inciso 4º) Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba.

HECHOS PROBADOS: COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.

1.1.1.4. Independencia de LA DEMANDANTE.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 39 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

39. LA DEMANDANTE no es filial ni subsidiaria de COMCEL, ni hace parte de Grupo Empresarial alguno.

Demanda reformada, Pág. 36.

COMCEL, al contestar la demanda reformada confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 24:

39) Es cierto que no es filial ni subsidiaria de COMCEL, pero no me consta si hace de un grupo empresarial o no.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 24

HECHO PROBADO: Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró vínculo de subordinación alguna. En consecuencia, se demostró la independencia de LA DEMANDANTE.

b) Pruebas Documentales:

- ✓ Certificado de existencia y representación de COMCEL: Prueba 01 aportada con la demanda.
- ✓ Certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE. Prueba 06 aportada con la demanda.

HECHOS PROBADOS: (i) Entre COMCEL y LA DEMANDANTE no se configuró una relación de subordinación matriz-subordinada; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en los certificados de existencia y representación de ambas sociedades. (ii) LA DEMANDANTE no hace parte de grupo empresarial alguno; de haberse configurado tal vínculo, el mismo constaría en el certificado de existencia y representación de LA DEMANDANTE.

1.1.1.5. Estabilidad del CONTRATO.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 44 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

44. El CONTRATO SUB ÍUDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010 hasta el 16 DE MAYO DE 2018.

Demanda reformada, Pág. 37.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 25.

44) Es cierto en cuanto a que no se interrumpió ni suspendió su ejecución (...)

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Pág. 25

- b) DICTAMEN: En los Anexos del DICTAMEN se hallan las facturas y soportes contables que dan cuenta de la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE de forma continua durante toda la relación contractual, remuneración que, según el CONTRATO, únicamente se causaba con la efectiva activación de planes pospago o prepago y con la efectiva realización de

transacciones de recaudo por parte de LA DEMANDANTE. Del pago de esta remuneración se deduce, asimismo, la estabilidad del encargo que LA DEMANDANTE asumió de promover y explotar el negocio de COMCEL.

- c) Cartas de Comisiones y Circulares aportadas por LA DEMANDANTE y exhibidas por COMCEL: Con estos documentos emitidos durante toda la relación contractual se demuestra la estabilidad y ejecución permanente del CONTRATO. ver Prueba No 11 “Cartas de Comisiones” Aportada con la Demanda.

HECHO PROBADO: El CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de manera estable y permanente desde el 23 DE SEPTIEMBRE DE 2010 y hasta el 16 DE MAYO DE 2018.

1.1.1.6. Encargo de Promover y Explotar el negocio de COMCEL.

- 1.1.1.6.1. El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la comercialización de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho Servicio.

- a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 32.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 32.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 22.

HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO, es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

b) Pruebas Documentales:

- Certificado de existencia y representación de COMCEL: Según consta en el Certificado de Existencia y Representación de COMCEL, las actividades principales que tiene inscritas en el registro mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá son: Prueba 01 aportada con la demanda.

CERTIFICA:

ACTIVIDAD PRINCIPAL:
6120 (ACTIVIDADES DE TELECOMUNICACIONES INALAMBRICAS)
ACTIVIDAD SECUNDARIA:
4741 (COMERCIO AL POR MENOR DE COMPUTADORES, EQUIPOS PERIFERICOS,
PROGRAMAS DE INFORMATICA Y EQUIPOS DE TELECOMUNICACIONES EN
ESTABLECIMIENTOS ESPECIALIZADOS)

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

- Informes anuales de COMCEL: Prueba 02 aportada con la demanda. A título de ejemplo, se transcriben los Estados de Resultados incorporados en los Informes Anuales de COMCEL del 2014-2013, 2012-2011, informes que fueron aportados como pruebas en el presente proceso; información similar se halla en los informes anuales de COMCEL de los años 2005, 2006, 2007, 2008, 2009, 2010, etcétera, los cuales también reposan en el expediente:

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.			
ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)			
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013			
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)			
		2014	2013
INGRESOS:			
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$	6.810.190.130	\$ 7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos		1.857.756.894	1.355.524.972
Total ingresos		8.667.947.024	8.378.464.593

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.			
ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)			
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011			
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)			
	2012		2011
INGRESOS:			
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6,799,381,869	\$	6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655		842,059,681
Total ingresos	7,747,563,524		7,055,871,602

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

HECHO PROBADO: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que el negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

- Contrato público de concesión No. 000004 que la Nación/Ministerio de Comunicaciones le adjudicó el 28 de marzo de 1994 a COMCEL, el cual obra en el expediente habiendo sido exhibido por parte de COMCEL. En este contrato se pactó:

CONTRATO No.	:	000004
OBJETO	:	Concesión para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular.
RED	:	A
AREA	:	Oriental
CONCESIONARIO	:	COMUNICACION CELULAR S.A. -COMCEL S.A.-
VALOR	:	Doscientos cincuenta y nueve mil ciento sesenta y un millones (\$259.161.000.000.00) de pesos M/cte.

(...)

cláusulas y condiciones: **CLAUSULA PRIMERA. - OBJETO.** El objeto de este contrato es la prestación por cuenta y riesgo del CONCESIONARIO del servicio de telefonía móvil celular en Colombia, mediante contrato de concesión, como servicio público de telecomunicaciones, no domiciliario, de ámbito y cubrimiento nacional, que proporciona en sí mismo capacidad completa para la comunicación telefónica entre usuarios móviles y a través de la interconexión con la red telefónica pública conmutada (RTPC), entre aquellos y los usuarios fijos, haciendo uso de una red de telefonía móvil celular, en la que la parte del espectro radioeléctrico, asignado al CONCESIONARIO, constituye su elemento principal (art. 14 del Decreto 1900 de 1990 y el art.

(...)

acuerdo con lo establecido en el Pliego de Condiciones. **CLAUSULA DECIMA NOVENA. - OBLIGACIONES DEL CONCESIONARIO:** Además de las obligaciones señaladas en las cláusulas de este contrato y en la ley, el CONCESIONARIO se obliga a: **1. Establecer y prestar, por su cuenta y riesgo y bajo su responsabilidad, el servicio de telefonía móvil celular en el área y la red anteriormente señaladas, de conformidad con lo estipulado en el Pliego de Condiciones,**

Contrato de Concesión 004 de 1994 suscrito por COMCEL. Contrato exhibido por COMCEL. Punto 3.

HECHO PROBADO: El negocio de COMCEL consiste en la prestación, por su cuenta y riesgo, del servicio de telefonía móvil celular.

1.1.1.6.2. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la **promoción** de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

7.18 EL DISTRIBUIDOR se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue COMCEL o que COMCEL apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de COMCEL.

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

2. Anexos

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.

Anexo B Estándares de Instalación.

Anexo C Plan Coop Publicidad.

Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV) y de Centros de Venta y de Servicios (CVS) y localización autorizada.

Anexo E. Garantías

Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.

Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

ANEXO C. PLAN CO-OP. MODELO EMPLEADO POR COMCEL.

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

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

8.4 Las condiciones establecidas en el Anexo C de este contrato de distribución, podrán ser modificadas, adicionadas o suprimidas unilateralmente por COMCEL, sin previo aviso al EL DISTRIBUIDOR.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO

- **Circulares** que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE: COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que obran en el expediente, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de promoción del negocio de COMCEL.

Entre estas circulares se hallan las siguientes:

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

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

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

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

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

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

VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S127089 de mayo 3 de 2016 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la promoción de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió para los miembros de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida.

- **Cláusulas del CONTRATO:**

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente el mercadeo y la promoción del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

- **Informe de sostenibilidad de 2016 de COMCEL:**

- **Actividades comerciales**

Detalle	2015	2016
Número de eventos nacionales en los que la marca Claro tuvo presencia	10	99
Número de eventos realizados por la red de distribución a nivel nacional	25.962	22.477

VER Prueba No. 2: Información de COMCEL. Informe de Sostenibilidad 2016, Pág. 67.

HECHOS PROBADOS: Los miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, entre ellos LA DEMANDANTE, realizaron 25.962 eventos promocionales de activación de la marca "Comcel/Claro" en el año 2015 y 22.477 en el año 2016.

b) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Líder Regional de Canales de ventas COMCEL	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Tú sabes si adicional a todas esas actividades de ventas, MULTINEGOCIOS realizaba eso que tu denominaste actividades o activaciones comerciales?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor. Si hacían en sus puntos de venta.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Cuéntale a este despacho en que consistían todas esas actividades o activaciones comerciales a las que has hecho referencia?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Activaciones de marca. Nos pasaban una programación de las actividades que iban a hacer en cada uno de sus puntos de venta, volanteo, en ese momento todavía podían tener patinadoras, carpas frente a sus puntos de venta, ese tipo de actividades, tenían camionetas también, sino recuerdo mal tenían unas tiendas móviles, también utilizaban esas tiendas móviles.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Y cuál era el objetivo de todas esas actividades comerciales o promocionales que tú estás refiriendo?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Captar clientes y vender productos y servicios de COMCEL S.A.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Cuando tú te refieres a clientes y te has referido en varias preguntas a clientes, ¿te estás refiriendo a clientes de quién?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Clientes de COMCEL.

Testimonio de Juan Carlos Villegas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Perfecto, te quiero preguntar sobre la primera de esas dos que tú has dividido muy didácticamente, esas acciones comerciales o mercado técnicas ¿en qué consisten?	[JUAN CARLOS VILLEGAS]: Si, en CLARO COMCEL, se le llama acciones comerciales a todas esas actividades que generan ventas para los diferentes canales comerciales, para dar un ejemplo si tenemos un perifoneo, si tenemos un volanteador, todas esas actividades que te generen ventas, adicional a eso, también todo ese plan de medios que

	puede contar el distribuidor para su fin comercial.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, respecto de las actividades que ustedes denominan comerciales, esas actividades mercadotécnicas, yo te pregunto quién, ¿quiénes se encargan de ejecutarlas esas actividades, Juan Carlos?	[JUAN CARLOS VILLESAS]: COMCEL tiene un presupuesto importante para poder ejecutar esas actividades, si estamos hablando desde el presupuesto de COMCEL.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Te repito la pregunta, no te estaba preguntando el presupuesto, <u>sino quien ejecuta las actividades comerciales</u> , quien las termina realizando, tú nos hablabas un perifoneo, un volanteo, una actividad de megáfono, una música ¿quién ejecuta esa actividad? No te pregunto por el precio.	[JUAN CARLOS VILLESAS]: Lo hace COMCEL <u>y lo puede hacer el distribuidor</u> .
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: El distribuidor, entonces, mi pregunta es el distribuidor, que ustedes denominan distribuidor y nosotros agente, en este caso para el caso que nos ocupa, <u>¿MULTINEGOCIOS ejecuta entonces algunas actividades comerciales o mercadotécnicas a las cuales tú has hecho referencia?</u>	[JUAN CARLOS VILLESAS]: <u>Puede hacerlo, si señor.</u>
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, ¿tú sabes y <u>MULTINEGOCIOS de Colombia Limitada efectivamente ejecutó actividades de esas que tu denominas comerciales y mercadotécnicas?</u>	[JUAN CARLOS VILLESAS]: <u>Si señor, desde el lapso de tiempo comprendido entre el 2011 al 2018; (...)</u>
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Ahorita te preguntaré sobre el tema de fondo COOP y presupuesto, pero digamos, de pregunta concreta y específica es, <u>¿MULTINEGOCIOS de Colombia durante la ejecución del contrato ejecutó ese tipo de actividades comerciales y mercadotécnicas?</u>	[JUAN CARLOS VILLESAS]: <u>Si señor.</u>

(...)

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Juan Carlos, esas actividades comerciales y mercadotécnicas ¿en parte tienen por objeto promover la venta de los planes postpago y prepago de COMCEL?	[JUAN CARLOS VILLESAS]: Tiene dos objetivos, primero, llevar clientes a sus puntos de venta porque efectivamente el distribuidor hace actividades para poder llevar clientes a su punto de venta y ya al tenerlos ahí lo que hace es ofrecerle los productos, así es.
--	---

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Entendido, yo te pregunto Juan Carlos ¿tú sabes y multinegocios podía sin necesidad de acudir a esa Comisión de plan COOP que tú nos estás refiriendo, ¿MULTINEGOCIOS podía realizar actividades comerciales o mercadotécnicas sin acudir a ese plan COOP? Es decir, sin acudir a que COMCEL le retornara la mitad de la inversión que había realizado ¿podía hacerlo MULTINEGOCIOS?	[JUAN CARLOS VILLESAS]: Si, los distribuidores pueden hacerlo (...)
--	--

c) DICTAMEN:

En el DICTAMEN, a partir de la información contable de LA DEMANDANTE se estableció los montos dinerarios que esta última invirtió durante el CONTRATO en campañas promocionales y publicitarias para el negocio de COMCEL:

B.2.b)
¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió MULTINEGOCIOS en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de COMCEL que fueron verificadas y aceptadas por esta última?
RESPUESTA
Siguiendo la metodología propuesta, sí COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE la suma de \$323.504.419 por concepto de comisión Plan Coop, es porque LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de e \$647.008.838 (\$ 323.504.419 x 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por COMCEL
Ver DICTAMEN Página 32.

HECHO PROBADO: LA DEMANDANTE ejecutó actividades promocionales del negocio de COMCEL, para lo cual debía tener el aval del área de marketing de COMCEL.

1.1.1.6.3. COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la **explotación** de su negocio y LA DEMANDANTE, en efecto, lo ejecutó.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

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

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

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

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

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

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada... EL DISTRIBUIDOR, entregará en las instalaciones de COMCEL la totalidad de los documentos originales exigidos por la ley, los reglamentos, actos administrativos, la autoridades competentes, el MANUAL DE PROCEDIMIENTO DE DISTRIBUIDORES y las instrucciones que se le impartan... dentro de las 96 horas siguientes a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: (i) El CONTRATO definió los conceptos “establecimiento”, “servicio”, “producto del abonado” y “contrato de servicios de telefonía móvil celular”. (ii) COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE: El negocio de COMCEL es la comercialización del “servicio” y los “producto del abonado”. (iii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus “establecimientos”, explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de “contratos de servicios de telefonía móvil celular”, contratos que suscribía con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iv) Para que el cliente/suscriptor pudiera acceder a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE tenía también que comercializar el denominado “Producto de Abonado”; el CONTRATO define al “Producto del Abonado” así: significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL. (v) LA DEMANDANTE, en la comercialización del “servicio” y del “producto del abonado”, se obligó a aplicar las tarifas, los valores de teléfono, etcétera, que COMCEL le señalaba. (vi) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del “servicio” y de la enajenación del “producto del abonado” le pertenecieron a COMCEL.

HECHOS PROBADOS: A la terminación del CONTRATO, LA DEMANDANTE se obligó a suspender inmediatamente la explotación del negocio de COMCEL (Cláusula 17.1).

- Circulares: COMCEL, en muchas de las circulares que le envió a LA DEMANDANTE y que exhibió en el presente proceso, le impartió instrucciones relativas a las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar actividades de explotación del negocio de COMCEL.

Entre estas circulares se hallan las siguientes:

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

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

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

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

Así entonces:

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

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

V1 Febrero 2014

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

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



SOLICITUD DE SERVICIO DE DATOS COMCEL
PERSONA NATURAL SIN CLAUSULA DE PERMANENCIA

COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MT15831 - JULIO 2013 **VS4** JULIO 2013

No. C

TELS.: 618 1818
01 8000 341818

FECHA SOLICITUD
DIA MES AÑO

NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR

CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

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

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



SOLICITUD DE SERVICIO DE DATOS COMCEL
PERSONA JURIDICA CON CLAUSULA DE PERMANENCIA

COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MT15796 - ABRIL 2013 **VS3** ABRIL 2013

No. C

TELS.: 618 1818
01 8000 341818

FECHA SOLICITUD
DIA MES AÑO

NOMBRE DEL DISTRIBUIDOR

CODIGO DEL DISTRIBUIDOR

INFORMACION DE LA EMPRESA

VER Prueba Circular 2014-GSDI01D-S067737-1 de marzo 7 de 2014 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: COMCEL le encargó la explotación de su negocio a LA DEMANDANTE; este encargo se incorporó en (i) las cláusulas del CONTRATO y (ii) en las instrucciones que COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE (cláusula 7.2. del CONTRATO) y que quedaron incorporadas en las circulares que COMCEL extendió a LA DEMANDANTE incluida. En estas circulares, COMCEL estableció las condiciones de tiempo, modo y lugar como LA DEMANDANTE debía ejecutar el encargo de explotación del servicio de telefonía móvil celular de COMCEL.

b) Testimonios:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey y yo te pregunto ¿MULTINEGOCIOS se encargaba de	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Si, la idea es que los distribuidores vendieran esos productos de la Compañía.

comercializar esos planes postpago, esos planes prepago y esos chips o Sim cards?	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, tú referiste ahí que esos productos se les vendían a los clientes, yo te pregunto ¿eso son clientes de quién? A quienes se ven en esos planes.	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Son clientes de COMCEL que tienen contratado el servicio con COMCEL.

(...)

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey y te pregunto, cuando se le venden esos planes postpago, prepago, chip a esos clientes de COMCEL ¿los clientes deben suscribir un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular para la prestación de ese servicio?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: En postpago si hay un contrato, efectivamente porque va a llegar una mensualidad, en prepago no estaría seguro si se pueda llamar un contrato o algo, no sabría exactamente porque pues al final ahí el cliente es el que decide cuando hace una recarga, entonces no se si exista una figura como tal que podamos llamar contrato, no sé.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey te pregunto, ese contrato de prestación de servicios ¿a qué partes vincula? ¿Quiénes son las partes desde contrate prestación de servicios?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues yo no manejo el contrato directamente, pero pues entendería que debe ser el cliente y COMCEL que es el que va a prestar el servicio.

Testimonio de María del Pilar Suarez – Gerente de Universidad Claro de COMCEL	
[JUEZ]: Indíquenos por favor si esas capacitaciones que usted está diciendo imparte Comcel con una periodicidad mensual a los distribuidores es la misma que se les brinda a los agentes comerciales que pueden estar vinculados con Comcel S.A.	[TESTIGO_MARIA_DEL_PILAR_ SUÁREZ]: Pues lo que yo tengo conocimiento, sí es lo mismo. Para mí son distribuidores y pues fue digamos todo lo que manejamos siempre, pero es la misma capacitación para todos.
[JUEZ]: ¿Sobre qué versan esas capacitaciones? ¿Qué temáticas se deben tocar?	[TESTIGO_MARIA_DEL_PILAR_ SUÁREZ]: Ahí manejamos dos temáticas. Una sobre toda la información de la oferta comercial que tenemos nosotros en las diferentes líneas de producto y todos los procedimientos que deben seguir los distribuidores para realizar esas ventas y también sobre temas de habilidades, habilidades comerciales pues para garantizar que se dé una buena venta hacia los clientes y una buena asesoría.

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Cuáles eran las actividades que realizaba MULTINEGOCIOS en desarrollo del contrato que había suscrito con COMCEL?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Su relación era venta de los productos y servicios de COMCEL S.A., planes en pospago, venta de Kits, eran muy fuertes en la venta de Kits y en puntos de venta.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE, según las instrucciones que COMCEL le impartía (v. gr. según el encargo hecho), explotó el negocio de COMCEL. Esta explotación se perfeccionó mediante la celebración, por parte de LA DEMANDANTE y los clientes de COMCEL, de los respectivos contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de venta de equipos terminales, contratos que vincularon a COMCEL con los respectivos clientes.

c) DICTAMEN:

B.1.a.(i) ¿Cuántos Kits Prepago legalizó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA: De acuerdo con la información suministrada por MULTINEGOCIOS, entre enero 1 de 2013 y la fecha de terminación del contrato, **se legalizaron 136.725 kits prepago.**

VER Prueba: Pág. 28, DICTAMEN.

B.1.a.(ii) ¿Cuántos Planes Pospago activó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA. Con fundamento en la información suministrada por MULTINEGOCIOS, **se observaron 17.699 planes pospagos activados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018.** En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29, DICTAMEN.

B.1.a.(iii) ¿Cuántos Planes Sim Cards (wb) legalizó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA. Según la información entregada por MULTINEGOCIOS, **los planes sim cards legalizados entre enero 1 de 2013 la terminación del contrato fueron 17.606.**

VER Prueba: Pág. 29, DICTAMEN.

B.1.a.(iv) ¿Cuántas transacciones de recaudo hizo MULTINEGOCIOS en sus Centros de Pagos y Servicios (CPS)?

RESPUESTA: De acuerdo con las evaluaciones efectuadas a la información entregada por MULTINEGOCIOS, **las transacciones de recaudo entre 1 de enero de 2014 y la terminación del contrato fueron 700.984.** En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29 y 30, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE efectivamente explotó el negocio de COMCEL. Entre el 1º de enero de 2013 y el 16 de mayo de 2018, por ejemplo, LA DEMANDANTE activó 17.699 planes pospago, 136.725 kits prepago, 17.606 Sim Cards y realizó 700.984 transacciones de recaudo.

1.1.1.6.4. Además de las actividades de preventa (promoción) y de venta (explotación) de su negocio, COMCEL también le encargó a LA DEMANDANTE las actividades de posventa.

- Prueba Documental: Otrosí suscrito entre COMCEL y LA DEMANDANTE:

ACUERDAN

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8 del contrato de distribución deberá adicionarse así:

7.8.1 Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Pago y Servicios, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL. El envío a las cuentas de COMCEL de los dineros recaudados por el distribuidor, deberá hacerse diariamente y a través de la Transportadora de Valores designada por COMCEL, quien recogerá los dineros firmemente sellados, en el Centro de Pago y Servicios del distribuidor, dentro de los rangos de hora previamente acordados.

En cuanto a los cheques recibidos por EL DISTRIBUIDOR del usuario por concepto del pago de valores de consumo, EL DISTRIBUIDOR deberá proceder a consignarlos, el mismo día o a más tardar el día hábil siguiente en las cuentas bancarias que se establezcan en el Manual de Recaudo en Caja de Distribuidores Anexo 1 (el cuál hace parte integrante del presente contrato) o en las que le indique COMCEL.

Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos

(...)

7.8.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

HECHOS PROBADOS: (i) Mediante el otrosí (Convención CPS) suscrito en el año 2014, las partes modificaron la cláusula 7.8 del CONTRATO. (ii) A partir de entonces, LA DEMANDANTE actuó como Centro de Pagos y Servicios de COMCEL. (iii) Como centro de pagos, COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la gestión de los dineros que los clientes de COMCEL pagaban por el consumo de los servicios de telefonía móvil celular que COMCEL les prestaba. (iv) Como centro de servicios, COMCEL le encargó a LA DEMANDANTE la atención y solución de los requerimientos de los clientes de COMCEL. (v) COMCEL, en contraprestación de estos encargos, remuneró a LA DEMANDANTE mediante la denominada "comisión por transacción de recaudo)".

- Prueba Documental: Circulares enviadas por COMCEL a LA DEMANDANTE: En la prueba No. 25, "Circular Operaciones CPS" aportada con la demanda, se enlistan los diferentes servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL:

Para Distribuidores Claro Móvil
De Maria del Pilar Suárez G.
Asunto **RELANZAMIENTO PROCESO SOPORTE A CPS
CLIENTE MASIVO Y SOPORTE CLIENTE NEGOCIOS**

Recuerda que las solicitudes de nuestros clientes que no pueden ser atendidas Online cuentas con correos de soporte que pueden ayudarte a mejorar la atención, esto lo puedes hacer a través de las cuentas de correo de soporte CPS, Soporteclientemasivo@claro.com.co, y Soportegarantiascps@claro.com.co y soporteclientepymes@claro.com.co con el fin de simplificar los procedimientos, mejorar los tiempos de respuesta ejerciendo un control de calidad en las respuestas ofrecidas. Cabe aclarar que aún continúa vigente el procedimiento publicado en la Circular 2016-GSDI01-S301967-3.

A continuación, encontraras las solicitudes que pueden ser atendidos:



Funciones de CPS

Ítem	Servicios	Observación
1	Reposiciones Voz-Datos-Información-Tramites	
2	Cambio de Sim Card por robo/perdida/daño	
3	Ventas Líneas Nuevas	Venta y activación de líneas a través de Poliedro
4	Información Planes, Promociones y servicios adicionales.	
6	Cambio de Equipo Voluntario/Robo/Perdida/Daño	Tramites de solicitudes de cambio con equipos homologados traídos por el cliente.
7	Actualización de datos personales, dirección, teléfono.	
8	Aclaración de factura saldo y corte.	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura.

9	Radicación de PQR (Petición, Quejas, Reclamos y Recursos de Reposición)	Radicación de reclamaciones escritas. http://sac/Directorio/correspondencia.htm Ver directorio CPS autorizados
10	Recepción de oficios judiciales y tutelas.	
11	Fraude por suscripción	CPS autorizados para radicar PQR Radicación de formato de Negación de Línea Ver directorio CPS autorizados
12	Consulta de Saldo (Cuenta activa, DX y Cartera Castigada)	
13	Reinstalación de Línea Prepago y Pospago	Líneas Dx por Mora, Voluntario, se tramita al titular de la línea, no se recibe documentación por parte de un tercero.
14	PNA (Pagos No Abonados)	Consulta-Radicación-Respuesta PNA
15	Pagos de facturas	
16	Cambio de Numero de Celular	
17	Aclaración factura	Aclaración y explicación de los conceptos descritos en la factura.
18	Servicio técnico (Equipos en Garantía o fuera de Garantía)	Ver directorio CPS autorizados. http://datos/Excel/módulos/Servicio_Tecnico.xls
19	Cesiones de contrato	Efectuar cesiones de contratos. CPS únicamente a titulares, no se reciben documentos de terceros.
20	Verificación entrega de facturas	Consulta de guías de entrega y devoluciones.
21	Información Up-Grade Prepago.	Información de tramites y avances de Solicitud de Prepago a Up-grade.
22	Uso de tarjeta amigo en líneas Pospago. -	Información del acceso a *500 y *600.
23	Recarga en Línea	
24	Recarga telemic	
25	Recarga Pasatiempo	
26	Venta de tarjeta prepago	
27	Ventas de accesorios	Venta de accesorios de equipos celulares.
28	Activación Servicios Adicionales	

(...)

Item	Servicios
1	Reportes (información de planes, CFM, paquetes de datos, valor de los paquetes)
2	Factura electrónica
3	Comprobante entrega de factura
4	Instalación de APN
6	Información general (saldos pendientes, referencia de pago, fecha de corte, maestra)
7	Pagos no abonados
8	Traslado de saldo
9	Creación de maestra
10	Activación ID restringido
11	Reinstalación de líneas
12	Activación de Roaming Internacional
13	Activación paquete datos
14	Bloqueo Internet, MMS
15	Bloqueo servicios
16	Cambio de ciclo
17	Cambio de elegidos
18	Cambio de Min
19	Cambio de tecnología
20	Cambio plan a corte
21	Cambio plan inmediato
22	Cambios demográficos
23	Cruce Min
24	Desactivación paquete datos
25	Desactivación Protección Móvil
26	Eliminación de Cuotas
27	Escenarios IMEI
29	Inscripción de Correos (Lista Blanca)
30	Liberación ICCID
31	Liberación IMEI
32	Liberación IMEI - ICCD
33	Perfilamiento (Activación)
34	Portal Corporativo (Activación)

HECHOS PROBADOS: En estas circulares se enumeran los servicios posventa que LA DEMANDANTE le prestaba a los clientes de COMCEL, incluido el servicio de atención frente a casos de fallas en la prestación del servicio de telefonía móvil celular por parte de COMCEL.

1.1.1.6.5. LA DEMANDANTE se obligó a reportarle a COMCEL cualquier información relacionada con las necesidades e intereses de los clientes/suscriptores de COMCEL y con las condiciones del mercado.

- **Prueba Documental: Cláusula 10 del CONTRATO:**

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

1.1.1.6.6. LA DEMANDANTE no puede, por imposibilidad jurídica y operativa, prestar los servicios de telefonía móvil celular. En consecuencia, el negocio que LA DEMANDANTE promovió y explotó fue el negocio de COMCEL.

a) **Confesión de COMCEL y negación indefinida:**

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 21.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 32.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 22.

HECHO PROBADO: De las partes del CONTRATO es COMCEL la única que puede prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular (STMC). LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar dichos servicios.

Ley 37. Artículo 3º: Prestación del Servicio. El servicio de telefonía móvil celular estará a cargo de la Nación, quien lo podrá prestar directa o indirectamente, a través de concesiones otorgadas mediante contratos a empresas estatales, sociedades privadas, o de naturaleza mixta en las que participen directa o indirectamente operadores de la telefonía fija o convencional en Colombia.

Ley 1341. Artículo 11. Acceso al uso del espectro radioeléctrico. El uso del espectro radioeléctrico requiere permiso previo, expreso y otorgado por el Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC). (ii) LA DEMANDANTE, al promover y explotar los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que se requieren para prestar dicho servicio, promovió y explotó el negocio de COMCEL, no el suyo propio.

1.1.1.7. Actuación de la DEMANDANTE por cuenta de COMCEL:

1.1.1.7.1. LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y contratos de “Venta de Equipos Terminales”, contratos que LA DEMANDANTE celebró actuando en nombre y por cuenta de COMCEL.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

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

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

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

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

HECHOS PROBADOS: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) El negocio de COMCEL es la comercialización del "servicio" y de los "productos del abonado". (ii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "contratos de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribió con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) Para que el cliente/suscriptor accediera a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE le vendió el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: *significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL.* (iii) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", aplicó las tarifas, los valores de teléfono, etc., que COMCEL le señaló. (iv) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" pertenecían a COMCEL, y LA DEMANDANTE tenía la obligación de recaudarlo frente al cliente/suscriptor y entregárselo a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

a) Pruebas Documentales:

- **Cláusulas del CONTRATO:**

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

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

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

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

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

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE comercializaba los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL mediante la suscripción de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) Estos contratos los celebraba LA DEMANDANTE con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE, para la celebración de estos contratos, utilizaba el texto que COMCEL le suministraba y aplicaba en él las tarifas y

precios que COMCEL señalaba. (iv) Todos los derechos y obligaciones derivados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" quedaban en cabeza de COMCEL. (v) LA DEMANDANTE recaudaba los dineros que los clientes/suscriptores pagaban y tenía la obligación de entregárselos a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

- Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

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

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

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

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

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



SOLICITUD

COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MT15831 - JUNIO/2014 - **VS6** - MAYO/2014

No. C

TELS.: 618 1818
01 8000 341818

FEC
DIA

2014-GSDI01-S174469
17 DE JUNIO DE 2014

1
INFORMACION CONFIDENCIAL

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

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



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



(...)

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S174469 de junio 17 de 2014 exhibida por COMCEL, Punto 7.

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

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

(...)

1. Ventas sin Cláusula de Permanencia:

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

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

VER Prueba Circular 2014-GSDI01-S185179 de julio 1 de 2014 exhibida por COMCEL, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, además de celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, celebró los denominados “Contratos de Venta de Equipos Terminales”. (ii) Los clientes/suscriptores de COMCEL podían adquirir los equipos terminales de contado o financiados (a cuotas). En ambos casos, LA DEMANDANTE suscribía con los clientes/suscriptores un “Contrato de Venta de Equipos Terminales”. (iii) En los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y en los “Contratos de Venta de Equipos Terminales”, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.



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

CONDICIONES GENERALES DEL SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO

EL SERVICIO

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

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución CRC 4625 de 2014, el modelo de contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular en planes prepago de COMCEL debe coincidir con el modelo adoptado en dicha resolución. COMCEL, tiene publicados en su página web estos modelos: <https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html>.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular”. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo debía completar dichos contratos.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO -
PAPELERIA PREIMPRESA**

A partir del **01 de Junio de 2015**, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.

Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales **NO** tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.

El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del **01 de Junio de 2015**, es el **Contrato Único de Servicios Móviles Pospago**.

Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato

claro

COMCEL S.A.
NIT. 800.153.993-7
MT31764 - MAYO 2015 - VS1 - ABRIL 2015

No. **0000001**

**CONTRATO ÚNICO DE
SERVICIOS MÓVILES POSPAGO**

Este contrato explica las condiciones para la prestación de los servicios entre usted y _____, por el que pagará mínimo mensualmente \$ _____. Este contrato tendrá vigencia de _____ meses, contados a partir del momento de su activación.
Acepto que mi contrato se renueve sucesiva y automáticamente por un plazo igual al inicial ☐ *

EL SERVICIO

(...)

PAPELERIA ANTERIOR NO VIGENTE:

- A partir del **1 de Junio 2015**, **ES OBLIGATORIO EL USO DE LA NUEVA PAPELERÍA**. En caso que lleguen documentos a Comcel con fecha de venta 1 de junio de 2015 en papelería antigua, será causal de devolución y penalización.
- **NO** se podrá utilizar la papelería no vigente que quede en los puntos de venta.
- por tal motivo solicitamos realizar la devolución de la papelería anterior de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.
- Dirección de envío de la papelería **NO** vigente: Zona Franca Bogotá (Operador Logístico Logytech) Carrera 106 No. 15-25 Bodega 1 interior 121 Manzana 18, contacto Andres Salamanca Celular 3108016471.
- La papelería NO vigente se debe enviar al operador logístico máximo al día 15 de Julio de 2015.

LEGALIZACIÓN CONTRATOS DE VENTAS

- Todas las ventas realizadas a partir del 01 de junio de 2015, deben ser legalizadas y solucionadas con la nueva documentación.
- Todas las ventas online realizadas antes del **1 de Junio 2015**, deben ser legalizadas y solucionadas con la papelería antigua.
- Las solicitudes de activación tradicional para ventas realizadas antes del 01 de junio serán recibidas solo hasta el día 10 de junio de 2015.
- Las soluciones a devoluciones para activaciones tradicionales con papelería antigua y que su fecha de venta sea antes del 01 de junio de 2015 serán recibidas solo hasta el 22 de junio de 2015.

IMPORTANTE

Próximamente se enviará circular con el paso a paso de diligenciamiento del nuevo formato **"Contrato Único de Servicios Móviles Pospago"**

Sin otro particular,



VER Prueba Circular 2015-GSDI01-S131768 de mayo 12 de 2015 exhibida por COMCEL, Punto 7.

HECHOS PROBADOS: (i) A partir del 1º de junio de 2015, LA DEMANDANTE empezó a utilizar la papelería que COMCEL le remitió con los formatos simplificados. (ii) En los formatos simplificados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.

CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

3. Objeto del Contrato. En virtud de este contrato, COMCEL concede a (LA DEMANDANTE) como DISTRIBUIDOR (CV) (CVS) COMCEL, la distribución de los "Productos" y la comercialización de los "Servicios" que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias

que tenga y a los términos y condiciones pactados. Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización...

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

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

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente

activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

- Circulares:

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



VER Prueba Circular 2017-GSDI01-S053886-2 de febrero 24 de 2017 exhibida COMCEL Punto 7.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE no podía vender equipos terminales que no fueran suministrados por COMCEL.

Según se probó hasta el año 2014, se comercializaron al amparo de los "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" pues, hasta entonces, los equipos móviles eran subsidiados por COMCEL y su precio se incorporaba en el valor del "Servicio" (las llamadas). A partir del año 2014, y producto de la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil celular, COMCEL incluida, fueron obligados a comercializar, por separado, los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales; desde entonces, LA DEMANDANTE, por instrucciones de COMCEL, suscribió por separado en los contratos de "Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales". Al respecto, las siguientes pruebas que obran en el expediente señalan:

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

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

En la referida Resolución CRT 4444 DE 2014, CRT estableció:

RESOLUCIÓN No. 4 4 4 4 DE 2014

"Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 638 de la Comunidad Andina, y

CONSIDERANDO

(...)

Que las obligaciones sobre la comercialización de equipos terminales móviles a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, son conexas al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima originadas con ocasión de la financiación o subsidio de dichos equipos.

(...)

Que de acuerdo con lo anterior, esta Comisión llevó a cabo una revisión teórica y de experiencias internacionales relacionada con los costos que enfrentan los usuarios cuando éstos eligen cambiar de proveedor de servicios de comunicaciones móviles, así como también respecto de los efectos que tiene en el mercado la posibilidad, por una parte, que dichos proveedores otorguen subsidios a sus usuarios respecto de los equipos terminales móviles, y por otra parte, que establezcan cláusulas de permanencia mínima en los contratos ofreciendo equipos terminales móviles cuya venta está incluida en el mismo contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

(...)

Que lo anterior indica que la información de precios para la provisión de los servicios de comunicaciones móviles a disposición del usuario no es transparente, en la medida en que éste desconoce las reales condiciones en las que se financia el equipo terminal móvil y a su vez, no tiene claridad del verdadero precio por unidad de consumo que se le está cobrando en cada uno de los planes tarifarios, como consecuencia de la financiación o subsidio.

Que adicionalmente, esta Comisión identificó que en la venta conjunta de equipos terminales móviles y servicios de comunicaciones móviles, el mercado es altamente concentrado y el usuario está en una posición de asimetría de información respecto del proveedor de servicios de comunicaciones móviles, ya que el mismo no puede observar de manera directa el precio de compra de los equipos terminales móviles en las ofertas que le presenta el proveedor. Esto incrementa la falta de transparencia en la información de los precios de dichos equipos que entregan los proveedores de servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios, lo cual se traduce en un mayor costo de cambio para los usuarios que suscriben cláusulas de permanencia mínima.

(...)

Que la prohibición de establecer cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, con ocasión del subsidio o financiación de equipos terminales móviles, conlleva a la separación de los contratos de compraventa de equipos terminales móviles frente a los contratos de prestación de dichos servicios, y ésta a su vez a la necesaria separación, que de cara al usuario, debe hacer el proveedor en relación con la información relativa a los valores a pagar por concepto del equipo terminal móvil y de la provisión de los servicios contratados. Frente a lo cual se incorpora en el presente Acto Administrativo una modificación al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el sentido de precisar el deber que tienen los proveedores de informar claramente y en forma discriminada los valores por los conceptos mencionados. Lo anterior, permitirá que el usuario disponga de la información sobre las condiciones de cada contrato, y en forma transparente y clara pueda identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo terminal móvil, y cuando sea del caso, el costo adicional generado por la financiación del equipo terminal móvil.

(...)

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

(...)

ARTÍCULO 4. Adicionar el párrafo 2 al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales quedarán de la siguiente manera:

(...)

PARÁGRAFO 2. En el evento en que el usuario adquiera el equipo terminal móvil a través de un Proveedor de Servicios de Comunicaciones con el cual contrate la prestación de los servicios, el valor a pagar por concepto del equipo terminal móvil debe establecerse en forma separada y discriminada, de manera que el usuario pueda identificar claramente entre los valores a pagar por concepto del equipo y los valores a pagar por concepto de la prestación de los servicios de comunicaciones móviles contratados. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, deberán garantizar que frente a la falta de pago del equipo terminal móvil por parte del usuario, no procederá la suspensión de los servicios de comunicaciones contratados. Lo anterior, significa que el proveedor debe otorgar la posibilidad de efectuar el pago del equipo de manera independiente al pago de la provisión de los servicios, sin que el pago del equipo afecte en manera alguna la prestación de los servicios."

A partir de la entrada en vigor de la referida Resolución CRT 4444 de 2014, COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE las siguientes instrucciones:

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

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

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

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

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

		SOLICITUD	
			
COMCEL S.A.			
NIT. 800.153.993-7			
MT15831 - JUNIO/2014 VS6 MAYO/2014			
No. C		TELS.: 618 1818 01 8000 341818	FEC DIA

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

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



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



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

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

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

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

Debe tener en cuenta:

- A menor plazo, menor es el valor de cuota inicial.
- **Para plazo 6 meses no se exigirá pago inicial.**
- Al realizar un pago de cuota inicial, disminuye el saldo del equipo, por lo tanto el valor de la cuota mensual será más baja.

(...)

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

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS		No. C XXXXXXXXX						
COMCEL S.A. NITL 908.152.092-7 N° 2008047 - PAGO: 0258-00000000000000000000								
PRIMERA. OBJETO: Mediante el presente CONTRATO COMCEL S.A. en adelante COMCEL vende y por tanto transfiere el dominio a EL COMPRADOR quien se identifica con nombre y cédula al pie de su firma, los equipo terminales detallados en la cláusula tercera:								
SEGUNDA. PRECIO: El valor total de la presente compraventa es de \$ _____ IVA incluido.								
TERCERA. FORMA DE PAGO: El COMPRADOR pagará a COMCEL conforme las siguientes condiciones:								
FABRICANTE	REFERENCIA	IMEI	VALOR TOTAL EQUIPO/MINUTOS	IVA DEL EQUIPO	PAGO INICIAL EQUIPO	SALDO DEL EQUIPO	Nº CUOTAS/PAGAMENTOS	VALOR CUOTA MENSUAL
ALCATEL	XXXXXXXXX	XXXXXXXXXXXXX	\$957.397	\$153.183	\$95.740	\$861.657	12	\$71.805
TOTAL VENTA ➡								

El COMPRADOR se obliga a realizar el pago de cada cuota de manera oportuna en la fecha establecida para ello en la factura que COMCEL enviará a la dirección indicada por EL COMPRADOR. Autorizo el envío de mi factura al correo electrónico indicada en este contrato SI _____ NO _____

CUARTA. MORSA. En caso de mora de una cualquiera de las cuotas mensuales de acuerdo a los términos de la cláusula tercera, EL COMPRADOR facultará a COMCEL para acelerar el pago

El valor del pago inicial será solicitado al momento de la activación en el campo **"Cuota inicial equipo"**, adicional mostrará el IVA y el total pago inicial del equipo.

SERVICIO		
ICC_ID: \$ 0	IVA ICC_ID: \$ 0	Total Pago Inicial del Servicio: \$ 2.913
CFM: \$ 2.913	CFM Base: \$ 2.511	Impuestos CFM Base: \$ 402
Nro. Contrato*	Nro. Pagare*	
56151515	6515161	
EQUIPO		
Cuota Inicial Equipo*	IVA Equipo:	Total Pago Inicial del Equipo:
\$ 331.997	\$ 265.597	\$ 597.594
Nro. Contrato	Nro. Pagare	Nro. Factura
96462166	6516516165	51516161

El valor del pago inicial del equipo + el IVA + la sim card + el 1er CFM será el valor total pagado solicitado por poliedro en la activación:

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

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Venta de Equipos Terminales” que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirirían a cuotas. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo celebrar dichos contratos. (iii) En estos contratos, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL.

b) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey y te pregunto, cuando se le venden esos planes pospago, prepago, chip a esos clientes de COMCEL ¿los clientes deben suscribir un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular para la prestación de ese servicio?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: En pospago si hay un contrato, efectivamente porque va a llegar una mensualidad, en prepago no estaría seguro si se pueda llamar un contrato o algo, no sabría exactamente porque pues al final ahí el cliente es el que decide cuando hace una recarga, entonces no se si exista una figura como tal que podamos llamar contrato, no sé.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey te pregunto, ese <u>contrato de prestación de servicios ¿a qué partes vincula? ¿Quiénes son las partes desde contrate prestación de servicios?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues yo no manejo el contrato directamente, pero <u>pues entendería que debe ser el cliente y COMCEL que es el que va a prestar el servicio.</u>

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Olga yo quisiera preguntar en relación con las actividades de las ventas, ¿esas ventas sobre qué productos y servicios se referían?, ¿cuál era ese portafolio de productos y servicios que se encarga MULTINEGOCIOS de vender?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Productos y servicios móviles, planes en pospago, facturados al cliente final, ventas de Sim Card y venta de equipos en Kit Prepago.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Tú sabes Olga si esas actividades de esas ventas una de las labores principales que debía cumplir MULTINEGOCIOS era hacer suscribir a esos clientes un contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor firmaban un Contrato.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Tú sabes si ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular que MULTINEGOCIOS se encargaba de hacer firmar a esos clientes era un contrato que vinculaba a COMCEL con quién?, ¿ese contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular a quien vinculaba?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Al cliente con COMCEL S.A.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Cuando tú te refieres a clientes y te has referido en varias preguntas a clientes, ¿te estás refiriendo a clientes de quién?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Clientes de COMCEL.

c) DICTAMEN:

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o, ¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** (...) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

VER Prueba: Pág. 17, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la activación/legalización de planes pospago y planes prepago. La activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes/suscriptores de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (ii) Mediante la celebración de contratos de “Venta de Equipos Terminales”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (iii) Mediante la entrega al cliente suscriptores del respectivo equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

HECHOS PROBADOS: Los clientes/suscriptores así captados por LA DEMANDANTE, se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL: Son CLIENTES de COMCEL. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones que se derivaron de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró, quedaron en cabeza de COMCEL como prestatario del Servicio de Telefonía Móvil Celular y como empresa que suministra los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) a través de los cuales presta los referidos Servicio de Telefonía Móvil Celular.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y también los contratos de “Venta de Equipos Terminales”.

- 1.1.1.7.2. Porque COMCEL fue la parte que quedó vinculada con los clientes/suscriptores que suscribieron los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales”, fue COMCEL la que percibió los beneficios y asumió los riesgos provenientes de dichos negocios.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO: El provecho proveniente de los contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular y de la venta de equipos terminales era de COMCEL.

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

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

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

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

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

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

- Informes anuales de COMCEL: Ingresos operacionales de COMCEL.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.			
ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)			
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2014 Y 2013			
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)			
	2014		2013
INGRESOS:			
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6.810.190.130	\$	7.022.939.621
Venta de equipos telefónicos	1.857.756.894		1.355.524.972
Total ingresos	8.667.947.024		8.378.464.593

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2014, Pág. 38.

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. - COMCEL S.A.

ESTADOS DE RESULTADOS (No Consolidado)
POR LOS AÑOS TERMINADOS AL 31 DE DICIEMBRE DE 2012 Y 2011
(Expresados en miles de pesos, excepto la utilidad neta por acción)

	2012	2011
INGRESOS:		
Servicios de telecomunicaciones (Nota 20)	\$ 6,799,381,869	\$ 6,213,811,921
Venta de equipos telefónicos	948,181,655	842,059,681
Total ingresos	7,747,563,524	7,055,871,602

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2012, Pág. 30.

HECHO PROBADQ: A partir de las fuentes de sus ingresos operacionales, se deduce que COMCEL obtuvo sus ingresos operacionales con (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y con (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.

Los riesgos son de COMCEL: Porque los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales Financiados” vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos el riesgo de cartera, el riesgo operativo y el riesgo de mercado.

Al respecto, y a título de ejemplo, se transcribe la Nota 13 de los Estados Financieros de COMCEL de 2015 y 2014, en la cual se desagregan los montos a los cuales ascienden las “Cuentas por Cobrar” que COMCEL tiene respecto de sus clientes:

- Informes anuales de COMCEL: Cuentas por cobrar de COMCEL (Cartera).

13. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS POR COBRAR, NETO

Corriente	2015	2014
Suscriptores	\$ 557,817,237	\$ 562,396,138
(...)		
No corriente		
Suscriptores equipos financiados	\$ 567,151,383	\$ 131,357,005

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

Nótese que los riesgos de cartera comprenden los derivados de los equipos terminales financiados, es decir, de los teléfonos celulares que LA DEMANDANTE, actuando en nombre y por cuenta de COMCEL, y según las instrucciones que esta última le impartió, comercializó atados a los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

- Cláusula de CONTRATO: COMCEL asumió el riesgo operativo relacionado con el correcto funcionamiento de las redes celulares y de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards):

6. Deberes y obligaciones de COMCEL. (...) 6.2. Realizar las actividades pertinentes para que la calidad técnica y operativa de los productos y servicios se ajuste a las condiciones señaladas por el Estado, por el fabricante y por COMCEL y se provea su cubrimiento según las mismas.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

Efecto negativo: Asunción del riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias: Otro de los riesgos que COMCEL asumió fue el riesgo de mercado por la competencia y las medidas regulatorias. Al respecto, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (CRT), mediante la resolución 2062 de 2009 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), constató que COMCEL tenía una posición dominante en el mercado de la telefonía móvil celular. A partir de esta constatación, la Comisión ha emitido diversas resoluciones, entre ellas las 2066 y 2067 de 2009, las 2171 y 2172 de 2009 y la 4002 de 2012 (ver Prueba 14 aportada con la demanda), en las cuales ha establecido múltiples medidas regulatorias en contra de COMCEL.

En la resolución CRT 4002 de 2012, por ejemplo, se cuantificó las consecuencias que el riesgo de mercado y regulatorio, le generaron a COMCEL:

Mediante la Resolución CRT 2058 de 2009, la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones (hoy Comisión de Regulación de Comunicaciones -CRC-) definió los criterios y condiciones para determinar los mercados relevantes de telecomunicaciones en Colombia, los mercados susceptibles de regulación ex ante, los proveedores con posición dominante y las medidas regulatorias pro competitivas aplicables en los mismos. Entre los mercados relevantes identificados, la Entidad incluyó el mercado denominado "Voz Saliente Móvil" en el que COMUNICACIÓN CELULAR S.A (COMCEL) presta sus servicios. A través de la Resolución CRT 2062 de 2009, confirmada por la Resolución CRT 2152 del mismo año, la entonces Comisión de Regulación de Telecomunicaciones constató la existencia de posición dominante de COMCEL en el mercado "Voz Saliente Móvil". Así mismo, y como consecuencia de la

constatación de la posición dominante de COMCEL en el referido mercado, mediante la Resolución CRT 2066 de 2009, confirmada a través de la Resolución CRC 2171 de 2009, la Comisión estableció un régimen regulatorio tarifario para COMCEL en el que la tarifa off-net no podía ser superior a la tarifa on-net más el cargo de acceso regulado, en razón a que COMCEL aplica diferenciales de tarifas on-net/off-net que sólo benefician a sus usuarios y que en conjunto con su posición dominante afecta de manera negativa la competencia en el mercado relevante.

4.12.2.1 Ejecución a junio de 2010, de las resoluciones 2066 y 2171 de 2009, COMCEL indica que cumple con la fórmula tarifaria tanto en los planes de prepago como en los planes de postpago, y que la medida a junio de 2010 ha tenido un impacto negativo en el estado de resultados por un valor de \$270 mil millones de pesos entre enero y junio de 2010 (disminución de ingresos y aumento en costos). Entre enero de 2010 y diciembre de 2015, se tendría un impacto financiero negativo en el estado de resultados por un valor de 1,6 billones de pesos.

Prueba 14 aportada con la demanda: CRC resoluciones, 2012 11 09 Medidas Regulatorias.

b) Pruebas Testimoniales:

El siguiente testimonio complementa la información que reposa en los informes anuales de COMCEL y confirma que fue COMCEL la parte que asumió los riesgos asociados a los contratos que LA DEMANDANTE celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. El testigo Oscar Rodríguez se refirió, expresamente, a los riesgos de cartera y operativos que asumió COMCEL.

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Consolidación de Informes COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, en esa cuenta corriente hay un rubro que se denomina suscriptores que es el rubro mayor Quinientos cincuenta y siete millones ochocientos diecisiete mil doscientos treinta y siete (\$557.817.237) y yo te pregunto esa, esos suscriptores que nos has referido que es cartera, ¿Esos suscriptores son parte de los suscriptores que son vinculados por los miembros de la red incluido MULTINEGOCIOS?	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí doctor claro que sí, lo que decía anteriormente hay dos o por la red de distribuidores o por los puntos directos que tiene la compañía, sí señor sí los incluye.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Igualmente te pregunto este, en el rango de no	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí doctor, sí señor.

corriente suscriptores equipos financiados que dice Quinientos sesenta y siete millones ciento cincuenta y un mil trescientos ochenta y tres (\$567.151.383) ¿Esos suscriptores de equipos financiados también igualmente es cartera de esos suscriptores o clientes que en parte son vinculados por los miembros de la red incluido MULTINEGOCIOS de Colombia?	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Entonces yo te pregunto Óscar <u>¿Eso significa que Comcel asume la cartera, los riesgos de cartera de esos suscriptores que en parte fueron vinculados por MULTINEGOCIOS y los demás miembros de la red?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí señor Comcel, Comcel asume el riesgo de la cartera.</u>
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok y específicamente también el riesgo de la cartera de los <u>equipos financiados como dice en esa línea del rango no corriente, de la cartera no corriente ¿Asume esos riesgos Comcel?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí doctor.</u> Hay un tema de penalizaciones que digamos, que pues como no conozco también el, todo el rango o el tema pero, pero al distribuidor que no hace una venta bien, que hubo una fraude, que hubo una, digamos que dependiendo la determinación del fraude pueden cobrarle la cartera o el tipo de riesgo o el tipo de penalización le pueden cobrar al distribuidor el pedazo, si el teléfono se lo roban, entonces digamos que ahí hay un, digamos que un, no sé si un riesgo compartido no lo sé, no lo, no soy jurídico, pero, pero digamos que hay una penalización pero la mayor cantidad del riesgo la asume la compañía Comcel.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, Óscar además de ese riesgo de cartera en los informes anuales que tú elaboras <u>¿Comcel comunica algún otro riesgo además de esa cartera que asuma en esos negocios de, de comercialización de servicios de telefonía móvil celular, que sean asumidos por parte de Comcel?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: <u>Sí, es lo general no, o sea no solamente lo de teléfono sino todos los riesgos o sea hay riesgos de liquidez, riesgos de, hay como cinco tipos de riesgo, riesgos de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de la moneda, riesgo de crédito y riesgo de capital, son los cinco, cinco riesgos que la compañía enuncia en los informes anuales.</u>
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y que son riesgos, <u>son riesgos asumidos por Comcel.</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Son riesgos asumidos por Comcel <u>sí señor.</u>
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: <u>¿Dentro de ese riesgo está el riesgo de mercado?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí está el riesgo de mercado, que es ya asociado al tipo de cambio de la, del, si al tipo</u>

	de cambio, si el cambio fluctúa entonces ese riesgo lo asume la compañía.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, y está el riesgo operativo, el que se refiere a la calidad técnica y operativa de las redes, de los equipos telefónicos ¿En general el riesgo operativo está referido en esos informes anuales como un riesgo asumido por Comcel?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Si, digamos que es el riesgo de capital que enmarca todo entonces sí está, ahí lo, lo asume la compañía el riesgo operativo.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de contratos de “Venta de Equipos Terminales”, contratos que celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL. (ii) Estos contratos vincularon, jurídica y contractualmente, a COMCEL con los respectivos clientes/suscriptores. (iii) Los ingresos provenientes de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales” fueron ingresos de COMCEL, no de LA DEMANDANTE. (iv) COMCEL, como co-contratante, asumió todos los riesgos asociados a los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”, incluidos los riesgos de cartera y los riesgos operativos.

1.1.1.7.3. LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica, no asumió los riesgos de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”.

a) Confesión:

En el hecho 14 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

14. COMCEL, desde 1994 y hasta el 28 de marzo de 2024, ha estado y estará legalmente autorizada para prestar y comercializar servicios de telefonía móvil celular (STMC) en Colombia, y desde entonces viene explotando este servicio.

Demanda reformada, Pág. 26.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 21.

En el hecho 26 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

26. A diferencia de COMCEL, LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (no ha sido concesionaria de la Nación, tampoco ha sido habilitada bajo el régimen de la Ley 1341), no puede, ni directamente, ni por su cuenta, prestar servicios de telefonía móvil celular (STMC).

Demanda reformada, Pág. 32

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto: ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 32.

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, por su cuenta, no puede prestar servicios de telefonía móvil celular en Colombia. (ii) LA DEMANDANTE no se vinculó contractualmente con los clientes/suscriptores de COMCEL que suscribieron los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”. (iii) LA DEMANDANTE, por no ser parte en dichos contratos, no asumió obligación ni riesgo alguno derivado de dichos negocios.

CONCLUSIÓN: (i) LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración de contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de los Equipos Terminales”. (ii) LA DEMANDANTE celebró dichos contratos con los clientes/suscriptores que captó en sus establecimientos; las partes que quedaron vinculadas contractualmente en estos contratos fueron COMCEL y los respectivos clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE. (iii) Los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE, fueron clientes de COMCEL. (iv) LA DEMANDANTE, entonces, celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de los Equipos Terminales”. (v) En el CONTRATO, como elemento esencial suyo, se halla la actuación de LA DEMANDANTE por cuenta de COMCEL.

1.1.1.8. COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

a) Confesión de COMCEL:

En el hecho 109 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

109. Como se explicó en los hechos relativos a la remuneración que devengó LA DEMANDANTE, el sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo dos componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas

Demanda reformada, Pág. 73

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que son ciertos ver
CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 37.

HECHO PROBADO: COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE. El sistema de remuneración que se implementó en el CONTRATO tuvo los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

b) DICTAMEN:

En el DICTAMEN, a partir de los soportes y libros contables que se anexaron por parte del perito, se estableció, **para cada uno de los componentes que tuvo el sistema remuneratorio de LA DEMANDANTE (Ver hecho confesado por COMCEL)**, la remuneración que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO:

COMISIONES

A.1.a)

¿Cuál fue el promedio de las comisiones que MULTINEGOCIOS recibió de COMCEL durante los tres últimos años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE?

RESPUESTA

Con fundamento en la información y documentación suministrada por **MULTINEGOCIOS**, se verificaron **1.894 facturas** que aparecen registradas en la contabilidad de dicha sociedad. Los documentos revisados corresponden al periodo de **mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de las facturas de ventas revisadas y cotejadas con los libros auxiliares y oficiales de contabilidad de **MULTINEGOCIOS**, alcanzaron un monto de **\$3.728.772.824**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos:

PERIODO	CANTIDAD	VALOR
Entre el 17 mayo 2015 al 16 mayo 2016	688	1.413.640.868
Entre el 17 mayo 2016 al 16 mayo 2017	553	1.219.394.740
entre el 17 mayo 2017 al 16 mayo 2018	653	1.095.737.216
TOTALES	1.894	3.728.772.824

DICTAMEN, Pág. 14

DESCUENTOS OTORGADOS EN KITS PREPAGO Y SIM CARDS

A.2.a)

¿Cuál fue el promedio de los descuentos¹ que MULTINEGOCIOS obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **MULTINEGOCIOS** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en kit prepago del Contrato de Voz. **MULTINEGOCIOS** suministró **3.661 facturas** emitidas por **COMCEL** donde se evidencian los descuentos otorgados por cada kit prepago. Los documentos revisados corresponden al periodo de **mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en kits prepago que **MULTINEGOCIOS** obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica alcanzó la suma de **\$1.118.816.177**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos.

PERIODO	VALORES
Entre el 17 mayo 2015 al 16 mayo 2016	676.311.676
Entre el 17 mayo 2016 al 16 mayo 2017	372.233.145
Entre el 17 mayo 2017 al 16 mayo 2018	70.271.356
TOTAL DESCUENTOS KITS ULTIMOS TRES AÑOS	1.118.816.177

DICTAMEN, Pág. 16

A.3.a)

¿Cuál fue el promedio de los descuentos que MULTINEGOCIOS obtuvo por este concepto durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **MULTINEGOCIOS** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de descuento en Sim Cards del Contrato de Voz. **MULTINEGOCIOS** suministró **53 facturas** emitidas por **COMCEL** donde se evidencian los descuentos otorgados. Los documentos revisados corresponden al periodo de **mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de los descuentos en Sim Cards que **MULTINEGOCIOS** obtuvo alcanzó un monto de **\$7.086.510**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos.

PERIODO	VALORES
Entre mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2016	3.965.200
Entre mayo 17 de 2016 a mayo 16 de 2017	1.802.510
Entre mayo 17 de 2017 a mayo 16 de 2018	1.318.800
TOTAL DESCUENTOS SIM CARDS ULTIMOS TRES AÑOS	7.086.510

DICTAMEN, Pág. 19

NOTAS CRÉDITO

A.4.a)

¿Cuál fue el promedio de los montos incorporados en notas crédito que MULTINEGOCIOS obtuvo durante los últimos tres años de ejecución de la relación jurídica patrimonial?

RESPUESTA

Para dar respuesta a esta pregunta, se solicitó a **MULTINEGOCIOS** los documentos que permitieran evidenciar los valores por concepto de *notas crédito*. **MULTINEGOCIOS** suministró **63 soportes de las notas crédito** emitidas por **COMCEL** donde se evidencia que se incorporó un mayor valor a pagar por parte de **COMCEL**. Los documentos revisados corresponden al periodo de **mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2018**, es decir, **36 meses (3 años)**. El valor total de las notas crédito que **MULTINEGOCIOS** obtuvo alcanzó un monto de **\$185.781.311**. A continuación, se indican los valores por cada uno de los periodos.

PERIODO	VALORES
Entre mayo 17 de 2015 a mayo 16 de 2016	102.980.194
Entre mayo 17 de 2016 a mayo 16 de 2017	65.238.242
Entre mayo 17 de 2017 a mayo 16 de 2018	17.562.875
TOTAL NOTAS CREDITO ULTIMOS TRES AÑOS	185.781.311

DICTAMEN, Pág. 22.

HECHO PROBADO: COMCEL efectivamente remuneró a LA DEMANDANTE bajo el sistema de remuneración que COMCEL implementó en el CONTRATO.

c) CONTRATO:

d) Cláusula 2: Anexos del CONTRATO.

2. Anexos

Se adjuntan los siguientes anexos y forman parte de este Contrato:

Anexo A Plan de Comisiones de EL DISTRIBUIDOR.

Anexo B Estándares de Instalación.

Anexo C Plan Coop Publicidad.

Anexo D Apertura de Centros de Venta (CV)

Anexo E. Garantías

Anexo F. Acta de conciliación, compensación y transacción.

Anexo G. Condiciones Generales Sistema Poliedro.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHO PROBADO: En el ANEXO A del CONTRATO regula el Plan de Comisiones de LA DEMANDANTE.

e) **Confesión de COMCEL:** En el hecho 62 de la demanda reformada LA DEMANDANTE alegó:

62. En materia de comisiones, las principales clases fueron:

a) POSPAGO: (i) Comisión por Activación. (ii) Comisión por Permanencia (Buena Venta); eliminada en el año 2014. (iii) Comisión por Residual.

b) KITS PREPAGO: (i) Comisión por Legalización. (ii) Comisión por Buena Venta; eliminada temporalmente en junio de 2016. (iii) Comisión sobre recargas.

c) SIM CARDS: Comisión sobre recargas.

d) CPS: Comisión por cada transacción de recaudo.

e) Comisión COOP: Es una comisión que se pagó por las actividades mercadotécnicas que LA DEMANDANTE realizó y que COMCEL verificó y aceptó.

Demanda reformada, Pág. 44 y 45.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto ver
CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 28:

HECHO PROBADO: Las comisiones que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se clasificaron así:

- POSPAGO: (i) Comisión por Activación. (ii) Comisión por Permanencia (Buena Venta); eliminada en el año 2014. (iii) Comisión por Residual.
- KITS PREPAGO: (i) Comisión por Legalización. (ii) Comisión por Buena Venta; eliminada temporalmente en junio de 2016. (iii) Comisión sobre recargas.
- SIM CARDS: Comisión sobre recargas.
- CPS: Comisión por cada transacción de recaudo.
- Comisión COOP: Es una comisión que se pagó por las actividades mercadotécnicas que LA DEMANDANTE realizó y que COMCEL verificó y aceptó.

- f) **Cartas de Comisiones (Prueba No. 11 aportada con la demanda):** En estas “Cartas de Comisiones”, COMCEL determinó la remuneración que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago, cada plan prepago, cada equipo terminal colocado en el cliente final, cada transacción de recaudo realizada y cada recarga comercializada. LA DEMANDANTE, al expediente, aportó 66 cartas de comisiones que COMCEL le envió entre los años 2005 y 2018. Algunos ejemplos se hallan en las siguientes “Carta de Comisiones” que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

ACTIVACIÓN DE PLANES POSPAGO

1 POSTPAGO

1.1 Comisiones y Anticipos

El pago de comisiones y anticipos por venta de Planes Postpago Masivos será equivalente a un porcentaje del cargo fijo mensual del plan vigente para el usuario al momento de liquidar la comisión y anticipo respectivo al Distribuidor, aplicables en los meses 1, 2, 3 y 6 posteriores a la activación y legalización de la venta. Adicionalmente, para el pago de las comisiones y anticipos de los meses 2, 3 y 6 se requiere se encuentren canceladas por el usuario los cargos fijos de estos meses; así entonces el Distribuidor tendrá derecho al pago de 4 comisiones y anticipos, de acuerdo a la siguiente tabla y cumplimiento de condiciones:

Período de Pago	% del CFM en Planes Abiertos*	% del CFM en Planes Mixtos*
Mes 1 - % CFM	100%	70%
Mes 2 - % CFM	60%	42%
Mes 3 - % CFM	50%	35%
Mes 6 - % CFM	50%	35%

* Dentro del total del porcentaje a pagar al Distribuidor, se encuentra el valor de la comisión más el 20% que corresponde al valor del anticipo.

1.3 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140702_0001

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO A CUOTAS

1.3 Kit a Cuotas

Por la venta de Kit a cuotas, el Distribuidor recibirá una bonificación y un anticipo de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 15.600
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 19.500

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 23.400
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 27.742
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 32.058
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 40.742
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 45.058
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 49.400
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 54.600
\$ 702.001	Adelante	\$ 58.058

Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los datos de los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) Se haya legalizado la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL, envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iv) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (v) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (v) del párrafo anterior, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como el anticipo y el descuento otorgado sobre el precio de venta al público del Kit, deberán ser reembolsados por el Distribuidor a COMCEL pudiendo COMCEL descontarlos de cualquier valor adeudado por COMCEL al Distribuidor.

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

Nótese que la remuneración de LA DEMANDANTE en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiriría a cuotas (financiado), variaba entre \$15.600 y \$58.058 dependiendo del valor del teléfono.

Como se verá a continuación, en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiriría de contado, la remuneración de LA DEMANDANTE era la misma, pero, a diferencia de la remuneración por activación de un Kit Prepago a cuotas (financiado), en el caso de los Kits Prepago de contado esta remuneración se dividía en dos:

- (i) Una comisión fija de \$12.500.
- (ii) Un descuento sobre el precio de venta del Kit al cliente final.

Al sumar la comisión fija y el descuento aplicable según el caso, esta remuneración era idéntica a la que LA DEMANDANTE recibía por la comercialización de un Kit Prepago a cuotas (financiado).

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO DE CONTADO

1 PREPAGO		
1.1 Kit Prepago de Contado		
Por la compra de Kit destinados a la reventa, con pago de contado por parte del Distribuidor, COMCEL le otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:		
RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 0	\$ 18.200	\$ 0
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 5.200
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 9.100
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 13.000
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 17.342
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 21.658
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 30.342
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 34.658
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 39.000
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 44.200
\$ 702.001	Adelante	\$ 47.658

Se pagará por una sola vez la suma de \$10.417 por concepto de bonificación por legalización de Kit y un anticipo de \$2.083 para un total a pagar al Distribuidor de \$12.500, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación del teléfono. (ii) Se haya Legalizado la venta, es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL y que la información haya sido ingresada a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6

En el hecho 109 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

109. Como se explicó en los hechos relativos a la remuneración que devengó LA DEMANDANTE, el sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo dos componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas

Demanda reformada, Pág. 73

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que son ciertos ver
CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 37.

▪ Testimonios:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Gracias su señoría, Andrés Francisco te preguntaba entonces si respecto de esos planes prepago cuales son las comisiones que se le pagaban a MULTINEGOCIOS cuando realizaba, bueno, llamémoslo las remuneraciones ¿cuáles son las remuneraciones que recibía MULTINEGOCIOS al momento de vender un plan en la modalidad de prepago?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: En la modalidad de prepago con kit, con equipo para centrarnos en kit, lo que se paga es el 30% de las recargas que haga el cliente con costo durante los primeros seis meses, entonces lo que hacemos es que esos meses empezamos a contar desde la fecha de activación 30 días, se hace la sumatoria de esas recargas que hizo el cliente final y sobre eso se calcula el 30% y es lo que se le paga como tal al distribuidor, eso es digamos lo que se paga como tal desde el equipo de comisiones en este momento hoy en día, existen también algunos incentivos de buena venta que hubo en algún momento, después ya no hubo y hoy nuevamente pues, hace un tiempo ya los Barcelona activa y es que dependiendo de la cantidad de recargas que haga durante esos seis primeros meses, se llega a cumplir algo así creo que son como treinta mil pesos (\$30,000) durante los seis meses, se le pagan seis mil pesos (\$6000) adicionales. Y hay un ingreso que percibe el distribuidor, pero que no es liquidado por mi equipo, sino que se da a través de una diferencia en precio y es que cuando, lo digo con conocimiento, no porque yo lo haga, cuando COMCEL le vende el equipo al distribuidor se lo vende a un precio X, vamos a decir a un precio de noventa mil pesos (\$90,000) y cuando el distribuidor se lo vende al cliente final, ese equipo realmente vale cien mil (100,000) entonces esos diez mil (10,000) de diferencia pues es una utilidad por diferencia en precio, un ingreso por diferencia en precio que tiene el distribuidor.

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, es decir que esa diferencia de empresa termina siendo una manera en la que el distribuidor termina siendo remunerado entre esa modalidad te kits prepago.	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Tiene una ganancia por venta del equipo que al final el equipo ya es del distribuidor como tal en el momento que lo vende, porque digamos que primero se da la venta COMCEL al distribuidor, el equipo ya es del distribuidor y él se lo vende el cliente final con un diferencial en precio que pues es un ingreso para él por esa venta.
--	---

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Informes de COMCEL.	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, Óscar yo te pregunto en esa modalidad del kit de la que estamos hablando el kit prepago, Comcel por cada una de esas ventas de kit prepago que hacía a los clientes ¿Le daba alguna remuneración a MULTINEGOCIOS y a los demás miembros de la red por haber realizado la venta de ese kit prepago?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Sí, por la venta le da una bonificación, es una bonificación por cada venta de teléfono y una comisión por la, no, no más la bonificación por la venta del teléfono.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Tú sabes si le otorgaba como parte de esa remuneración un margen de utilidad en el precio en el cual, al cual le entregaba el equipo y el precio al cual debía entregarse el equipo al cliente, ¿Había un margen de utilidad que ahí se le entregaba a, a MULTINEGOCIOS?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí señor hay un margen que, o sea a MULTINEGOCIOS y a todos, entonces Comcel,</u> insisto yo soy contable, pero el tema es que digamos que para que el mercado no, no empiece a disparar precios manejaba un margen para toda la red de distribución, entonces el teléfono tenía un valor y el margen tenía otro para todo.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, ese margen era para ver si lo entendemos, Comcel le entregaba el equipo a un precio en la modalidad de kit prepago a MULTINEGOCIOS, primera pregunta ese precio quién lo fijaba ¿Comcel o MULTINEGOCIOS?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Comcel.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Listo y luego cuando MULTINEGOCIOS llevaba el equipo al mercado debía venderle el equipo al cliente a otro precio, quién fijaba ese precio al cual debía entregarse el equipo al cliente ¿Comcel o MULTINEGOCIOS?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Comcel.

[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y había una diferencia de precios entre el precio al cual se le entregaba a MULTINEGOCIOS y el precio al cual se definía el cliente, ¿esa diferencia de precio se entendía como una margen de utilidad o remuneración que iba a recibir MULTINEGOCIOS por haber realizado la venta de ese equipo?	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí Comcel, Comcel pues insisto yo soy el contable, pero básicamente Comcel para poner un ejemplo el teléfono lo vendía en cien pesos (\$100), deberían venderlo en cien pesos (\$100) a la, a la red de distribución había un margen de, un margen que ganaba el, un descuento porque que se facturaba, un descuento facturable no sé el 8% digamos, entonces el distribuidor vendía le pagaba a Comcel noventa y dos pesos (\$92) para, para redondear cifras noventa y dos pesos (\$92) y el distribuidor tendría que vender el teléfono a 100, cuando él vendía el teléfono o lo revendía se ganaba los el 8, los ocho pesos (\$8) del margen o el 8%.
--	--

- Exposición de Motivos del Código de Comercio: Tomo 2, Libros 3, 4 y 5. Actualmente los originales de esta exposición de motivos se halla en los archivos físicos de la Superintendencia de Sociedades.

Otra de las especies de mandato es = el de agencia comercial. El agente obra en forma inde= pendiente, aunque de manera estable. por cuenta de su = principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agen= te promueve y explota los negocios del principal, en = determinada zona. Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fi= jado al agente por el principal y el que éste obtenga = del comprador al colocar el artículo en el respectivo = mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo= importante es que el agente promueva o explote los nego= cios respectivos POR CUENTA del principal. Porque hay = una forma del comercio de importación que suele confun= dirse con la agencia y que en realidad no lo es: se = trata de la distribución de mercaderías por un importu=

dor que las compra al fabricante o al despachador extranjero, sin que opere "por cuenta" de éstos.

Toda utilidad o beneficio que directa o indirectamente reciba el "principal" de las actividades del agente, cuando tal utilidad o beneficio constituyan una de las consideraciones del contrato, implicarán la presencia del requisito "por cuenta", en referencia. De consiguiente, cuando el distribuidor opere en alguna forma "por cuenta" del fabricante o del despachador extranjero, tal distribuidor será igualmente AGENTE de su principal.

Tomo 2, Libros 3, 4 y 5. Actualmente los originales de esta exposición de motivos se halla en los archivos físicos de la Superintendencia de Sociedades.

HECHO PROBADADO: En relación con los KITS PREPAGO que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirían de CONTADO, el descuento remuneratorio que COMCEL estableció a favor de LA DEMANDANTE corresponde a la utilidad que LA DEMANDANTE obtenía en la diferencia de precios entre el precio que COMCEL le fijaba al cliente/suscriptor, y el precio menor que LA DEMANDANTE, del dinero pagado por el cliente/suscriptor. Esta utilidad, según la Exposición de Motivos del Código de Comercio, fue uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial.

COMISIÓN POR TRANSACCIÓN DE RECAUDO: SERVICIOS CPS

a) DICTAMEN:

C.3.b)

Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IUDICE, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta. ¿cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por **MULTINEGOCIOS**, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que **COMCEL** le pagó a **MULTINEGOCIOS** fue de **\$1.521 por transacción de recaudo** ($\$1.005.675.970 \div 661.322$). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

b) Circular:

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES
-----------------------	---

Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	\$ 1.200	\$ 1.400	\$ 1.450	\$ 1.600
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350

26 DE DICIEMBRE DE 2017

INFORMACION CONFIDENCIAL

1

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

ACTIVACIÓN DE SIM CARDS

1.3 Amigo SIM

Para las activaciones de líneas prepago con Amigo Sim que se realicen en el periodo a partir del **01 de Enero de 2017**, el distribuidor tendrá derecho a recibir dentro de los seis meses siguientes a la activación de la línea una bonificación mensual del 8% del valor de las recargas realizadas dentro del respectivo mes. Esta bonificación se reconocerá, siempre y cuando la línea haya realizado un evento con costo.

Así mismo, para el pago de la bonificación y el anticipo se requiere que el cliente este activo en COMCEL, que los documentos hayan sido debidamente revisados y aprobados conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL e ingresados a través de los sistemas de activación y de legalización (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales y que las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3° de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Carta de Comisiones. Archivo 20161228.

HECHO PROBADO: COMCEL, a través de las denominadas Cartas de Comisiones fijó las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cada plan pospago y cada plan prepago activado en la red celular de COMCEL, y, a través de Circulares, fijó la comisión que LA DEMANDANTE recibiría por cada transacción de recaudo realizada.

1.1.1.9. Zona Prefijada.

a) Confesión de COMCEL:

En los hechos 57 y 58 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

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

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

Demanda reformada, Págs. 43

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 27:

57. Es cierto, en los puntos previamente autorizados por COMCEL.

58. Es cierto.

Contestación de COMCEL a la Demanda reformada, Págs. 27

HECHO PROBADQ: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área ORIENTAL y, dentro del área ORIENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

b) Pruebas documentales:

- **Cláusulas del CONTRATO:**

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

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

7.2. EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la

forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios; mantendrá locales, oficinas, establecimientos de comercio, instalaciones, salones de exhibición, puntos de ventas o espacios del tamaño, calidades, cantidades, especificaciones, características, tipo y por el término que a juicio de COMCEL sean convenientes o satisfactorios para propiciar la penetración, los volúmenes de ventas de los productos y de los servicios y para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio.

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

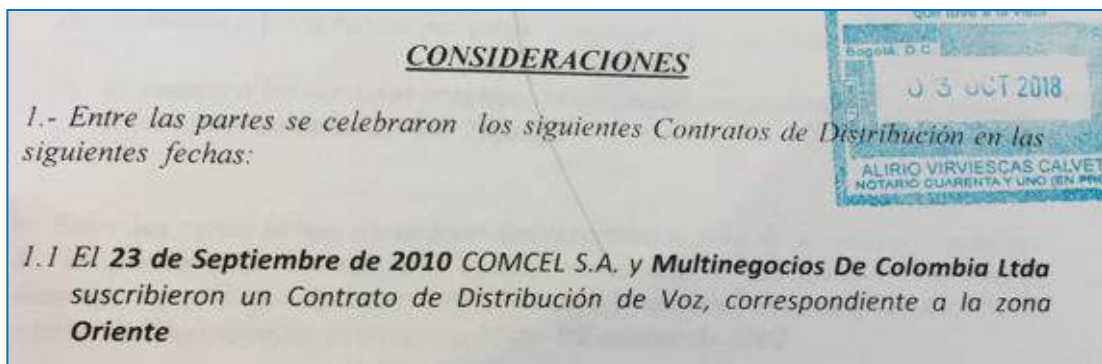
19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

MODELO ANEXO C. El DISTRIBUIDOR calificado como Centro de Ventas y COMCEL han llegado a un acuerdo, para la creación de un fondo destinado a actividades de mercadeo y publicidad, dentro de las siguientes condiciones: OBJETIVOS. 1.1 El Plan CO-OP ha sido establecido para motivar al Centro de Ventas a promover los productos y servicios. 1.2 Colaborar con el Centro de Ventas con el acceso al fondo para lograr presencia en el mercado. 1.3 Mantener un alto nivel de conocimiento de COMCEL dentro del área de cubrimiento.

Prueba No. 8 aportada con la demanda: Modelos contractuales de COMCEL.

- Actas de conciliación de cuentas:



Prueba No. 2 aportada con la CONTESTACIÓN de la demanda reformada: Actas Conciliación de Cuentas.

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área ORIENTAL y, dentro del área ORIENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

- Prueba No. 06 aportada con la demanda: En esta carpeta se hallan los certificados de matrícula mercantil de los establecimientos de comercio que LA DEMANDANTE, en efecto, abrió en el ÁREA ORIENTAL.

HECHO PROBADO: LA DEMANDANTE, en efecto, operó establecimientos de comercio ubicados en el Área ORIENTAL, área que corresponde al territorio del CONTRATO.

1.1.1.10. La clientela gestionada por LA DEMANDANTE fue la clientela de COMCEL.

a) Confesión de COMCEL:

LA DEMANDANTE, en los hechos 77 y 78 de la demanda reformada, alegó:

77. LA DEMANDANTE no podía desviar ni distraer la clientela que captó a favor de COMCEL. Al respecto, en el CONTRATO SUB IÚDICE estableció

78. En franca coherencia con las cláusulas transcritas, y a propósito de los avisos exteriores que identificaron los establecimientos de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, el 13 de abril de 2005 COMCEL emitió la circular GSD-2005-153468 en la cual se manifestó:

Para De Asunto	Distribuidores Comcel María del Pilar Suárez G. MANTENIMIENTO DE AVISOS
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	
Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.	

COMCEL, al contestar la demanda, confesó como ciertos los hechos 77 y 78; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 31:

77. Es cierto, por cuanto la clientela siempre fue directamente de Comcel.

78. Es cierto. Precisamente esto demuestra que la gestión de publicidad se hacía de conformidad con las instrucciones de Comcel.

b) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades

competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR, verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada advirtiéndole que se entiende rendida bajo gravedad del juramento y adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los clientes y abonados que LA DEMANDANTE gestionó y los cuales se vincularon con COMCEL mediante un contrato de “prestación de servicios de telefonía móvil celular” y/o de venta de un equipo terminal debidamente activado en la red celular de COMCEL, fueron clientes de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE no podía desviar esos clientes a favor de un tercero.

- **Informes de sostenibilidad de COMCEL:**

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

Página 31: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y

servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

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

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2012 de COMCEL

Página 23: Distribuidores: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes...

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

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

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

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

c) Testimonios:

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Muchas gracias su señoría, muy amable, Juan Carlos en varias respuestas que otorgarte en la primera tanda de preguntas tú te referiste a varias veces al concepto de los clientes, yo te pregunto <u>¿esos son clientes de quién?</u>	[JUAN CARLOS VILLESICAS]: <u>De COMCEL, CLARO.</u>

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey Juan Carlos, ya vamos terminando, gracias por la paciencia, precisamente para mantener ese cliente que por ejemplo en el caso de MULTINEGOCIOS que trabajaban un centro comercial y en ese centro comercial estaba MULTINEGOCIOS con su letrero de CLARO y al lado tenía a otros competidores que tú refieres como Movistar, Tigo, ¿tener abierto ese punto en ese centro comercial con la marca de CLARO no significa precisamente algo que sirve para mantener a los clientes en el centro comercial? Y no perderlos si lo quito.	[JUAN CARLOS VILLESICAS]: No señor, el punto de venta, el 90% lo tienes para vincular clientes que es la labor del distribuidor, vincular clientes, él no hace mantenimiento por promoción o por retención que es lo que nosotros gestionamos desde COMCEL, <u>entonces el objeto del distribuidores poder capturar clientes nuevos</u>, para eso se ubica en un centro comercial que pues el centro comercial <u>efectivamente es para poder vincular clientes</u> y aprovecharse el tráfico que tiene por los otros locales que se integraron en ese espacio.
--	--

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Coordinador Comercial de COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y cuál era el objetivo de todas esas actividades comerciales o promocionales que tú estás refiriendo?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Captar clientes y vender productos y servicios de COMCEL S.A.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Cuando tú te refieres a clientes y te has referido en varias preguntas a clientes, ¿te estás refiriendo a clientes de quién?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Clientes de COMCEL.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, tú referiste ahí que esos productos se les vendían a los clientes, yo te pregunto <u>¿esos son clientes de quién? ¿A quienes se venden en esos planes?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Son clientes de COMCEL</u> que tienen contratado el servicio con COMCEL.

Testimonio de María del Pilar Suarez. Gerente Universidad COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Doctora María del Pilar. Doctora María del Pilar, además de esas capacitaciones, bueno, empecemos por, digamos, una de sus últimas respuestas. Usted nos hablaba en estas capacitaciones y se refería a la buena venta a los clientes.	[TESTIGO MARIA DEL PILAR SUÁREZ]: Los clientes son atendidos por el distribuidor, pero pues son clientes que compran los servicios de COMCEL.

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Informes COMCEL.	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, ese usuario, ese cliente al cual se le presta ese servicio prepago ¿Es un usuario, un cliente de quién?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Como decía de los, digamos que es de <u>COMCEL</u> . Comcel es el prestador de servicio es un cliente que ahorita actualmente por Comcel tener la licencia pues es un cliente de Comcel.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, ese cliente al cual le presta el servicio en la modalidad de prepago Comcel ¿Es uno de esos clientes que se vinculan por las labores realizadas por los miembros de la red incluido en este caso MULTINEGOCIOS?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Sí, digamos sí realmente el, el usuario va al punto de venta del distribuidor y allá lo activa no sé si, no, conozco temas comerciales, pero sí o sea lo que siempre he dicho hay una parte de unos puntos directos que activa Comcel y los puntos que maneja la red de distribución.

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

1.1.2. Conclusiones sobre las pruebas obrantes en el expediente en relación con la naturaleza jurídica del CONTRATO.

En el presente proceso, contrariamente a lo dicho por el juez a quo en la SENTENCIA, tal y como consta en el anterior numeral 1.1.1. de la presente sustentación, sí se probó que la naturaleza del CONTRATO fue de Agencia Comercial; veamos:

Los elementos esenciales del contrato de Agencia Comercial son: (i) Calidad de las partes: El agente y el empresario agenciado son comerciantes. (ii) Independencia del agente: el agente comercial no está subordinado al empresario agenciado. (iii) Estabilidad o permanencia del vínculo negocial: el encargo que el empresario agenciado le hace al agente comercial no es esporádico, es permanente. (iv) Encargo de promover y explotar el negocio del empresario agenciado: el empresario agenciado le encarga la promoción y explotación de su negocio al agente comercial. (v) La Zona Prefijada: el agente comercial ejecuta el referido encargo en las zonas que el empresario agenciado determina. (vi) Remuneración del agente comercial: en la agencia comercial se pacta

una remuneración a favor del agente comercial; esta remuneración puede consistir en una comisión, en una utilidad (diferencia en precio) o en una regalía (porcentaje sobre los ingresos generados a favor del empresario agenciado). (vii) Actuación del agente por cuenta del empresario agenciado: el agente comercial ejecuta el encargo de explotación del negocio del empresario agenciado mediante la celebración, por cuenta del empresario agenciado, de negocios jurídicos.

i. Las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, demuestran que el CONTRATO reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial, así:

- ✓ COMCEL y LA DEMANDANTE son comerciantes.
- ✓ LA DEMANDANTE no es subordinada de COMCEL; LA DEMANDANTE celebró y ejecutó el CONTRATO en su calidad de empresario independiente de COMCEL.
- ✓ El CONTRATO se ejecutó de manera estable y permanente.
- ✓ COMCEL le encargó la promoción y explotación de su negocio a LA DEMANDANTE.
- ✓ El negocio de COMCEL consiste en (i) la prestación del servicio de telefonía móvil celular y (ii) la venta de los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) que técnica y operativamente se requieren para poder prestar dicho servicio.
- ✓ Para la ejecución de dicho encargo, COMCEL le prefijó una zona a LA DEMANDANTE, a saber, la zona ORIENTAL del país.
- ✓ COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE.

El sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO a favor de LA DEMANDANTE estuvo integrado por los siguientes componentes: (i) Comisiones. (ii) Utilidades que fueron equivalentes a los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago de contado y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas de tiempo al aire comercializadas..

- ✓ LA DEMANDANTE, en la zona prefijada, explotó el negocio de COMCEL mediante la celebración, **en nombre y por cuenta de COMCEL**, de (i) contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y, (ii) contratos de “Venta de Equipos Terminales”. Estos contratos se perfeccionaron así:

- ✚ COMCEL le enviaba a LA DEMANDANTE los textos de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”. Estos contratos tenían unos espacios en blanco que LA DEMANDANTE debía completar con los datos de cada cliente captado y con los datos de los elementos accidentales acordados con cada cliente: p.e. plan pospago o prepago elegido por el cliente, equipo terminal elegido por el cliente (teléfono celular o Sim Card), valor de activación del plan pospago o prepago, valor del equipo terminal, condiciones de financiación del equipo terminal cuando COMCEL lo financiaba, etcétera.

- ✚ Una vez LA DEMANDANTE y el respectivo cliente/suscriptor concertaban los elementos accidentales de los negocios, se suscribían, **DE MANERA SIMULTÁNEA**, el contrato de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y el contrato de “Venta de Equipo Terminal”. En los planes pospago y en la venta de equipos terminales financiados (Pospago y Prepago), los clientes/suscriptores, además de estos contratos, suscribían a favor de COMCEL un pagaré en blanco con su respectiva carta de instrucciones.

- ✚ LA DEMANDANTE, una vez suscritos los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”: (i) Activaba en la red celular de COMCEL la respectiva línea de telefonía móvil celular; esta activación la realizaba directamente LA DEMANDANTE a través del sistema POLIEDRO. (ii) Le entregaba al cliente/suscriptor el respectivo equipo terminal debidamente activado. A partir de la activación, el cliente/suscriptor accedía al plan pospago o prepago de Telefonía Móvil Celular contratado con COMCEL y desde este momento podía realizar y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto, etcétera. (iii) LA DEMANDANTE, finalmente, le enviaba a

COMCEL los contratos físicos que acordó con cada cliente/suscriptor y los demás documentos exigidos por COMCEL: Copia de la cédula del cliente, copia del certificado de existencia y representación (cuando es persona jurídica) con copia de la cédula del representante legal, los pagarés en blanco con sus cartas de instrucciones (planes pospago y venta de equipos terminales financiados), etcétera.

- ✚ El provecho fue de COMCEL: Los dineros que los clientes/suscriptores de COMCEL pagaron en virtud de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales” constituyeron ingresos operacionales de COMCEL. Por expresa disposición contractual, estos dineros (servicios y productos) eran propiedad de COMCEL.

Los ingresos de LA DEMANDANTE, en contraste, provenían del sistema remuneratorio pactado en el CONTRATO.

- ✚ Los riesgos fueron de COMCEL: Porque los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y los contratos de “Venta de Equipos Terminales Financiados” vincularon a COMCEL con sus clientes/suscriptores, fue COMCEL la parte que asumió, directa y jurídicamente, los respectivos riesgos, entre ellos los riesgos de cartera y los operativos relacionados con la correcta prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular y correcto funcionamiento de los Equipos Terminales - teléfonos celulares y Sim Cards-.

- ✓ La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue la clientela de COMCEL: Con la celebración de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipo Terminal”, los clientes/suscriptores captados por LA DEMANDANTE quedaron vinculados contractualmente con COMCEL, no con LA DEMANDANTE. Estos clientes/suscriptores, en consecuencia, pasaron a ser clientes directos de COMCEL.

1.2. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER DECLARADO QUE EL CONTRATO FUE UN CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL POR REUNIR LOS ELEMENTOS DE LA ESENCIA DE ESTE TIPO DE CONTRATO Y POR HABER SIDO LA REAL INTENCIÓN DE LAS PARTES

1.2.1. El CONTRATO, al reunir los elementos esenciales de la Agencia Comercial fue un típico negocio de Agencia Comercial y así se ha debido declarar la SENTENCIA.

COMCEL, como lo demuestran las pruebas que la SENTENCIA no tuvo en cuenta, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO; LA DEMANDANTE se adhirió al CONTRATO.

La cláusula cuarta, la cláusula 15 y todas las demás estipulaciones del CONTRATO en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio celebrado, o en las que lo denominó un atípico negocio de distribución, de comisión o de “compras para la reventa”, están amparados por el principio *pacta sunt servanda* (Art. 1602 CC).

Asimismo, las otras cláusulas del CONTRATO en las que se hallan los elementos esenciales de la Agencia Comercial también están amparadas por el principio *pacta sunt servanda*.

Del texto contractual extendido por COMCEL (cláusula 4ª, cláusula 15, etcétera), por una parte, y de los elementos esenciales del CONTRATO, por la otra, se pueden deducir DOS VOLUNTADES NEGOCIALES que son contradictorias y excluyentes entre sí: (i) Una primera voluntad negocial que intenta derrotar toda posibilidad de una Agencia Comercial, bien sea mediante su exclusión expresa o mediante una velada calificación del CONTRATO como un atípico negocio de Distribución, de Comisión o de “Compras para la Reventa”. (ii) Una segunda voluntad negocial que se extrae a partir de la causa originadora, del objeto estructural y de las obligaciones emanadas del contrato celebrado y ejecutado, y que permite deducir que el CONTRATO incorpora todos y cada uno de los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

Estas voluntades contradictorias y excluyentes entre sí, en preciso lenguaje jurídico, configuran una “antinomía”.

Con fundamento en los Arts. 1501 CCO, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 8° de la Ley 153 de 1887 y 23 del CST (ora por analogía, ora por incorporar un principio general de derecho), y a partir del principio del “Contrato Realidad” que las subyace, la referida antinomia se resuelve a favor de la calificación del CONTRATO como un típico negocio de Agencia Comercial.

Como fundamento complementario se tiene: Según el Art. 898 CCO (Inciso 2°), un contrato solamente se puede declarar inexistente cuando falte alguno de sus elementos esenciales. En el presente caso, la SENTENCIA declaró la inexistencia de una Agencia Comercial, esto a pesar de que el CONTRATO, como resultó probado, reunió todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

- Del error de derecho cometido por las partes en cuanto a la calificación del CONTRATO:
 - ✓ COMCEL, se reitera, fue la parte que redactó y extendió el CONTRATO. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, incorporó cláusulas en las que denominó el negocio como un atípico negocio de distribución y, además, incorporó otras que excluyeron expresamente a la Agencia Comercial como calificación suya.
 - ✓ Al clausulado así concebido se adhirió LA DEMANDANTE.
 - ✓ Al resultar probado que entre las partes se celebró y se ejecutó un típico negocio de Agencia Comercial, las cláusulas que COMCEL extendió y a las que LA DEMANDANTE se adhirió, y en las que el negocio se calificó como un atípico contrato de distribución, o en las que se excluyó expresamente una Agencia Comercial, fueron cláusulas que incorporaron un “Error de Derecho” (NO UNA FALSEDAD IDEOLÓGICA).

Este error de derecho, en voces del Art. 1509 CC, no vició el consentimiento:

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

El error de derecho incorporado en el texto contractual que COMCEL extendió, y el silencio que frente a él mantuvo LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, en nada afectaron la naturaleza jurídica ni la validez de la Agencia Comercial realmente celebrada.

A propósito de este “Error de Derecho”, en la SENTENCIA el juez señaló:

En cuanto a las inconformidades clausulares del contrato, mirese que estas se abrieron paso con esta demanda, pues no logró demostrar la demandante que antes de mayo de 2018, hubiere elevado petición o reclamo ante la sociedad demandada, a efectos de modificar el tipo contractual suscrito o alguna de las cláusulas dispuestas en el contrato báculo de acción, información que además fue corroborada por este despacho con los distintos interrogatorios y testimonios recaudados, pues ninguno de los citados logró justificar y acreditar, aunque fuese sumariamente, que las inconformidades objeto de esta demanda se hubieren planteado a Comcel antes de 2018.

(PÁGINA 64 SENTENCIA)

En relación con este argumento, se tiene:

- Durante la ejecución del CONTRATO, ninguna de las partes le elevó a su co-contratante reclamación alguna relacionada con algún elemento natural de la Agencia Comercial, motivo por el cual, durante su ejecución, nunca surgió la necesidad de develar la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.
- LA DEMANDANTE, durante la ejecución del CONTRATO, se ocupó enteramente de cumplir con las obligaciones de dar, hacer y no hacer que tuvieron por fuente al CONTRATO, las cuales debía cumplir en armonía con las instrucciones que COMCEL le enviaba periódicamente a través de las denominadas “Circulares” y “Cartas de Comisiones”.
- Las principales consecuencias económicas y normativas de la Agencia Comercial se desatan al momento de su terminación: (i) Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Derecho de retención del Art. 1326 CCO. (iii) Indemnización especial del inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO, cuando hay lugar a ella.
- Por este motivo, solamente hasta el momento de la terminación del CONTRATO fue cuando LA DEMANDANTE ejerció el derecho de retención del Art. 1326 CCO y le reclamó a COMCEL la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO y la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO.

Solamente al momento de la terminación del CONTRATO, entonces, surgió entre las partes una controversia relativa a la verdadera naturaleza jurídica del CONTRATO.

La espera de ocho (8) años es, jurídicamente, irrelevante: Ninguna prescripción se generó al respecto. En efecto, la Prestación Mercantil y la indemnización especial

del inciso 2º del Art. 1324 CCO que LA DEMANDANTE reclama, se hicieron exigibles al momento de la terminación del CONTRATO, de tal manera que el respectivo término de prescripción se empieza a contar a partir de la fecha de su terminación:

ARTÍCULO 2535 CC: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones. Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

En los subsiguientes subtítulos se desarrolla el Principio del Contrato Realidad, se demuestra que COMCEL, como predisponente del CONTRATO intentó eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial, se demuestra que el CONTRATO no reunió los elementos esenciales de un típico contrato de COMISIÓN y se demuestra que el “Error de Derecho” en que incurrió COMCEL y al que se adhirió LA DEMANDANTE relativo a la calificación del CONTRATO, no vició el consentimiento de las partes ni tampoco generó consecuencia jurídica alguna.

1.2.2. Principio del “Contrato Realidad”.

Este principio, en materia civil y por ende comercial¹, se deriva de los artículos 1501 y 1618 del CC:

ART. 1501 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

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

¹ ART. 822 CCO: “Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.”

Según este principio, una vez reunidos los elementos esenciales de un contrato en particular, se entiende que existe tal contrato y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé, ni por otras condiciones o modalidades que se le agreguen, por ejemplo, a través de elementos accidentales.

El principio del “Contrato Realidad”, así concebido, está perfectamente enunciado en la ley laboral:

Numeral 2º del artículo 22 del Código Sustantivo del Trabajo: (...) 2. Una vez reunidos los tres elementos de que trata este artículo, se entiende que existe contrato de trabajo y no deja de serlo por razón del nombre que se le dé ni de otras condiciones o modalidades que se le agreguen.

Por vía del artículo 8º de la Ley 153 de 1887 también se explica la aplicación de este principio claramente incorporado en la ley laboral a la cuestión sub iúdice, ora por analogía, ora por ser una regla general del derecho:

Ley 153 de 1887. Art. 8º: Cuando no haya ley exactamente aplicable al caso controvertido, se aplicarán las leyes que regulen casos o materias semejantes, y en su defecto, la doctrina constitucional y las reglas generales de derecho.

En suma, a partir de los artículos 1501 y 1618 del CC por una parte, y de los artículos 22 del CST y 8º de la Ley 153 de 1887 por la otra, se predica que sobre el CONTRATO rige el principio del “Contrato Realidad”.

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

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

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

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

En las siguientes sentencias también sostuvo:

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

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: En tales casos, cuando surgen diferencias que son sometidas al arbitrio judicis, surge a cargo del fallador el deber de interpretar cuál es el verdadero querer de los contratantes, conforme a su naturaleza y sin consideración a la denominación que se la haya asignado, dejando el camino despejado de dudas, sin que para ello sea indispensable que quien formule el libelo invoque la existencia de acuerdos simulatorios como paso previo al reconocimiento de los derechos en su favor y las obligaciones a cargo. Ese proceder, a pesar de ser viable, se hace innecesario si se tiene en cuenta que el calificativo, erróneamente acordado o impuesto por uno de los intervinientes, no delimita el campo de acción, sino que el mismo obedece a sus cláusulas y los giros dados cuando se les pone en práctica. Sobre este punto la Corte tiene precisado que “es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual. Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes; la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos; y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido

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

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

1.2.3. El CONTRATO, según la real intención de las partes, fue de Agencia Comercial.

Las cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO, en su literalidad, rehúyen una Agencia Comercial como calificación jurídica del CONTRATO. Sin embargo, según el Art. 1628 CC, prevalece la intención de los contratantes sobre lo literal de las palabras.

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

En el presente proceso, y a partir de las pruebas que el Juez ad quo pretermitió, resultó probado que las partes celebraron y ejecutaron una típica Agencia Comercial.

Entonces, al resultar probado que la causa y la finalidad común que motivó la celebración del CONTRATO, y que el objeto, contenido y alcance de las obligaciones contractuales que las partes asumieron y ejecutaron, corresponden todos con la esencia de una Agencia Comercial, no queda duda alguna que la intención común de COMCEL y LA DEMANDANTE fue la de celebrar y ejecutar una típica Agencia Comercial, intención que, jurídicamente, prevalece sobre la literalidad de la cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) que COMCEL extendió.

1.2.4. COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió cláusulas con las cuales intentó eludir las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial.

COMCEL, como predisponente del modelo contractual al que se adhirieron los miembros de su red de agentes/distribuidores (LA DEMANDANTE incluida), v. gr. como predisponente del CONTRATO, realizó ingentes esfuerzos para eludir las consecuencias económicas que son connaturales al contrato de Agencia Comercial, entre ellas la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO, la indemnización especial que regula el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO y el derecho de retención que regula el Art. 1326 CCO.

Hicieron parte de estos intentos los siguientes:

- COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas de renuncia de prestaciones e indemnizaciones en perjuicio de LA DEMANDANTE: Cláusulas 5.3 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas de indemnidad a su favor: Cláusula 17.4 del CONTRATO.
- COMCEL impuso cláusulas que simulan el pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones: Cláusulas 30 (inciso 3º) del CONTRATO.
- COMCEL extendió cláusulas que simulan débitos a su favor que se causarían al momento de la terminación del CONTRATO, débitos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil que legalmente se causó a favor de LA DEMANDANTE: Cláusula 15, inciso 2º, Anexo C, Núm. 5º del CONTRATO.

De estos intentos elusivos de COMCEL, por su pertinencia, únicamente se hará referencia, en el presente cargo, al siguiente: COMCEL denominó el CONTRATO como un negocio atípico de distribución y excluyó a la Agencia Comercial como calificación del negocio sub iúdice: Cláusulas 4ª y 15 (inciso 1º) del CONTRATO. Respecto de los otros intentos elusivos, en el Cargo Segundo de la presente demanda se atacará la SENTENCIA por no haber anulado, como ha debido hacerlo, las respectivas cláusulas elusivas y abusivas extendidas por COMCEL.

COMCEL, se reitera, fue la parte que extendió el CONTRATO; son diversas las implicaciones que acarrea el que COMCEL haya extendido o dictado el CONTRATO; una de ellas versa sobre su interpretación:

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

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

- a) Caso 1. Un texto oscuro: Del texto incorporado en una misma estipulación (p. e. en una única cláusula) se pueden extraer dos reglas diferentes, esto según la interpretación que se les dé a las palabras extendidas. En este caso se debe preferir la regla que se extraiga del entendimiento que el adherente hizo de la respectiva cláusula.

- b) Caso 2. Dos textos claros, pero antinómicos: Del texto claro e inequívoco de una primera cláusula se extrae una primera regla, pero, del texto también claro e inequívoco de una segunda cláusula, se extrae una segunda regla que contradice a la primera. Frente a esta antinomia contractual se debe preferir la regla o precepto que favorezca al adherente.

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

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

En el presente caso, resultó probado que COMCEL, como predisponente del CONTRATO, extendió unas cláusulas que rehúyen la calificación del contrato como un típico negocio de Agencia Comercial pero, simultáneamente, extendió otras que incorporan todos y cada uno de los elementos esenciales de la Agencia Comercial.

Ante la ambigüedad del texto así concebido por COMCEL, la interpretación del CONTRATO se debe hacer en contra de COMCEL, es decir, en contra de sus inicuos intentos que, como predisponente del texto contractual, realizó por eludir las consecuencias naturales de la Agencia Comercial.

CONCLUSIÓN: La SENTENCIA al no tener en cuenta las pruebas que han sido referidas en los anteriores numerales que probaron que el CONTRATO reúne todos y cada uno de los elementos de la esencial del contrato de agencia comercial y no aplicar a la interpretación y definición sobre la naturaleza del CONTRATO los principios del Contrato Realidad y la interpretación del clausulado antinómico del CONTRATO en favor de LA DEMANDANTE como adherente y en contra de COMCEL como predisponente del texto contractual:

- a) No declaró en la SENTENCIA que el CONTRATO fue un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, con lo cual se violaron los Arts. 27 (inciso 2º) CC, 1501 CC, 1509 CC, 1618 CC, 1622 CC, 1624 CC, 1509 CC, 822 CCO, 898 (Inciso 2º) CCO, 1317 CCO, 8º de la Ley 153 de 1887 y 23 (Núm. 2º) Código Sustantivo del Trabajo).

- b) Este yerro cometido por el Juez A quo, asimismo, conllevó a una violación del inciso 1º del Art. 1324 CCO, el Art. 1326 CCO y los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP; en efecto, la violación de estas normas impidió:
- Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial de esta norma.
 - Que en la SENTENCIA se condenara a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han venido causando desde la notificación a COMCEL del auto admisorio de la demanda, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial de los Arts. 65 de la Ley 45 de 1990, 1608 (Núm. 3) CC y 94 CGP.
 - Que en la SENTENCIA se declarara que LA DEMANDANTE ejerció, válidamente, el derecho de retención, lo que constituyó una violación indirecta y consecuencial del Art. 1326 CCO.

1.3. LAS PARTES NO PUEDEN RENUNCIAR A LA NATURALEZA DEL CONTRATO

- 1.3.1. Error de la SENTENCIA al considerar que el CONTRATO no fue de agencia porque las partes en algunas de sus cláusulas excluyeron expresamente a la Agencia Comercial como calificación del CONTRATO. Los pactos, “no tienen la calidad con que los designan los contratantes, sino la que realmente les corresponde, según sus características legales”.

La SENTENCIA como parte de su fundamentación para negar la existencia de un contrato de agencia, transcribió la Cláusula 4 del CONTRATO que dice:

El presente contrato es de distribución. Nada en ese contrato se interpretará no constituirá ... agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implicará responsabilidad coligada, compartida o plural ni obligación por CELCARIBE en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad , ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por interferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresa o implícitas con respecto al servicio, salvo las expresamente autorizadas por CELCARIBE según los términos y condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a CELCARIBE en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de las calidades.

El juez A quo en el proceso de calificación jurídica del CONTRATO, invocó la referida Cláusula 4 para colegir que entre las partes no se celebró una Agencia Comercial.

El proceso interpretativo de los contratos, en sentido amplio, está compuesto por las siguientes tres etapas sucesivas:

- a) Interpretación en sentido estricto o etapa de verificación: En esta primera etapa se busca verificar el significado jurídicamente relevante de lo dicho por las partes. A partir del resultado obtenido, se extrae el contenido obligacional que las partes acordaron y, de él, los elementos esenciales del contrato celebrado. **Esta etapa está regulada por los Arts. 1618 a 1624 CC.**
- b) Etapas de Calificación Jurídica: En esta etapa se establece si los elementos esenciales del contrato celebrado coinciden con los elementos esenciales de algún contrato tipificado en la Ley. De haber coincidencia al contrato celebrado se le asigna la calificación legal que corresponda. Porque no todos los contratos que se celebran en el tráfico civil y mercantil están tipificados en la Ley, es posible que el resultado de esta etapa arroje la existencia de un contrato atípico. **Esta etapa está regulada por el Art. 1501 CC.**
- c) Etapas de Integración: En esta etapa se integra el contrato celebrado con reglas contractuales que provienen de fuentes externas al reglamento acordado por las partes (p.e. elementos naturales que provienen de normas imperativas, normas supletivas, costumbre, etcétera).

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: Sobre este punto la Corte tiene precisado que "es conocido que el proceso interpretativo, entendido en un sentido lato, comprende las labores de interpretación, calificación e integración del contenido contractual.

Es la interpretación una labor de hecho enderezada a establecer el significado efectivo o de fijación del contenido del negocio jurídico teniendo en cuenta los intereses de los contratantes;

la calificación es la etapa dirigida a determinar su real naturaleza jurídica y sus efectos normativos;

y la integración es aquél momento del proceso que se orienta a establecer el contenido contractual en toda su amplitud, partiendo de lo expresamente convenido por las partes, pero enriqueciéndolo con lo que dispone la ley imperativa o supletiva, o lo que la buena fe ha de incorporar al contrato en materia de deberes secundarios de conducta, atendiendo su carácter de regla de conducta -lealtad, corrección o probidad-. (...)

En relación con el proceso de interpretación en sentido amplio de los contratos, importan, en el presente cargo, dos normas sustanciales: El Art. 1501 CC y el Art. 822 CC; el primero determina la etapa de "calificación jurídica" de los contratos civiles, y el segundo extiende su aplicación a los contratos mercantiles.

Etapas de "calificación jurídica": El Art. 1501 CC establece:

ARTICULO 1501 CC: Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se le agregan por medio de cláusulas especiales.

La calificación de un contrato es una labor estrictamente jurídica que, en armonía con el Art. 1501 CC, se limita a establecer si los elementos esenciales del contrato calificado, coinciden o no con los elementos esenciales de un contrato tipificado en la Ley: Si coinciden, al contrato se le asigna la calificación legal que corresponda; si no coinciden, se estaría en presencia de un contrato atípico.

En la etapa de calificación del contrato, las cláusulas que los co-contratantes extiendan y en las que se califique el contrato de alguna manera o se excluya de su calificación algún tipo contractual en particular, carecen de toda eficacia normativa, pues la Ley, de manera perentoria, estableció que para la calificación jurídica de un contrato únicamente se tendrán en cuenta sus elementos esenciales. Por este motivo, dichas cláusulas no determinan ni afectan de manera alguna el proceso de calificación del negocio.

Al respecto, la H. Corte Suprema de Justicia ha dicho:

Sentencia del 27 de marzo de 2012, Sala de Casación Civil. Expediente 1100131030032006-00535-01. Páginas 18 a 21: (...) Específicamente, la calificación del contrato alude a aquel procedimiento desarrollado para efectos de determinar la naturaleza y el tipo del contrato ajustado por las partes conforme a sus elementos estructurales, labor que resulta trascendental para establecer el contenido obligacional que de él se deriva. Allí será necesario, por tanto, distinguir los elementos esenciales del contrato de aquellos que sean de su naturaleza o simplemente accidentales. Para llevar a cabo la labor de calificación, el juez debe determinar si el acto celebrado por las partes reúne los elementos esenciales para la existencia de alguno de los negocios típicos y, si ello es así, establecer la clase o categoría a la cual pertenece, o, por el contrario, determinar si el acto es atípico y proceder a determinar la regulación que a él sea aplicable. (...) Por tanto, la calificación es una labor de subsunción del negocio jurídico en un entorno normativo, fruto de lo cual se podrá definir la disciplina legal que habrá de determinar sus efectos jurídicos:

Es evidente, claro está, que en la labor de calificación contractual el juez no puede estar atado a la denominación o nomenclatura que erróneamente o de manera desprevénida le hayan asignado las partes al negocio de que se trate, por lo cual es atribución del juez preferir el contenido frente a la designación que los contratantes le hayan dado al acuerdo dispositivo (*contractus magis ex partibus quam verbis discernuntur*), ya que, como se comprenderá, se trata de un proceso de adecuación de lo convenido por las partes al ordenamiento, en la que, obviamente la labor es estrictamente jurídica” (sentencia de 19 de diciembre de 2011, expediente 2000-01474).

El Art. 1501 CC, en virtud del Art. 822 CCO, rige también frente a los contratos mercantiles:

ARTÍCULO 822 CCO: Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

La SENTENCIA incurrió, entonces, al concluir que el CONTRATO no fue de agencia comercial porque en algunas cláusulas del contrato, entre ellas la Cláusula 4, las partes renunciaron expresa y válidamente a la calificación del mismo como de agencia comercial, incurrió en un grave yerro jurídico violando el Art. 1501 CC y el Art. 822 CCO, toda vez que: En el proceso de calificación jurídica del CONTRATO y según lo ordena el Art. 1501 CC, el juez a quo únicamente podía considerar los elementos esenciales del CONTRATO. La SENTENCIA, al involucrar en la calificación del CONTRATO aspectos ajenos a los elementos esenciales del CONTRATO, concretamente las cláusulas en las que las partes calificaron o excluyeron de su calificación un determinado tipo contractual, violó los Art. 1501 CC y 822 CCO de manera directa, el primero en virtud a la remisión que el segundo ordena, el segundo por haber incumplido tal remisión.

1.4. LA DEMANDANTE NO COMPRABA TELÉFONOS PARA REVENDERLOS

En la SENTENCIA, como argumento estructural para declarar que el CONTRATO fue de distribución y no de agencia, el Juez A quo señaló que LA DEMANDANTE en lo relacionado con la comercialización de los denominados Kits Prepago compraba teléfonos a COMCEL para revenderlos a terceros y, por lo mismo, esta supuesta compra para reventa hacía imperioso excluir la existencia de un contrato de agencia comercial, por la supuesta ausencia del elemento de la actuación del agente por cuenta del empresario agenciado.

1.4.1. LA DEMANDANTE, según se probó, en la comercialización de los Kits Prepago actuaba por cuenta de COMCEL y no compraba teléfonos para revenderlos.

Si el juez A quo hubiese apreciado y valorado, de forma conjunta y como una unidad probatoria, las pruebas obrantes en el expediente que se refieren en los subsiguientes numerales, contrariamente a lo que sucedió, habría concluido en la SENTENCIA que

LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL en la promoción y comercialización de todos los productos y servicios de COMCEL, incluidos los denominados Kits Prepago.

En efecto, los argumentos de la SENTENCIA que constituyen el fuste de la decisión para negar la actuación de LA DEMANDANTE por cuenta de COMCEL, no reflejan la realidad que emana de la valoración conjunta del acervo probatorio y de las confesiones que hizo el apoderado de COMCEL, de los cuales se concluye, a contrario sensu de lo postulado por la SENTENCIA, que LA DEMANDANTE no le compró a COMCEL Kits Prepago para posteriormente revenderlos. Lo que demuestran las pruebas que no fueron valoradas adecuadamente, es que COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE equipos de telefonía móvil para que LA DEMANDANTE, por cuenta de COMCEL, los distribuyera y los colocara entre los clientes/suscriptores de COMCEL, atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL.

A continuación, se singularizan las pruebas obrantes en el expediente respecto de las cuales el Juez a quo erró en el tópico analizado en el presente acápite.

1.4.1.1. Pruebas que demuestran que LA DEMANDANTE actuó por cuenta de COMCEL.

- a) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta por el juez a quo y no lo fueron, por medio de las cuales, se corroboró que en la comercialización de los planes pospago y planes prepago de COMCEL (Kits Prepago), LA DEMANDANTE, actuando en nombre de COMCEL, celebró con los clientes/suscriptores de COMCEL los contratos de “prestación de servicios de telefonía móvil celular” y contratos de “venta de equipos terminales móviles”, los cuales vincularon a los clientes directamente con COMCEL. Estos contratos, asimismo, se celebraron por cuenta de COMCEL, quien fue la parte que quedó contractual y jurídicamente vinculada con los clientes/suscriptores.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

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

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

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

7.3 EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios.

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por

servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

b) Confesión de COMCEL:

En el hecho 64 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

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

Demanda Reformada. Pág. 45

COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que es cierto; ver CONTESTACIÓN de COMCEL, Pág. 28:

64. Hay varios hechos, los cuales contesto así:

Frente a que *“Planes prepago-descuento: LA DEMANDANTE únicamente podía comercializar los equipos terminales y las Sim Cards atados al Servicio de Telefonía Móvil Celular (STMC) de COMCEL, es decir, debidamente activados en su red celular. Al respecto, el CONTRATO SUB IÚDICE define “Producto del Abonado”, así:...”* es cierto. En lo demás es una transcripción de una cláusula del Contrato de Distribución, a cuyo tenor literal me apegó.

c) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Olga Patricia Martínez – Gerente Comercial de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Respecto de la línea de negocio de los Prepago de los Kits prepago y de las Sim Cards, yo te pregunto ¿tu sabes si cada vez que se vendía uno de esos planes prepago MUKTINEGOCIOS tenía derecho a recibir una remuneración por parte de COMCEL?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si recibían una bonificación siempre y cuando tuvieran una línea activada.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Patricia en esos Kits Prepago a los que has hecho referencia ¿Cuándo el equipo telefónico se vendía al cliente, el equipo debía ir necesariamente con una Sim Card que llevara una línea telefónica de COMCEL?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Para que el Distribuidor pudiera recibir la bonificación si era necesario tener la Sim Card de COMCEL.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Y esa Sim Card que debía ir en el teléfono lleva una línea telefónica de COMCEL?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Si señor. Que va con unos servicios dirigidos al cliente final.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez – Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, pasemos ahora el tema de los planes prepago, yo te pregunto Andrés Francisco, cada vez que MULTINEGOCIOS vendía un kit prepago de estos ¿los teléfonos que vendía a los clientes debían ir necesariamente con una Sim Card <u>y una línea telefónica atada a esas Sim Card?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Si, digamos que como tal el producto se vende el kit con la Sim Card,</u> esa es la venta, ya el usuario decide si la utiliza juntos o no, pero la venta si sale los dos pegaditos.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Es decir que el teléfono necesariamente se debe vender con una línea telefónica de COMCEL, en la modalidad de prepago y en la modalidad de postpago, en ambos.	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>En Kit si, en postpago uno puede vender la línea sin equipo,</u> es que en kit siempre van los dos, a pesar de que después el cliente haga lo que quiera si lo quiere usar separados o no, porque pues al final los equipos tienen bandas anchas y demás, bandas abiertas perdón, en postpago si no, porque el distribuidor puede vender sólo la línea, eso ya es dependiendo de la condición que el cliente quiera, las dos cosas o sólo una.

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: <u>Pero siempre hay una línea telefónica de por medio.</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: En la venta, <u>si señor</u> , que es el servicio lo que se vende.
---	---

(...)

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, tú referiste ahí que esos productos se les vendían a los clientes, yo te pregunto ¿eso son clientes de quién? A quienes se ven en esos planes.	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Son clientes de COMCEL que tienen contratado el servicio con COMCEL.
---	---

HECHOS PROBADOS: (i) El CONTRATO definió los conceptos "establecimiento", "servicio", "producto del abonado" y "contrato de servicios de telefonía móvil celular". (ii) El negocio de COMCEL es la comercialización del "servicio" y de los "productos del abonado". (ii) A partir del encargo que COMCEL le hizo, LA DEMANDANTE, en sus "establecimientos", explotó el negocio de COMCEL mediante la suscripción de "contratos de servicios de telefonía móvil celular", contratos que suscribió con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) Para que el cliente/suscriptor accediera a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL, LA DEMANDANTE le vendió el denominado "Producto de Abonado"; el CONTRATO define al "Producto del Abonado" así: *significa un equipo terminal o transceptor al cual se le asigne un número telefónico para operar en el Servicio bajo los términos del contrato celebrado con COMCEL*. (iii) LA DEMANDANTE, en la comercialización del "servicio" y del "producto del abonado", aplicó las tarifas, los valores de teléfono, etc., que COMCEL le señaló. (iv) Todos los dineros y derechos provenientes de la prestación del "servicio" y de la enajenación del "producto del abonado" pertenecían a COMCEL, y LA DEMANDANTE tenía la obligación de recaudarlo frente al cliente/suscriptor y entregárselo a COMCEL "a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado".

CONTRATOS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE TELEFONÍA MÓVIL CELULAR.

a) Pruebas Documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

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

7.6 EL DISTRIBUIDOR propondrá a los interesados, clientes potenciales y abonados, para la celebración del contrato de prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular, única y exclusivamente el texto que COMCEL le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE comercializaba los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL mediante la suscripción de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) Estos contratos los celebraba LA DEMANDANTE con los clientes/suscriptores de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE, para la celebración de estos contratos, utilizaba el texto que COMCEL le suministraba y aplicaba en él las tarifas y precios que COMCEL señalaba. (iv) Todos los derechos y obligaciones derivados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" quedaban en cabeza de COMCEL. (v) LA DEMANDANTE recaudaba los dineros que los clientes/suscriptores pagaban y tenía la obligación de entregárselos a COMCEL *"a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado"*.

- Circulares que COMCEL le envió a LA DEMANDANTE:

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

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

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

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

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

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

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

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

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



2014-GSDI01-S174469
17 DE JUNIO DE 2014

1
INFORMACION CONFIDENCIAL

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

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



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



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

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

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

(...)

1. Ventas sin Cláusula de Permanencia:

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

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

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

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE, además de celebrar con los clientes/suscriptores de COMCEL los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", celebró los denominados "Contratos de Venta de Equipos Terminales". (ii) Los clientes/suscriptores de COMCEL podían adquirir los equipos terminales de contado o financiados (a cuotas). En ambos casos, LA DEMANDANTE suscribía con los clientes/suscriptores un "Contrato de Venta de Equipos Terminales". (iii) En los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y en los "Contratos de Venta de Equipos Terminales", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.



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

**CONDICIONES GENERALES DEL
SERVICIO EN MODALIDAD PREPAGO**

EL SERVICIO

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

Este documento contiene las principales condiciones del servicio contratado.

Prueba: Modelo vigente de contratos de COMCEL. Mediante resolución CRC 4625 de 2014, el modelo de contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular en planes prepago de COMCEL debe coincidir con el modelo adoptado en dicha resolución. COMCEL, tiene publicados en su página web este modelos: <https://www.claro.com.co/portal/recursos/co/legal-regulatorio/lightbox/descripcion-ED-78.html>.

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular". (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo debía completar dichos contratos.

Para Distribuidores Claro Móvil
De María del Pilar Suárez G.
Asunto **NUEVA SOLICITUD DE SERVICIO POSPAGO –
PAPELERIA PREIMPRESA**

A partir del **01 de Junio de 2015, por disposición de la Resolución CRC 4625 de 2014 se deberá diligenciar contrato Simplificado.**

Este será el único formato autorizado para diligenciar ventas, por lo tanto los formatos actuales **NO** tendrán validez a partir del 1 de Junio de 2015.

El nuevo formato que deberá ser utilizado a partir del **01 de Junio de 2015, es el Contrato Único de Servicios Móviles Pospago.**

Esta es la imagen del encabezado del nuevo formato

El encabezado del contrato muestra el logo de Claro y el número de contrato No. 0000001. Incluye la información de Comcel S.A. (NIT. 800.153.993-7) y la vigencia del contrato (MAYO 2015 - VS1 - ABRIL 2015). El título principal es 'CONTRATO ÚNICO DE SERVICIOS MÓVILES POSPAGO'. El texto principal indica que el contrato explica las condiciones para la prestación de los servicios entre usted y el cliente, por el que pagará un mínimo mensual de \$_____. El contrato tendrá vigencia de ____ meses, contados a partir del momento de su activación. Se declara la aceptación de que el contrato se renueva sucesiva y automáticamente por un plazo igual al inicial. El servicio se ofrece en el formato de EL SERVICIO.

(...)

PAPELERIA ANTERIOR NO VIGENTE:

- A partir del **1 de Junio 2015, ES OBLIGATORIO EL USO DE LA NUEVA PAPELERÍA.** En caso que lleguen documentos a Comcel con fecha de venta 1 de junio de 2015 en papelería antigua, será causal de devolución y penalización.
- **NO** se podrá utilizar la papelería no vigente que quede en los puntos de venta.
- por tal motivo solicitamos realizar la devolución de la papelería anterior de acuerdo con el procedimiento establecido para tal fin.
- Dirección de envío de la papelería **NO** vigente: Zona Franca Bogotá (Operador Logístico Logytech) Carrera 106 No. 15-25 Bodega 1 interior 121 Manzana 18, contacto Andres Salamanca Celular 3108016471.
- La papelería **NO** vigente se debe enviar al operador logístico máximo al día 15 de Julio de 2015.

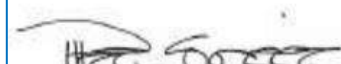
LEGALIZACIÓN CONTRATOS DE VENTAS

- Todas las ventas realizadas a partir del 01 de junio de 2015, deben ser legalizadas y solucionadas con la nueva documentación.
- Todas las ventas online realizadas antes del **1 de Junio 2015**, deben ser legalizadas y solucionadas con la papelería antigua.
- Las solicitudes de activación tradicional para ventas realizadas antes del 01 de junio serán recibidas solo hasta el día 10 de junio de 2015.
- Las soluciones a devoluciones para activaciones tradicionales con papelería antigua y que su fecha de venta sea antes del 01 de junio de 2015 serán recibidas solo hasta el 22 de junio de 2015.

IMPORTANTE

Próximamente se enviará circular con el paso a paso de diligenciamiento del nuevo formato **"Contrato Único de Servicios Móviles Pospago"**

Sin otro particular,



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

HECHOS PROBADOS: (i) A partir del 1º de junio de 2015, LA DEMANDANTE empezó a utilizar la papelería que COMCEL le remitió con los formatos simplificados. (ii) En los formatos simplificados de los "Contratos de Servicios de Telefonía Móvil Celular", COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró esos clientes en nombre y por cuenta de COMCEL.

CONTRATOS DE VENTA DE EQUIPOS TERMINALES.

a) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

7.26 Por ello, EL DISTRIBUIDOR, se obliga especialmente a: 7.26.3. Abstenerse, ... directa o indirectamente de comportamientos o conductas positivas o negativas constitutivas o que puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones, a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular o tendientes: 7.26. Dejar de entregar el equipo celular a "EL CLIENTE" en el momento de la activación, propiciando que el cliente no pueda utilizar su servicio de inmediato.

7.4. EL DISTRIBUIDOR se obliga a aplicar las tarifas que unilateralmente y sin previo aviso le indique COMCEL por cualesquiera conceptos, tales como para el cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios verticales, cargos mensuales de uso, valor del teléfono, equipos, repuestos, servicios y valor de activación y para los demás planes, productos y servicios, actuales o futuros, que conciernan a la distribución.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) que LA DEMANDANTE les entregó a los clientes/suscriptores al momento de la activación/legalización de un Plan Pospago y/o un Plan Prepago fueron suministrados por COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de entregarle a los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) debidamente activados a la red celular de COMCEL. (iii) LA DEMANDANTE tenía la obligación de comercializar ante los clientes/suscriptores los equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards) al precio que COMCEL señalaba. (iv) Los dineros provenientes de la comercialización de equipos terminales (teléfono celular y Sim Cards), por expresa disposición contractual, eran propiedad de COMCEL.

- Circulares:

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



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

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE no podía vender equipos terminales que no fueran suministrados por COMCEL.

Según se probó hasta el año 2014, se comercializaron al amparo de los "Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular" pues, hasta entonces, los equipos móviles eran subsidiados por COMCEL y su precio se incorporaba en el valor del "Servicio" (las llamadas). A partir del año 2014, y producto de la regulación de la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, los operadores de telefonía móvil celular, COMCEL incluida, fueron obligados a comercializar, por separado, los servicios de telefonía móvil celular y los equipos terminales; desde entonces, LA DEMANDANTE, por instrucciones de COMCEL, suscribió por separado en los contratos de "Servicios de Telefonía Móvil Celular" y los contratos de "Venta de Equipos Terminales". Al respecto, las siguientes pruebas que obran en el expediente señalan:

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

VER Prueba 2 aportada con la demanda. Informe Anual de COMCEL de 2014, Pág. 27.

En la referida Resolución CRT 4444 DE 2014, CRT estableció:

RESOLUCIÓN No. 4 4 4 4 DE 2014

"Por la cual se prohíbe el establecimiento de cláusulas de permanencia mínima en los servicios de comunicaciones móviles, y se dictan otras disposiciones"

LA COMISIÓN DE REGULACIÓN DE COMUNICACIONES

En ejercicio de sus facultades legales, especialmente las conferidas por la Ley 1341 de 2009, y de conformidad con lo dispuesto en la Decisión 638 de la Comunidad Andina, y

CONSIDERANDO

(...)

Que las obligaciones sobre la comercialización de equipos terminales móviles a cargo de los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, son conexas al establecimiento de cláusulas de permanencia mínima originadas con ocasión de la financiación o subsidio de dichos equipos.

(...)

Que de acuerdo con lo anterior, esta Comisión llevó a cabo una revisión teórica y de experiencias internacionales relacionada con los costos que enfrentan los usuarios cuando éstos eligen cambiar de proveedor de servicios de comunicaciones móviles, así como también respecto de los efectos que tiene en el mercado la posibilidad, por una parte, que dichos proveedores otorguen subsidios a sus usuarios respecto de los equipos terminales móviles, y por otra parte, que establezcan cláusulas de permanencia mínima en los contratos ofreciendo equipos terminales móviles cuya venta está incluida en el mismo contrato de prestación de servicios de comunicaciones móviles.

(...)

Que lo anterior indica que la información de precios para la provisión de los servicios de comunicaciones móviles a disposición del usuario no es transparente, en la medida en que éste desconoce las reales condiciones en las que se financia el equipo terminal móvil y a su vez, no tiene claridad del verdadero precio por unidad de consumo que se le está cobrando en cada uno de los planes tarifarios, como consecuencia de la financiación o subsidio.

Que adicionalmente, esta Comisión identificó que en la venta conjunta de equipos terminales móviles y servicios de comunicaciones móviles, el mercado es altamente concentrado y el usuario está en una posición de asimetría de información respecto del proveedor de servicios de comunicaciones móviles, ya que el mismo no puede observar de manera directa el precio de compra de los equipos terminales móviles en las ofertas que le presenta el proveedor. Esto incrementa la falta de transparencia en la información de los precios de dichos equipos que entregan los proveedores de servicios de comunicaciones móviles a sus usuarios, lo cual se traduce en un mayor costo de cambio para los usuarios que suscriben cláusulas de permanencia mínima.

(...)

Que la prohibición de establecer cláusulas de permanencia mínima en los contratos de prestación de servicios de comunicaciones, con ocasión del subsidio o financiación de equipos terminales móviles, conlleva a la separación de los contratos de compraventa de equipos terminales móviles frente a los contratos de prestación de dichos servicios, y ésta a su vez a la necesaria separación, que de cara al usuario, debe hacer el proveedor en relación con la información relativa a los valores a pagar por concepto del equipo terminal móvil y de la provisión de los servicios contratados. Frente a lo cual se incorpora en el presente Acto Administrativo una modificación al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, en el sentido de precisar el deber que tienen los proveedores de informar claramente y en forma discriminada los valores por los conceptos mencionados. Lo anterior, permitirá que el usuario disponga de la información sobre las condiciones de cada contrato, y en forma transparente y clara pueda identificar y distinguir tanto el precio por la provisión de los servicios de comunicaciones como los valores por la compra del equipo terminal móvil, y cuando sea del caso, el costo adicional generado por la financiación del equipo terminal móvil.

(...)

En virtud de lo expuesto,

RESUELVE

(...)

ARTÍCULO 4. Adicionar el parágrafo 2 al artículo 56 de la Resolución CRC 3066 de 2011, los cuales quedarán de la siguiente manera:

(...)

PARÁGRAFO 2. En el evento en que el usuario adquiriera el equipo terminal móvil a través de un Proveedor de Servicios de Comunicaciones con el cual contrate la prestación de los servicios, el valor a pagar por concepto del equipo terminal móvil debe establecerse en forma separada y discriminada, de manera que el usuario pueda identificar claramente entre los valores a pagar por concepto del equipo y los valores a pagar por concepto de la prestación de los servicios de comunicaciones móviles contratados. Los proveedores de servicios de comunicaciones móviles, deberán garantizar que frente a la falta de pago del equipo terminal móvil por parte del usuario, no procederá la suspensión de los servicios de comunicaciones contratados. Lo anterior, significa que el proveedor debe otorgar la posibilidad de efectuar el pago del equipo de manera independiente al pago de la provisión de los servicios, sin que el pago del equipo afecte en manera alguna la prestación de los servicios.”

A partir de la entrada en vigor de la referida Resolución CRT 4444 de 2014, COMCEL le impartió a LA DEMANDANTE las siguientes instrucciones:

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

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

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

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

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

		SOLICITUD	
COMCEL S.A. NIT. 800.153.993-7 MT15831 - JUNIO/2014 - VS6 - MAYO/2014			
No. C	TELS.: 618 1818 01 8000 341818		FEC DIA

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

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

	CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES DE CONTADO
COMCEL S.A. NIT. 800.153.993-7 MT28524 - JUNIO/2014 - VS1 - MAYO/2014	

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

	CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS
COMCEL S.A. NIT. 800.153.993-7 MT28523 - JUNIO/2014 - VS1 - MAYO/2014	

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

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

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

Debe tener en cuenta:

- A menor plazo, menor es el valor de cuota inicial.
- **Para plazo 6 meses no se exigirá pago inicial.**
- Al realizar un pago de cuota inicial, disminuye el saldo del equipo, por lo tanto el valor de la cuota mensual será más baja.

DILIGENCIAMIENTO DEL CONTRATO

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

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

COMCEL S.A.
NIT. 869.152.892-7
MICHIGÁN - 0000 2016-01-10-1020000 2016

CONTRATO DE COMPRAVENTA DE EQUIPOS TERMINALES MÓVILES A CUOTAS

No. C **XXXXXXXXXX**

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

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

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

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

El COMPRADOR se obliga a realizar el pago de cada cuota de manera oportuna en la fecha establecida para ello en la factura que COMCEL enviará a la dirección indicada por EL COMPRADOR. Autorizo el envío de mi factura al correo electrónico indicada en este contrato SI ☐ NO ☐

CUARTA. MORA. En caso de mora de una cualquiera de las cuotas mensuales de acuerdo a los términos de la cláusula tercera, EL COMPRADOR facultará a COMCEL para acelerar el pago

POLIEDRO ACTIVACIONES

El valor del pago inicial será solicitado al momento de la activación en el campo "Cuota inicial equipo", adicional mostrará el IVA y el total pago inicial del equipo.

SERVICIO		
ICC_ID: \$ 0	IVA ICC_ID: \$ 0	Total Pago Inicial del Servicio: \$ 2.913
CFM: \$ 2.913	CFM Base: \$ 2.511	Impuestos CFM Base: \$ 402
Nro. Contrato* 56151515	Nro. Pagare* 6515161	
EQUIPO		
Cuota Inicial Equipo* \$ 231.997	IVA Equipo: \$ 265.597	Total Pago Inicial del Equipo: \$ 597.594
Nro. Contrato 96462166	Nro. Pagare 6516516165	Nro. Factura 51516161

El valor del pago inicial del equipo + el IVA + la sim card + el 1er CFM será el valor total pagado solicitado por poliedro en la activación:

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL le remitía a LA DEMANDANTE la papelería que incorporaba los “Contratos de Venta de Equipos Terminales” que los clientes/suscriptores de COMCEL adquirían a cuotas. (ii) COMCEL, de manera detallada, le impartía instrucciones a LA DEMANDANTE de cómo celebrar dichos contratos. (iii) En estos contratos, COMCEL se vinculó jurídicamente con los respectivos clientes/suscriptores. LA DEMANDANTE, entonces, celebró estos contratos en nombre y por cuenta de COMCEL.

b) DICTAMEN:

A.2.c) En relación con los Kits Prepago que LA DEMANDANTE adquirió de COMCEL, se pregunta: ¿Podía LA DEMANDANTE comercializar únicamente los equipos terminales? o, ¿tenía que comercializarlos debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL? **RESPUESTA.** (...) Con sustento en lo anterior, se puede indicar que LA DEMANDANTE tenía que comercializar los Kits Prepago debidamente activados, es decir, atados al correspondiente servicio de telecomunicación celular que presta COMCEL.

VER Prueba: Pág. 18, DICTAMEN.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE explotó el negocio de COMCEL mediante la activación/legalización de planes pospago y planes prepago. La activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes/suscriptores de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (ii) Mediante la celebración de contratos de “Venta de Equipos Terminales”, contratos que LA DEMANDANTE celebró con el cliente/suscriptor. (iii) Mediante la entrega al cliente suscriptores del respectivo equipo terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

HECHOS PROBADOS: Los clientes/suscriptores así captados por LA DEMANDANTE, se vincularon jurídica y contractualmente con COMCEL: Son CLIENTES de COMCEL. En consecuencia, todos los derechos y obligaciones que se derivaron de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de los contratos de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró, quedaron en cabeza de COMCEL como prestatario del Servicio de Telefonía Móvil Celular y como empresa que suministra los equipos terminales (teléfonos celulares y Sim Cards) a través de los cuales presta los referidos Servicio de Telefonía Móvil Celular.

HECHOS PROBADOS: LA DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los contratos de "Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular" y también los contratos de "Venta de Equipos Terminales".

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta del juez a quo y no lo fueron, por medio de las cuales, se corroboró que todos los clientes/suscriptores que LA DEMANDANTE gestionó, fueron única y exclusivamente clientes de COMCEL.

- c) Confesión de COMCEL:

LA DEMANDANTE, en los hechos 77 y 78 de la demanda reformada, alegó:

77. LA DEMANDANTE no podía desviar ni distraer la clientela que captó a favor de COMCEL. Al respecto, en el CONTRATO SUB IÚDICE estableció

78. En franca coherencia con las cláusulas transcritas, y a propósito de los avisos exteriores que identificaron los establecimientos de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de la red de agentes/distribuidores de COMCEL, el 13 de abril de 2005 COMCEL emitió la circular GSD-2005-153468 en la cual se manifestó:

Para De Asunto	Distribuidores Comcel María del Pilar Suárez G. MANTENIMIENTO DE AVISOS
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	
Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.	

Demanda Reformada, Pág. 55.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó como ciertos los hechos 77 y 78; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 31:

77. Es cierto, por cuanto la clientela siempre fue directamente de Comcel.

78. Es cierto. Precisamente esto demuestra que la gestión de publicidad se hacía de conformidad con las instrucciones de Comcel.

d) Pruebas documentales:

- Cláusulas del CONTRATO:

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

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

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

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

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

7.7. EL DISTRIBUIDOR elaborará y mantendrá un registro de los clientes o abonados potenciales contentivo del nombre, documento de identidad, dirección, teléfono y los demás que señale la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades competentes y COMCEL. Al instante de diligenciar los documentos del solicitante, cliente o abonado potencial, EL DISTRIBUIDOR, verificará plenamente su identidad y la veracidad de la información suministrada advirtiéndole que se entiende rendida bajo gravedad del juramento y adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante.

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

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

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

HECHOS PROBADOS: (i) Los clientes y abonados que LA DEMANDANTE gestionó y los cuales se vincularon con COMCEL mediante un contrato de “prestación de servicios de telefonía móvil celular” y/o de venta de un equipo terminal debidamente activado en la red celular de COMCEL, fueron clientes de COMCEL. (ii) LA DEMANDANTE no podía desviar esos clientes a favor de un tercero.

- **Informes de sostenibilidad de COMCEL:**

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

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

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

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de Sostenibilidad 2012 de COMCEL

Página 23: Distribuidores: Tenemos un gran número de clientes y usuarios, por lo que nuestros distribuidores nos apoyan para atender sus necesidades llevando nuestros productos y servicios, y lograr una atención de excelencia a más personas, facilitando el cumplimiento de nuestros compromisos y objetivos estratégicos.

Página 65: Lo anterior adquiere mayor relevancia para nosotros, al tener en cuenta que nuestra red de distribución aporta el 70% de participación de ventas de la empresa. Lo que demuestra, además, la importancia que la cadena tiene ante los clientes...

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

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

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

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

- Circulares:

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

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

e) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Alejandro Beltrán. Coordinador de Centro de Pagos y Servicios COMCEL.	
[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: Yo le pregunto, doctor Alejandro, respecto de eso específico que usted nos está diciendo. ¿Usted lo refiere porque en los puntos de esa red, incluidos los de MULTINEGOCIOS, <u>la marca que debe estar en</u>	[TESTIGO_ALEJANDRO_BELTRÁN]: <u>Sí, señor.</u>

los avisos es la marca de COMCEL, que hoy día es la marca de CLARO, para que los clientes sepan que es un punto de Claro de Comcel?	
---	--

HECHOS PROBADOS: (i) LA DEMANDANTE tenía la obligación de mantener en sus establecimientos avisos con la marca COMCEL-CLARO. (ii) Estos avisos exteriores instalados por COMCEL le garantizaron al cliente de COMCEL la seguridad de estar en un punto de venta de COMCEL.

Testimonio de Juan Carlos Villescás. Gerente de Marketing COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Muchas gracias su señoría, muy amable, Juan Carlos en varias respuestas que otorgarte en la primera tanda de preguntas tú te referiste a varias veces al concepto de los clientes, yo te pregunto <u>¿esos son clientes de quién?</u>	[JUAN CARLOS VILLESCAS]: <u>De COMCEL, CLARO.</u>
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey Juan Carlos, ya vamos terminando, gracias por la paciencia, precisamente para mantener ese cliente que por ejemplo en el caso de MULTINEGOCIOS que trabajaban un centro comercial y en ese centro comercial estaba MULTINEGOCIOS con su letrero de CLARO y al lado tenía a otros competidores que tú refieres como Movistar, Tigo, ¿tener abierto ese punto en ese centro comercial con la marca de CLARO no significa precisamente algo que sirve para mantener a los clientes en el centro comercial? Y no perderlos si lo quito.	[JUAN CARLOS VILLESCAS]: No señor, el punto de venta, el 90% lo tienes para vincular clientes que es la labor del distribuidor, vincular clientes, él no hace mantenimiento por promoción o por retención que es lo que nosotros gestionamos desde COMCEL, <u>entonces el objeto del distribuidores poder capturar clientes nuevos</u> , para eso se ubica en un centro comercial que pues el centro comercial <u>efectivamente es para poder vincular clientes</u> y aprovecharse el tráfico que tiene por los otros locales que se integraron en ese espacio.

Testimonio de Olga Patricia Martínez. Coordinador Comercial de COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Cuéntale a este despacho en que consistían todas esas actividades o activaciones comerciales a las que has hecho referencia?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Activaciones de marca. Nos pasaban una programación de las actividades que iban a hacer en cada uno de sus puntos de venta, volanteo, en ese momento todavía podían tener patinadoras, carpas frente a sus puntos de venta, ese tipo de actividades, tenían camionetas también, sino recuerdo mal tenían unas tiendas móviles, también utilizaban esas tiendas móviles.

[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: ¿Y cuál era el objetivo de todas esas actividades comerciales o promocionales que tú estás refiriendo?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Captar clientes y vender productos y servicios de COMCEL S.A.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Cuando tú te refieres a clientes y te has referido en varias preguntas a clientes, ¿te estás refiriendo a clientes de quién?	[TESTIGO OLGA PATRICIA MARTÍNEZ]: Clientes de COMCEL.

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, tú referiste ahí que esos productos se les vendían a los clientes, yo te pregunto <u>¿esos son clientes de quién? ¿A quienes se venden en esos planes?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: <u>Son clientes de COMCEL</u> que tienen contratado el servicio con COMCEL.

Testimonio de María del Pilar Suarez. Gerente Universidad COMCEL.	
[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: Doctora María del Pilar. Doctora María del Pilar, además de esas capacitaciones, bueno, empecemos por, digamos, una de sus últimas respuestas. Usted nos hablaba en estas capacitaciones y se refería a la buena venta a los clientes.	[TESTIGO MARIA_DEL_PILAR SUÁREZ]: Los clientes son atendidos por el distribuidor, pero pues son clientes que compran los servicios de COMCEL.

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Informes COMCEL.	
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, ese usuario, ese cliente al cual se le presta ese servicio prepago <u>¿Es un usuario, un cliente de quién?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: <u>Como decía de los, digamos que es de COMCEL</u> . Comcel es el prestador de servicio es un cliente que ahorita actualmente por Comcel tener la licencia pues es un cliente de Comcel.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, ese cliente al cual le presta el servicio en la modalidad de prepago Comcel <u>¿Es uno de esos clientes que se vinculan por las labores realizadas por los miembros de la red incluido en este caso MULTINEGOCIOS?</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí, digamos sí realmente el, el usuario va al punto de venta del distribuidor y allá lo activa no sé si, no, conozco temas comerciales, pero sí o sea lo que siempre he dicho hay una parte de unos puntos directos que activa Comcel y los puntos que maneja la red de distribución.

HECHO PROBADO: La clientela que LA DEMANDANTE gestionó fue una clientela que le pertenece a COMCEL.

- c) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que en la comercialización de los Kits Prepago, COMCEL era quien remuneraba a LA DEMANDANTE y no a la inversa, que es lo que sucedería en un supuesto negocio de compra con destino a la reventa. Estas pruebas corroboran que COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE mediante el pago de comisiones y, además, mediante un descuento remuneratorio calculado sobre el valor de los equipos terminales móviles que eran comercializados junto con el servicio de telefonía móvil celular y que juntos (servicio + equipo), conformaron los denominados Kits Prepago:

a) Pruebas Documentales:

- Cartas de Comisiones:

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO A CUOTAS

1.3 Kit a Cuotas

Por la venta de Kit a cuotas, el Distribuidor recibirá una bonificación y un anticipo de acuerdo a la siguiente tabla:

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 15.600
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 19.500

RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 23.400
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 27.742
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 32.058
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 40.742
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 45.058
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 49.400
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 54.600
\$ 702.001	Adelante	\$ 58.058

Estos valores se pagarán al Distribuidor, siempre y cuando se cumplan con las siguientes condiciones:

(i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendarios siguientes a la activación del teléfono. (ii) Los datos de los documentos hayan sido debidamente ingresados a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) Se haya legalizado la venta, es decir, que la documentación aportada por el Distribuidor se encuentre recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL, envío de los documentos físicos a COMCEL dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iv) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (v) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6 del Anexo A del mismo.

En el evento en que no se cumplan las condiciones de legalización de la venta indicadas en los numerales (i) al (v) del párrafo anterior, el total de los valores que hayan sido cancelados al Distribuidor por dicha venta así como el anticipo y el descuento otorgado sobre el precio de venta al público del Kit, deberán ser reembolsados por el Distribuidor a COMCEL, pudiendo COMCEL descontarlos de cualquier valor adeudado por COMCEL al Distribuidor.

Nótese que la remuneración de LA DEMANDANTE en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiría a cuotas (financiado), variaba entre \$15.600 y \$58.058 dependiendo del valor del teléfono.

Como se verá a continuación, en los Kits Prepago que el cliente/suscriptor adquiría de contado, la remuneración de LA DEMANDANTE era la misma, pero, a diferencia de la remuneración por activación de un Kit Prepago a cuotas (financiado), en el caso de los Kits Prepago de contado esta remuneración se dividía en dos: (i) Una comisión fija de \$12.500. (ii) Un descuento sobre el precio de venta del Kit al cliente final. Al sumar la comisión fija y el descuento aplicable según el caso, esta remuneración era idéntica a la que LA DEMANDANTE recibía por la comercialización de un Kit Prepago a cuotas (financiado), cuestión que se corrobora al comparar las cartas de comisiones.

ACTIVACIÓN DE KIT PREPAGO DE CONTADO

1 PREPAGO		
1.1 Kit Prepago de Contado		
Por la compra de Kit destinados a la reventa, con pago de contado por parte del Distribuidor, COMCEL le otorgará un descuento sobre el precio de venta al público, conforme la siguiente tabla:		
RANGO DE PRECIOS		TOTAL DESCUENTO AL DISTRIBUIDOR
DE	HASTA	
\$ 0	\$ 18.200	\$ 0
\$ 18.201	\$ 51.948	\$ 5.200
\$ 51.949	\$ 78.000	\$ 9.100
\$ 78.001	\$ 91.000	\$ 13.000
\$ 91.001	\$ 104.000	\$ 17.342
\$ 104.001	\$ 130.000	\$ 21.658
\$ 130.001	\$ 299.000	\$ 30.342
\$ 299.001	\$ 442.000	\$ 34.658
\$ 442.001	\$ 520.000	\$ 39.000
\$ 520.001	\$ 702.000	\$ 44.200
\$ 702.001	Adelante	\$ 47.658

Se pagará por una sola vez la suma de \$10.417 por concepto de bonificación por legalización de Kit y un anticipo de \$2.083 para un total a pagar al Distribuidor de \$12.500, siempre y cuando se cumpla con las siguientes condiciones: (i) Se haya generado la primera llamada completada por parte del cliente final, dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación del teléfono. (ii) Se haya Legalizado la venta, es decir que la documentación aportada por el Distribuidor, haya sido debidamente recepcionada, revisada y aprobada conforme al Contrato de Distribución, políticas y procedimientos de COMCEL y que la información haya sido ingresada a través de los sistemas de activación (Digitación de datos en el Sistema Poliedro) dentro de los tiempos establecidos de 96 horas para Distribuidores de ciudades principales, y 120 horas para Distribuidores regionales, lo anterior de acuerdo a los procedimientos de COMCEL que el Distribuidor conoce. (iii) La línea (MIN) haya generado 15 minutos entrantes o saliente (pueden ser realizados con la carga inicial) ó 15 Mensajes de Texto entrantes o saliente, en un mínimo de seis (6) días diferentes en un periodo de cuatro (4) meses. (iv) Las facturas que presente el Distribuidor discriminen el valor correspondiente a la bonificación y el valor correspondiente al anticipo, conforme a lo estipulado en el párrafo 3º de la cláusula del Contrato de Distribución denominada "Conciliación, Compensación, Deducción y Descuentos" y en el numeral 5 y/o 6

VER Prueba No. 11 Cartas de Comisiones. Archivo 20140901.

b) Confesión de COMCEL:

Confesión a la que el Juez a quo, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que en la comercialización de Kits

Prepago, LA DEMANDANTE percibía un descuento remuneratorio, lo que confirma que era COMCEL quien remuneraba a LA DEMANDANTE y no a la inversa que es lo que sucedería en un supuesto negocio de compra para reventa.

En el hecho 109 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

109. Como se explicó en los hechos relativos a la remuneración que devengó LA DEMANDANTE, el sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo dos componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas

Demanda reformada, Pág. 73

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 23:

109. Es cierto.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 37

c) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Gracias su señoría, Andrés Francisco te preguntaba entonces si respecto de esos planes prepago cuales son las comisiones que se le pagaban a MULTINEGOCIOS cuando realizaba, bueno, llamémoslo las remuneraciones ¿cuáles son las remuneraciones que recibía MULTINEGOCIOS al momento de vender un plan en la modalidad de prepago?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: En la modalidad de prepago con kit, con equipo para centrarnos en kit, lo que se paga es el 30% de las recargas que haga el cliente con costo durante los primeros seis meses, entonces lo que hacemos es que esos meses empezamos a contar desde la fecha de activación 30 días, se hace la sumatoria de esas recargas que hizo el cliente final y sobre eso se calcula el 30% y es lo que se le paga como tal al distribuidor, eso es digamos lo que se paga como tal desde el equipo de comisiones en este momento hoy en día, existen también algunos incentivos de buena venta que hubo en algún momento, después ya no hubo y hoy nuevamente pues, hace un tiempo ya los Barcelona activa y es que dependiendo de la cantidad de recargas que haga durante esos seis primeros meses, se llega a cumplir algo así creo que son como treinta mil pesos (\$30,000)

	durante los seis meses, se le pagan seis mil pesos (\$6000) adicionales. Y hay un ingreso que percibe el distribuidor, pero que no es liquidado por mi equipo, sino que se da a través de una diferencia en precio y es que cuando, lo digo con conocimiento, no porque yo lo haga, cuando COMCEL le vende el equipo al distribuidor se lo vende a un precio X, vamos a decir a un precio de noventa mil pesos (\$90,000) y cuando el distribuidor se lo vende al cliente final, ese equipo realmente vale cien mil (100,000) entonces esos diez mil (10,000) de diferencia pues es una utilidad por diferencia en precio, un ingreso por diferencia en precio que tiene el distribuidor.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, es decir que esa diferencia de empresa termina siendo una manera en la que el distribuidor termina siendo remunerado entre esa modalidad de kits prepago.	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Tiene una ganancia por venta del equipo que al final el equipo ya es del distribuidor como tal en el momento que lo vende, porque digamos que primero se da la venta COMCEL al distribuidor, el equipo ya es del distribuidor y él se lo vende al cliente final con un diferencial en precio que pues es un ingreso para él por esa venta.

El descuento con el que COMCEL remuneraba a LA DEMANDANTE por la comercialización de Kits Prepago, corresponde, dicho sea de paso, con uno de los mecanismos remuneratorios que el legislador expresamente concibió para la Agencia Comercial:

Otra de las especies de mandato es = el de agencia comercial. El agente obra en forma inde= pendiente, aunque de manera estable. por cuenta de su = principal. Esa independencia que caracteriza su gestión diferencia la agencia del contrato de trabajo. El agen= te promueve y explota los negocios del principal, en = determinada zona. Su remuneración puede consistir en un porcentaje, o en la diferencia de precios entre el fi= jado al agente por el principal y el que éste obtenga = del comprador al colocar el artículo en el respectivo = mercado, o en otra forma cualquiera de retribución. Lo=

(Exposición de Motivos del CCO, tomo 2, libros 3º, 4º y 5º).

- d) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que fue COMCEL la parte que percibió los beneficios provenientes de los ingresos generados con los “contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular” y con los “contratos de venta de equipos terminales móviles”:

- **Informes anuales de COMCEL:** Los ingresos que COMCEL obtiene y que provienen de los “contratos de prestación de servicios de telefonía móvil celular” (Ingresos por Servicios de Telecomunicaciones) y con los “contratos de venta de equipos terminales móviles” (Ingresos por venta de equipos telefónicos), se ven reflejados en los estados financieros de COMCEL, estados que reposan en la Prueba No. 2 aportada con la demanda (Informes Anuales de COMCEL del 2002 al 2015). A título de ejemplo, se transcriben los ingresos de COMCEL de los años 2013 y 2012:

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

VER Prueba No. 2 aportada con la demanda. Ver Informe anual de COMCEL de 2013, página 36.

Al respecto, resulta pertinente mencionar que LA DEMANDANTE, por imposibilidad jurídica (NO ESTÁ AUTORIZADA POR LA NACIÓN), no puede, por su cuenta, prestar en Colombia servicios de telefonía móvil celular, de tal manera que, jurídica y contablemente, es imposible que LA DEMANDANTE perciba ingresos por la prestación de dichos servicios.

- e) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que fue COMCEL, no LA DEMANDANTE, la parte que asumía los riesgos derivados de la comercialización de los planes pospago y planes prepago, incluidos los riesgos derivados del no pago de las cuotas de los teléfonos que los clientes de COMCEL adquirirían financiados:

- **Testimonios:**

Testimonio de Oscar Rodríguez. Gerente de Consolidación de Informes COMCEL.	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, en esa cuenta corriente hay un rubro que se	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí doctor claro que sí, lo que decía anteriormente

denomina suscriptores que es el rubro mayor Quinientos cincuenta y siete millones ochocientos diecisiete mil doscientos treinta y siete (\$557.817.237) y yo te pregunto esa, esos suscriptores que nos has referido que es cartera, ¿Esos suscriptores son parte de los suscriptores que son vinculados por los miembros de la red incluido MULTINEGOCIOS?	hay dos o por la red de distribuidores o por los puntos directos que tiene la compañía, sí señor sí los incluye.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Igualmente te pregunto este, en el rango de no corriente suscriptores equipos financiados que dice Quinientos sesenta y siete millones ciento cincuenta y un mil trescientos ochenta y tres (\$567.151.383) ¿Esos suscriptores de equipos financiados también igualmente es cartera de esos suscriptores o clientes que en parte son vinculados por los miembros de la red incluido MULTINEGOCIOS de Colombia?	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: Sí doctor, sí señor.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Entonces yo te pregunto Óscar <u>¿Eso significa que Comcel asume la cartera, los riesgos de cartera de esos suscriptores que en parte fueron vinculados por MULTINEGOCIOS y los demás miembros de la red?</u>	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí señor Comcel, Comcel asume el riesgo de la cartera.</u>
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok y específicamente también el riesgo de la cartera de los <u>equipos financiados como dice en esa línea del rango no corriente, de la cartera no corriente ¿Asume esos riesgos Comcel?</u>	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: <u>Sí, sí doctor.</u> Hay un tema de penalizaciones que digamos, que pues como no conozco también el, todo el rango o el tema pero, pero al distribuidor que no hace una venta bien, que hubo una fraude, que hubo una, digamos que dependiendo la determinación del fraude pueden cobrarle la cartera o el tipo de riesgo o el tipo de penalización le pueden cobrar al distribuidor el pedazo, si el teléfono se lo roban, entonces digamos que ahí hay un, digamos que un, no sé si un riesgo compartido no lo sé, no lo, no soy jurídico, pero, pero digamos que hay una penalización pero la mayor cantidad del riesgo la asume la compañía Comcel.
[APODERADO_PARTE_DEMANDANTE]: Ok, Óscar además de ese riesgo de cartera en los informes anuales que tú elaboras <u>¿Comcel comunica algún otro riesgo además de esa</u>	[TESTIGO_OSCAR_ARTURO_RODRÍGUEZ]: <u>Sí, es lo general no, o sea no solamente lo de teléfono sino todos los riesgos o sea hay riesgos de liquidez, riesgos de, hay como cinco</u>

cartera que <u>asuma en esos negocios de, de comercialización de servicios de telefonía móvil celular, que sean asumidos por parte de Comcel?</u>	tipos de riesgo, riesgos de liquidez, riesgo de mercado, riesgo de la moneda, riesgo de crédito y riesgo de capital, son los cinco, cinco riesgos que la compañía enuncia en los informes anuales.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Y que son riesgos, <u>son riesgos asumidos por Comcel.</u>	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Son riesgos asumidos por Comcel <u>sí señor.</u>
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: ¿Dentro de ese riesgo está el riesgo de mercado?	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Sí, sí está el riesgo de mercado, que es ya asociado al tipo de cambio de la, del, si al tipo de cambio, si el cambio fluctúa entonces ese riesgo lo asume la compañía.
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: Ok, y está el riesgo operativo, el que se refiere a la calidad técnica y operativa de las redes, de los equipos telefónicos ¿En general el riesgo operativo está referido en esos informes anuales como un riesgo asumido por Comcel?	[TESTIGO OSCAR ARTURO RODRÍGUEZ]: Si, digamos que es el riesgo de capital que enmarca todo entonces sí está, ahí lo, lo asume la compañía el riesgo operativo.

- **Informes anuales de COMCEL: Cartera de COMCEL:** Los riesgos de cartera a que se refirió el testigo Oscar Rodríguez se vieron reflejados en los estados financieros de COMCEL, estados que reposan en la Prueba No. 2 aportada con la demanda (Informes Anuales de COMCEL del 2002 al 2015). A título de ejemplo, se transcribe la “cartera” de COMCEL provenientes de sus clientes/suscriptores de los años 2015 y 2014:

13. DEUDORES COMERCIALES Y OTRAS CUENTAS POR COBRAR, NETO		
Corriente	2015	2014
Suscriptores	\$ 557,817,237	\$ 562,396,138

(...)

No corriente		
Suscriptores equipos financiados	\$ 567,151,383	\$ 131,357,005

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

Las pruebas citadas en los anteriores literales, como parte de una valoración conjunta del acervo probatorio y como parte de las confesiones válidas del apoderado de COMCEL, corroboraron de forma manifiesta y evidente los siguientes hechos, disímiles a los hechos que la SENTENCIA declaró probados:

1. Que la activación/legalización de cada plan pospago y cada plan prepago se perfeccionó así: (i) Mediante la celebración con los clientes de los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular”. (ii) Mediante la celebración de “contratos de Venta de Equipos Terminales Móviles”. (iii) Mediante la entrega al cliente/suscriptor del respectivo equipo móvil terminal (teléfono celular o Sim Card) debidamente activado en la red celular de COMCEL, esto es, con un número celular asignado y con la facultad de hacer y recibir llamadas, enviar y recibir mensajes de texto y navegar en internet.

Que la DEMANDANTE celebró, en nombre y por cuenta de COMCEL, los referidos contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales”, de tal manera que tales contratos vincularon a los clientes/suscriptores directamente con COMCEL. Que COMCEL, en consecuencia, asumió todos los derechos, deberes y riesgos asociados a dichos contratos, incluidos los riesgos de cartera.

2. Que LA DEMANDANTE, actuando en nombre y por cuenta de COMCEL, celebró los contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales Móviles”, de tal manera que LA DEMANDANTE, al no ser acreedora ni deudora en dichos contratos, no adquirió derecho ni asumió obligación alguna proveniente de dichos negocios.
3. Que en la comercialización de los denominados Kits Prepago: (i) COMCEL le suministró a LA DEMANDANTE equipos móviles. (ii) LA DEMANDANTE colocó estos equipos móviles entre los clientes/suscriptores de COMCEL, atados siempre a los servicios de telefonía móvil celular de COMCEL. En efecto, los Kits Prepago se comercializaron a través de contratos de “Prestación de Servicios de Telefonía Móvil Celular” y de “Venta de Equipos Terminales” que LA DEMANDANTE celebró en nombre y por cuenta de COMCEL. (ii) Por la comercialización de los Kits Prepago ante el cliente/suscriptor, COMCEL remuneró a LA DEMANDANTE y no a la inversa como sucedería en un negocio de compraventa. Estos hechos corroboran que en los Kits Prepago LA DEMANDANTE actuaba por cuenta de COMCEL

No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que LA DEMANDANTE actuaba por cuenta propia y no en representación del Comcel S.A. en la negociación de kits prepago.

1.5. LA DEMANDANTE SI TENÍA ASIGNADA Y PREFIJADA UNA ZONA TERRITORIAL

La SENTENCIA, en su parte motiva, niega la existencia de un contrato de agencia comercial, además de lo expuesto en los anteriores numerales, porque, según el juez a quo, no se prefijó a la DEMANDANTE una zona territorial en el Contrato. Este tópico ha sido analizado en detalle en el presente memorial el exponer en la Sección precedente 1.1.1.9. la prueba en el Contrato de cada uno de los elementos de la esencia de una agencia comercial, incluida la Zona Prefijada. Se remite, entonces, a esa Sección 1.1.1.9. de la presente sustentación para desvirtuar el errado argumento de la SENTENCIA en este tema. Seguidamente algunas de las pruebas que el juez a quo dejó de valorar y a partir de las cuales se concluye que en el Contrato fue prefijada para DEMANDANTE una determinada zona territorial:

a) Confesión de COMCEL:

En los hechos 57 y 58 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

57. EL CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó en el ÁREA ORIENTAL.

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

Demanda reformada, Págs. 43

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 27:

59. Es cierto, en los puntos previamente autorizados por COMCEL.

60. Es cierto.

Contestación de COMCEL a la Demanda reformada, Págs. 27

b) Pruebas documentales:

▪ Cláusulas del CONTRATO:

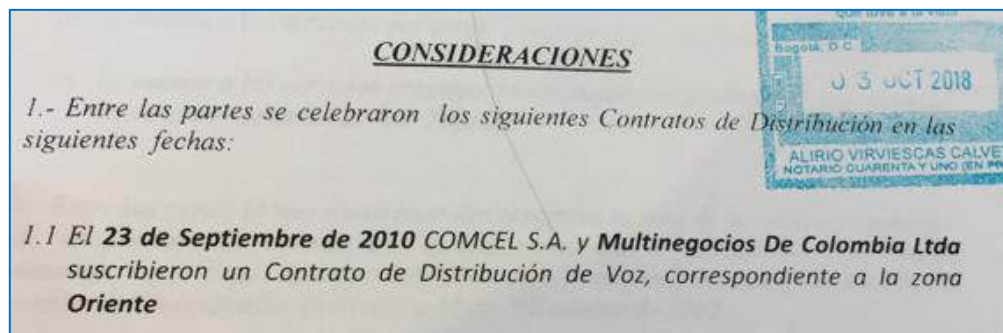
7.2. EL DISTRIBUIDOR, con estricta sujeción a las políticas, metas y a los estándares establecidos o que se establezcan según criterio de COMCEL, organizará su empresa y estructura física en la forma que resulte más idónea para la comercialización de los productos y de los servicios;

mantendrá locales, oficinas, establecimientos de comercio, instalaciones, salones de exhibición, puntos de ventas o espacios del tamaño, calidades, cantidades, especificaciones, características, tipo y por el término que a juicio de COMCEL sean convenientes o satisfactorios para propiciar la penetración, los volúmenes de ventas de los productos y de los servicios y para asegurar la eficiencia e idoneidad de la comercialización y la calidad del servicio. EL DISTRIBUIDOR, observará estrictamente las instrucciones que se le impartan por COMCEL sobre las materias anteriores... y en todo caso requerirá de la previa autorización escrita... en particular para la apertura de agencias o sucursales, puntos de ventas, locales, establecimientos comerciales, etc., o para trasladar cualquier parte de su negocio a un sitio o local distinto del autorizado. COMCEL, se reserva el derecho a autorizar estos aspectos.

19. Exclusividad. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente que COMCEL se reserva el derecho de celebrar convenios con terceros para desarrollar el mismo objeto del presente contrato o para la venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del Servicio, en las mismas áreas de servicio o en áreas de servicio diferentes. EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente la discrecionalidad absoluta de COMCEL con respecto al mercadeo del servicio.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

c) Actas de conciliación de cuentas:



Prueba No. 2 aportada con la CONTESTACIÓN de la demanda reformada: Actas Conciliación de Cuentas.

d) Pruebas testimoniales:

Testimonio de Juan Carlos Villescas. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Juan Carlos, ¿tú sabes si estas actividades mercadotécnicas que ejecutaba el distribuidor, que ejecutó MULTINEGOCIOS ¿debía hacerlas específicamente <u>en los puntos y en las zonas en las que él tenía funcionamiento?</u>	[JUAN CARLOS VILLESICAS]: Pues es estratégicamente comercial, <u>claro que sí.</u>

HECHO PROBADO: EL CONTRATO tuvo, como zona prefijada en el territorio nacional, el área ORIENTAL y, dentro del área ORIENTAL, COMCEL prefijó, mediante autorización previa y expresa, los puntos en los cuales LA DEMANDANTE podía abrir puntos de venta.

1.6. LA DEMANDANTE PROMOCIONABA Y EXPLOTABA EL NEGOCIO DE COMCEL MEDIANTE LA MARCA DE COMCEL

La SENTENCIA, en su parte motiva, niega la existencia de un contrato de agencia comercial, además de lo expuesto en los anteriores numerales, porque, según el juez a quo, la DEMANDANTE en ejecución del Contrato promocionaba su propia marca y no la marca de COMCEL. Seguidamente algunas de las pruebas que el juez a quo dejó de valorar y a partir de las cuales se concluye que la DEMANDANTE en ejecución del Contrato promocionaba y explotaba del negocio de COMCEL bajo la marca de COMCEL posteriormente denominada CLARO:

a) Pruebas documentales:

▪ Cláusulas del CONTRATO:

7.17. EL DISTRIBUIDOR, se obliga a observar y ajustarse al Manual de imagen corporativa de COMCEL que en la fecha de la firma de este contrato de distribución ha recibido de COMCEL, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios.

El DISTRIBUIDOR se obliga a observar y ajustarse a las modificaciones que en el futuro COMCEL introduzca al Manual de Imagen Corporativa de COMCEL.

Prueba No. 7 aportada con la demanda: CONTRATO.

▪ Circulares:

Para De Asunto	Distribuidores Comcel María del Pilar Suárez G. MANTENIMIENTO DE AVISOS
Recordamos a los Distribuidores que los avisos exteriores instalados por Comcel en los puntos de venta permiten garantizar al cliente la seguridad de estar en un punto de Comcel, adicionalmente mantener la imagen corporativa de la compañía.	
Adicionalmente es responsabilidad de los distribuidores mantener estos avisos en perfecto estado tanto de limpieza como en la parte de iluminación.	

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. MANUAL DE IMAGEN CORPORATIVA
ASPECTOS A TENER EN CUENTA SOBRE LA IMAGEN CORPORATIVA Y EL USO DE POP EN LOS PDV: 1. De acuerdo a lo estipulado en el contrato de distribución en los numerales 7.16 7.17 y 7.18 en los cuales indica que el distribuidor se compromete a ajustarse al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, para el manejo de la publicidad, manejo institucional, logotipos impresos a color y en blanco y negro y avisos publicitarios, <i>el distribuidor se abstendrá de hacer publicidad del servicio, salvo a través del material promocional o literatura que le entregue CLARO o que se apruebe previamente por escrito siempre que se ajuste al Manual de Imagen Corporativa de CLARO, de igual forma en ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización, el distribuidor podrá colocar aviso al lado o encima del de CLARO.</i> Por tanto cualquier material fuera de lo autorizado deberá ser retirado de los puntos de venta. Recuerden que para la implementación de campañas cuentan con el apoyo del Plan Coop a través del ítem 49-Comunicaciones Trade y del área de G2M para el diseño de piezas acorde a sus necesidades. 2. De igual forma es importante el aseo y mantenimiento de los puntos, así como de los avisos, mobiliario y stands de acuerdo al numeral 7.19 deben cumplir con todos los requerimientos que establezca CLARO para las instalaciones de exhibición y demostración y con los requisitos para la apariencia y acceso al establecimiento, local, oficina, punto de venta, etc.	
VER Prueba Circular 2016-GSDI01-S127089 de mayo 3 de 2016 exhibida por LA DEMANDANTE, Punto 7.	

e) Pruebas Testimoniales:

Testimonio de Juan Carlos Villescás. Gerente de Marketing de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, esas actividades comerciales y mercadotécnicas ¿van aparejadas a que marca? ¿A qué marca?	[JUAN CARLOS VILLESCAS]: "Claro".
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: A la marca claro, tú sabes si esa marca antes, durante la ejecución del contrato ¿antes se denominaba COMCEL?	[JUAN CARLOS VILLESCAS]: Si señor.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey y te pregunto, cuando el distribuidor agente, nosotros lo denominamos, lo voy a llamar intermediario para	[JUAN CARLOS VILLESCAS]: Así es, así es.

que no entremos en la discusión si es distribuidor o agente que solo va a resolver.... cuando el intermediario realiza las actividades comerciales y mercadotécnicas a las que estamos haciendo referencia ¿debe hacerlo ceñido al manual de imagen corporativa de la marca claro y antes al manual de imagen corporativa de la imagen COMCEL?	
--	--

(...)

[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Okey, y te pregunto Juan Carlos, esos puntos de venta a los que estás haciendo referencia, en esos puntos de venta ¿COMCEL le da indicaciones precisas al intermediario, en este caso MULTINEGOCIOS, para definir cómo debe ser los letreros, como debe ser la organización del punto de venta, los colores etc.?	[JUAN CARLOS VILLESAS]: Así es, debe haber un lineamiento de marca, porque para el cliente es transparente si entra un punto de venta de Claro en cualquier población, eso debe ser transparente para el cliente.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Es decir que el cliente debe tener claro que está entrando a un punto autorizado de COMCEL o de Claro en este caso.	[JUAN CARLOS VILLESAS]: Afirmativo, así es.

Testimonio de Alejandro Beltrán. Coordinados de Centro de Pagos y Servicios de COMCEL.	
[APODERADO_MULTINEGOCIOS]: Yo le pregunto, doctor Alejandro, respecto de eso específico que usted nos está diciendo. ¿Usted lo refiere porque en los puntos de esa red, incluidos los de MULTINEGOCIOS, la marca que debe estar en los avisos es la marca de COMCEL, que hoy día es la marca de CLARO, para que los clientes sepan que es un punto de Claro de Comcel?	[TESTIGO_ALEJANDRO_BELTRÁN]: Sí, señor.

HECHO PROBADO: La marca utilizada y posicionada en ejecución del Contrato para cumplir con el encargo de promoción y explotación dado a la DEMANDANTE, fue la marca de COMCEL. La DEMANDANTE en ejecución del contrato, al promocionar y explotar los servicios y productos del portafolio de COMCEL debía hacerlo ceñiéndose al manual de marca e imagen corporativa de COMCEL según las instrucciones precisas de esta última.

1.7. LA INSCRIPCIÓN DEL CONTRATO EN EL REGISTRO MERCANTIL NO ES REQUISITO PARA SU EXISTENCIA

En la SENTENCIA el juez a quo, señaló como uno de los argumentos para no considerar probada la existencia de un contrato de agencia comercial, la falta inscripción del contrato en el registro mercantil.

Bastará señalar, sin mayores ahondamientos, que el juez a quo erradamente otorga el carácter de elemento esencial y requisito de existencia *ad substantiam actus* a la formalidad de la inscripción del contrato de agencia en el registro mercantil, cuando esta formalidad tiene consecuencias meramente probatorias y de oponibilidad frente a terceros, cuestión esta última ajena a la presente litis.

El contrato de agencia comercial existe cuando los elementos de su esencia están presentes, independientemente de su registro mercantil o de su ausencia.

1.8. ERRADA APLICACIÓN DE LA TEORÍA DEL ACTO PROPIO Y LA CONFIANZA LEGÍTIMA

En la SENTENCIA, se desestimaron las pretensiones de LA DEMANDANTE con fundamento en la “Teoría del Acto Propio” y la confianza legítima, señalando que la falta de quejas o acciones de LA DEMANDANTE durante la ejecución del contrato sub iúdice para reclamar la existencia de una agencia comercial y la existencia de abusos e incumplimientos contractuales, le impide a LA DEMANDANTE reclamar con posterioridad a la finalización del contrato sub iúdice la existencia de la agencias y los referidos incumplimientos y abusos con sus correspondientes indemnizaciones. Para la SENTENCIA, LA DEMANDANTE, al elevar estas pretensiones en su demanda, actúa sin buena fe y en contravía del silencio y la falta de actividad que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según la SENTENCIA, resulta inadmisibile a la luz de del principio del derecho de la “Teoría del Acto Propio” y de la buena fe contractual.

En los contratos mercantiles bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios (Art. 870 CCO). Asimismo, el que abuse de sus derechos contractuales estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause (Art. 830 CCO). En la responsabilidad civil contractual y en la responsabilidad civil por abuso del derecho, se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, v. gr. desde que se le notifica el auto admisorio de la demanda (Arts. 1615 CC y 94 CGP). Toda indemnización derivada

de una responsabilidad contractual o de una responsabilidad por abuso del derecho se puede reclamar judicialmente mientras la respectiva acción no esté prescrita; la prescripción es un modo de extinguir las obligaciones y las acciones; la prescripción que extingue las acciones y las obligaciones exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido la respectiva acción; se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible. (Arts. 1625 CC, 2512 CC, 2535 CC y 2545 CC).

En el presente caso, las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en la pretensión vigésima quinta de la demanda reformada no han prescrito. (Arts. 2545 CC, 1329 CCO y 94 CGP). Sin embargo, para el Juez A quo, LA DEMANDANTE, al reclamar estas indemnizaciones en su demandada, actúa en contravía de la “inactividad” que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según el Juez A quo, resulta inadmisibile.

La “Teoría del Acto Propio”, como principio general de derecho, es un criterio auxiliar de la actividad judicial y únicamente se aplica cuando no hay ley exactamente aplicable al caso controvertido. (Arts. 230 CP y 8º de la Ley 153 de 1887). A partir de la “Teoría del Acto Propio” no se puede derogar el plazo que la Ley expresamente señala para el ejercicio del derecho de acción. LA DEMANDANTE, mientras su derecho de acción no esté prescrito, puede ejercerlo en el momento que lo desee, incluso al cabo de varios años de cometido el abuso demandado o incumplida la obligación exigible.

El Juez A quo, al desestimar con fundamento en la “Teoría del Acto Propio” las pretensiones indemnizatorias de LA DEMANDANTE que no han prescrito, aplicó indebidamente este principio violando los Arts. 230 CP, 8º de la Ley 153 de 1887, 870 CCO, 830 CCO, 1615 CC, 1625 CC, 94 CGP, 2512 CC, 2535 CC, 2545 CC y 1329 CCO.

LA DEMANDANTE solicitó que se declarara la responsabilidad civil de COMCEL y se le condenara a indemnizar los perjuicios a que se refieren los literales a), b), c) y f) de la pretensión vigésima quinta de la demanda reformada. Los daños que LA DEMANDANTE reclama en su demanda y respecto de los cuales se circunscribe el recurso de apelación, son:

- Literal b) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante la última etapa contractual.
- Literal c) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

- Literal f) de la Pretensión 25ª: A título de lucro cesante, la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.
- Literal a) de la Pretensión 25ª: La indemnización especial que regula el inciso 2º del Art. 1324 CCO, la cual se causó al momento de la terminación del CONTRATO, bajo el entendido que este negocio fue de Agencia Comercial.

En relación con estas indemnizaciones, el Art. 2535 CC señala:

ARTÍCULO 2535 CC: La prescripción que extingue las acciones y derechos ajenos exige solamente cierto lapso de tiempo durante el cual no se hayan ejercido dichas acciones.
Se cuenta este tiempo desde que la obligación se haya hecho exigible.

Las indemnizaciones a que se refieren los literales a), b), c) y f) no han prescrito:

- (i) La del literal a) (Indemnización Especial del Art. 1324 CCO) es una indemnización que se causó al momento de la terminación del CONTRATO por justa provocada por COMCEL, de tal manera que la acción para reclamarla no ha prescrito. El CONTRATO terminó el 16 de mayo de 2018 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 2018 (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).
- (ii) La del literal b) (comisiones que no fueron liquidadas ni pagadas por COMCEL durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO) se refiere a obligaciones que se hicieron exigibles durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO, de tal manera que dichas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace a la consecuente indemnización reclamada. Se trata de obligaciones que se hicieron exigibles entre abril y mayo de 2018 y la demanda se presentó el 9 de octubre de 2018 (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).
- (iii) La del literal c) (comisión por residual, exclusión de los tres primeros meses) corresponde a una obligación de tracto sucesivo. Según el hecho 150 de la demanda reformada, y según se solicita expresamente en el literal c) de la pretensión 25ª de la demanda reformada, la indemnización que LA DEMANDANTE reclama únicamente comprende las obligaciones que se hicieron exigibles durante los cinco años a que se refiere el término de prescripción especial de la Agencia Comercial, de tal manera que dichas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace a la consecuente indemnización

reclamada. En este caso, las obligaciones incumplidas se hicieron exigibles entre el 16 de mayo de 2013 y el 16 de mayo de 2018, fecha de presentación de la demanda (con la presentación de la demanda se interrumpió el término de prescripción: Art. 94 CGP).

- (iv) La indemnización a que se refiere el literal f) (eliminación de la comisión por permanencia en pospago), corresponden a obligaciones que COMCEL dejó de pagarle a LA DEMANDANTE a partir del 1º de julio de 2014; se trata de obligaciones que se hicieron exigibles entre el 1º de julio de 2014 y la fecha de terminación del CONTRATO (16 de mayo de 2018); porque la presentación de la demanda se radicó 9 de octubre de 2018, las referidas obligaciones no se extinguieron por prescripción, como tampoco prescribió el derecho de acción que subyace la indemnización reclamada: Están dentro del quinquenio a que se refiere el Art. 1329 CCO.

PRIMERA CONCLUSIÓN: Las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en los literales a), b), c) y f) de la pretensión vigésima quinta de su demanda reformada, no han prescrito.

Esto es verdad si el CONTRATO es de Agencia Comercial (Art. 1329 CCO: Prescripción especial de 5 años), y lo es, con mayor razón, bajo el razonamiento del Juez a quo que negó la existencia de una Agencia Comercial, caso en el cual ha debido aplicar la prescripción general de la acción ordinaria (Art. 2536 CC: Prescripción general de 10 años).

El Juez a quo, en la SENTENCIA, entro otros argumentos, desestimó las referidas pretensiones de LA DEMANDANTE con fundamento en la “Teoría del Acto Propio”, concluyendo que la “inactividad” de LA DEMANDANTE en accionar una reclamación durante la ejecución del CONTRATO, le impide ahora reclamar las referidas indemnizaciones:

- Para el Juez a quo, LA DEMANDANTE, al reclamar estas indemnizaciones en su demandada, actúa en contravía de la “inactividad” que durante varios años mantuvo al respecto, es decir que actúa en contravía de sus propios actos (en este caso un no actuar), cuestión que, según el Juez A quo, resulta inadmisibile a la luz de del principio del derecho de la “Teoría del Acto Propio”.
- Para la Ley, en cambio, LA DEMANDANTE puede ejercer su derecho de acción en cualquier momento mientras no prescriba, es decir, que la Ley expresamente autoriza una “inactividad” al respecto, la cual puede, incluso, prolongarse por varios años: Hasta cinco años en las acciones derivadas de un contrato de Agencia Comercial, hasta diez años en las acciones ordinarias.

La “Teoría del Acto Propio” es un principio del derecho que no regula la prescripción de las acciones ni la extinción de las obligaciones; la Ley, en cambio, se encarga de regular de manera expresa y especial estos asuntos.

Ningún operador jurídico, a partir de la “Teoría del Acto Propio” y de las subreglas que de este principio se pueden extraer, puede derogar las leyes especiales que regulan la prescripción de las acciones y la extinción de las obligaciones.

SEGUNDA CONCLUSIÓN: El Juez A quo resolvió el caso controvertido a partir de la aplicación del principio general de derecho de la “Teoría del Acto Propio”, principio, que, por una parte, aplicó indebidamente y, por la otra, aplicó a pesar de que existe ley exactamente aplicable al caso controvertido.

1.9. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápite 1.1. a 1.8. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutive de la SENTENCIA:

RESUELVE

PRIMERO: Declarar prósperas las excepciones “AUSENCIA DE ABUSO DE DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIO DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.// INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y // VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, propuestas por COMCEL en contra de las pretensiones enarboladas por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación comercial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA. Al liquidarlas, ténganse como agencias en derecho \$18'000.000 M/Cte.

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones **TERCERA, CUARTA, QUINTA y SEXTA** de la Demanda, en el sentido de declarar que el CONTRATO que rezan lo siguiente:

TERCERA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

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

CUARTA: Frente a la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita:

- a) DECLARAR que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron las controversias que fueron resueltas mediante las siguientes providencias judiciales: (i) MELTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 4 de febrero de 2016. (ii) FASE COMUNICACIONES SAS Vs COMCEL: Laudo del 15 de julio de 2015. (iii) SIMTEC S.A. Vs COMCEL: Laudo del 20 de noviembre de 2014. (iv) ALJURE TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 31 de enero de 2014. (v) CELLULAR PHONE EXPRES S.A. Vs COMCEL: Laudo de septiembre 6 de 2013. (vi) DISTRICEL S.A.S Vs COMCEL: Laudo de mayo 17 de 2013. (vii) LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL: Laudo del 15 de mayo de 2013. (viii) EVER GREEN S.A. Vs COMCEL: Laudo de noviembre 2 de 2012. (ix) MUNDO CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 21 de 2012. (x) K-CELULAR LTDA. Vs COMCEL: Laudo de octubre 26 de 2011. (xi) CTM S.A. Vs COMCEL: Laudo de agosto 18 de 2011. (xii) ANDINO CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de julio 27 de 2011. (xiii) ELECTROPHONE S.A. Vs COMCEL: Laudo de junio 15 de 2011. (xiv) GLOBALTRONICS DE COLOMBIA Vs COMCEL: Laudo de junio 9 de 2011. (xv) CONEXCEL S.A. Vs COMCEL: Laudo de mayo 9 de 2011. (xvi) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 13 de 2010. (xvii) COLCELL LTDA Vs COMCEL: Laudo de abril 30 de 2009. (xviii) CMV CELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de enero 30 de 2009. (xix) AUTOS DEL CAMINO LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 16 de 2008. (xx) MOVITELL AMERICAS LTDA Vs COMCEL: Laudo de septiembre 30 de 2008. (xxi) PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL: Laudo de febrero 23 de 2007. (xxii) COMCELULARES F.M. LTDA Vs COMCEL: Laudo de diciembre 14 de 2006. (xxiii)

CONCELULAR S.A. Vs COMCEL: Laudo de diciembre 1º de 2006. (xxiv) CELCENTER LTDA Vs COMCEL: Laudo de agosto 15 de 2006. (xxv) CELUTEC S.A.S Vs COMCEL, Laudo de abril 4 de 2019; (xxvi) LIVE MOVIL S.A.S. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Octubre de 2018 en el proceso 11001310301420110070501. (xxvii) EMLASA S.A. Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Bogotá D.C. Sala Civil, dictada el 24 de Agosto de 2018 en el proceso 11001310304220080028804. (xxviii) ORBITA COMUNICACIONES Vs COMCEL: Sentencia del Tribunal Superior de Cali, Sala Civil, dictada el 29 de abril de 2019 en el proceso 76001310300620130002502.

- b) DECLARAR que en las veintiocho (28) providencias referidas en el literal anterior se decidió que los contratos extendidos por COMCEL, cuyos textos y manera de ejecución fueron idénticos al del CONTRATO SUB IÚDICE, fueron típicos y nominados contratos de Agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y ss del CCO.
- c) DECLARAR que la susodicha regla jurisprudencial referida en el anterior literal ha permanecido consistente y uniforme.

QUINTA: DECLARAR, con fundamento en el principio de confianza legítima y en el derecho fundamental a la igualdad formal que le asiste a LA DEMANDANTE, y a partir de la doctrina constitucional inmersa en las sentencias C-836 de 2001 (doctrina probable), T-158 de 2006, T-766 de 2008 y T-443 de 2010 de la H. Corte Constitucional, que la decisión sobre la naturaleza jurídica del CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los antecedentes judiciales y arbitrales referidos en la pretensión anterior.

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

2. GRUPO DE REPAROS relativos a la inoperancia de cláusulas que COMCEL predispuso para eludir las consecuencias económicas y normativas del Contrato de Agencia.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relativas a la inoperancia de determinadas cláusulas del CONTRATO

La SENTENCIA en los siguientes términos negó la prosperidad de las pretensiones SEPTIMA, OCTAVA y NOVENA de la demanda reformada, relacionadas con la declaratoria de inoperancia de una serie de cláusulas abusivas del contrato, extendidas por COMCEL en ejercicio de su posición dominante con el objeto de eludir las consecuencias económicas y normativas del contrato de agencia:

Al efecto, recordemos que según el artículo 899 del estatuto comercial, el negocio jurídico será nulo cuando: a) "contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa"; b) "tenga causa u objeto ilícitos" y c) "se haya celebrado por persona absolutamente incapaz", de donde se extrae sin dificultad que ninguno de esos supuestos normativos se configuran en el presente evento, dado que no está acreditado que el contrato de marras contraría norma del carácter forzoso a que refiere el numeral primero del artículo regulador de las nulidades de los contratos comerciales, máxime cuando sentado se tiene que el régimen de las nulidades, por implicar en el fondo la aplicación de sanciones, es restrictivo, lo que de suyo apareja la prohibición de acudir a la analogía para que se surtan sus efectos.

(PÁGINA 53 SENTENCIA)

Es justamente por esos postulados legales, que cuando se habla de objeto ilícito, debe tratarse de cualquier cosa que se vaya a dar, hacer, no hacer, usar o tener, y que, siendo el propósito material del contrato, "contravenga al derecho público de la nación", o no estén el comercio, se trate de derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona, estén embargadas por decreto judicial o se trate de un contrato prohibido por las leyes (Arts. 1519, 1521 y 1522 lb)

Corolario a lo expuesto, como en este caso no se acredita que los apartes de los contratos cuya nulidad pide MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA se declare, contravengan al derecho público de la nación, o estén fuera del comercio, ni recaen sobre derechos o privilegios que no puedan transferirse a otra persona, tampoco que estén embargadas por decreto judicial ni están prohibidos por las leyes, esa pretensión cae al vacío.

Esa conclusión se fortalece, si analizamos lo que tiene que ver con la causa, pues si en cuenta se tiene que, tal como lo propone el artículo 1524 de la misma obra normativa, esta consiste en "el motivo que induce al acto o contrato", el que debe ser real y lícito, en el caso actual, ese móvil real, se extrae de lo que en el texto de cada contrato se estipuló, así como de la aplicación práctica que cada extremo interviniente en los actos, le dio durante sus ejecuciones, tal como se explica en el acápite respectivo de esta providencia.

Esa conclusión se fortalece, si analizamos lo que tiene que ver con la causa, pues si en cuenta se tiene que, tal como lo propone el artículo 1524 de la misma obra normativa, esta consiste en *"el motivo que induce al acto o contrato"*, el que debe ser real y lícito, en el caso actual, ese móvil real, se extrae de lo que en el texto de cada contrato se estipuló, así como de la aplicación práctica que cada extremo interviniente en los actos, le dio durante sus ejecuciones, tal como se explica en el acápite respectivo de esta providencia.

Si a lo anterior le agregamos que esa causa no está legalmente prohibida ni contraría las buenas costumbres ni al orden público de la nación, fuerza concluir que por el lado de la causa tampoco hay lugar a considerar que estemos ante motivos que conduzcan a declarar la nulidad total ni en parte de tal contrato.

Por lo anterior, y considerando además que no se trata de negocio celebrado por personas incapaces, ni hay prueba de que, al plasmar el sentido de sus voluntades, las partes hubieran incurrido en error, o hubiere mediado fuerza o dolo para ello, debe concluirse que no estamos ante unos negocios o cláusulas anulables en los términos que prevé el artículo 900 del código mercante colombiano.

Tampoco hay mérito para acceder a las pretensiones de declararlas INEFICACES por cuanto, en primer lugar, este efecto sancionatorio de los actos negociales opera IPSO LEGE, ergo, para ello no es menester declaración judicial, y en segundo lugar, véase que el mismo ocurre solo cuando de manera expresa el código de Comercio establezca que un acto tiene esa connotación (*Art. 897 C. de Co.*), lo que no se puede predicar en este evento, dado que del texto del contrato objeto de esta disputa, no se desprende que haber versado respecto de la distribución de los productos y servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que esta maneje, a las existencias que tenga y a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución (*contrato de distribución*), sean de aquellos que la ley considere ineficaces, lo que tampoco se puede hacer derivar de la circunstancia de que una de las partes crea, después de haberlo ejecutado en la forma como se pactó y nominó, que se debe entender como uno distinto.

(PÁGINA 54 SENTENCIA)

Ahora, véase que si bien es cierto que en términos del artículo 904 el código mercantil colombiano, *"El contrato nulo podrá producir los efectos de un contrato diferente, del cual contenga los requisitos esenciales y formales, si considerando el fin perseguido por las partes, deba suponerse que éstas, de haber conocido la nulidad, habrían querido celebrar el otro contrato."*, debe destacarse que los supuestos fácticos necesarios para aplicar los efectos que esa norma prevé, son que, en principio, haya lugar a declarar la nulidad del contrato de que se trate, en los términos ya vistos, vale decir, en los que consagran los artículos 899 ó 900 de la misma obra normativa, y en segundo término, que ese contrato diferente, esté debidamente configurado en cuanto a sus elementos esenciales y formales, lo que a su vez, exigiría que auscultada la teleología perseguida por las partes, haya lugar a suponer que si éstas hubieran conocido el motivo de nulidad en que incurrieron al celebrar el contrato, habrían querido celebrar el otro, lo que a todas luces no se puede pregonar en el presente evento, dado que, como ya se analizó, EL CONTRATO base de esta disputa no está maculado por ninguna de las causales enlistadas en los artículos 899 y 900, amén de que, el caudal probatorio que nutre este expediente conduce a concluir que lo que ambas partes ejecutaron, fue el contrato que suscribieron, y no otro.

(PÁGINAS 54 Y 55 SENTENCIA)

2.1. PRUEBAS QUE DEMUESTRAN QUE COMCEL, COMO PREDISONENTE DEL CONTRATO, EXTENDIÓ CLÁUSULAS ABUSIVAS QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

- a) Confesión a la que el Juez A quo, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que COMCEL, en los años 1998 y 2002, tenía el control accionario de OCCEL y CELCARIBE, respectivamente. COMCEL, a partir de este control accionario, desde el 1º de julio de 1998 asumió la administración de OCCEL y, desde el año 2003, hizo lo mismo con CELCARIBE.

En los hechos 30 y 31 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

30. El 2 de octubre de 1998, COMCEL y OCCEL S.A. suscribieron un acuerdo de administración, retroactivo al 1º de julio de 1998. En virtud de este acuerdo, COMCEL, desde julio 1º de 1998 y hasta que se formalizó la fusión entre las dos compañías, manejó los negocio de OCCEL S.A.

Demanda Reformada. Pág. 32

31. El 12 de febrero de 2003, COMCEL adquirió el 93.37% de las acciones de CELCARIBE. Al respecto, en el informe anual de COMCEL del año 2002 se lee: (...)

Demanda Reformada. Pág. 33

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que estos hechos son ciertos, VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 24.

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se demuestra que COMCEL diseñó y extendió el modelo contractual que utilizó para ser suscrito por los miembros de su red de agentes/distribuidores y, también, para ser suscrito por los miembros de las redes de agentes/distribuidores de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., circunstancia que le permitió, una vez consolidada la fusión con OCCEL y CELCARIBE, operar, bajo un mismo modelo contractual, una única red de agentes/distribuidores en las tres áreas en las que la Ley 37 dividió el territorio nacional: Oriente (Comcel), Occidente (Ocel) y Costa (Celcaribe).

- ✓ Informes anuales de COMCEL correspondientes a los años 2002 y 2003.

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

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

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

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

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

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

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

- ✓ Fusión de COMCEL (absorbente) con OCCEL y CELCARIBE. Pruebas No. 1 y 4 aportada con la demanda: COMCEL, mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá cuya copia obra en el expediente, se fusionó y absorbió a OCCEL y a CELCARIBE. Este acto de Fusión se inscribió el 27 de diciembre de 2004 en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá, tal y como consta en el certificado de existencia y representación de COMCEL que obra en el expediente.
- ✓ Ejemplo de contratos suscritos por OCCEL, CELCARIBE y COMCEL con sus respectivos agentes/distribuidores. Prueba No. 8 aportada con la demanda.
 - ✚ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada COMCEL: Veintidós (22) contratos celebrados directamente por COMCEL con miembros de su propia red de agentes/distribuidores (área Oriental), entre los años 2004 y 2003. Al comparar estos veintidós (22) contratos con el CONTRATO, se deduce que todos corresponden al mismo modelo extendido por COMCEL.
 - ✚ Prueba No. 8. aportada con la demanda. Carpeta denominada OCCEL: Esta carpeta se subdivide en dos subcarpetas, así: (i) Modelo 1995 a junio de 1998: En esta carpeta están los contratos 297 de 1995, 652 de 1997, 726 de 1997 y 783 de 1998. Son contratos que OCCEL celebró con cuatro exmiembros de su red de agentes/distribuidores; estos contratos, en su texto, son diferentes al modelo que COMCEL extendió, v. gr. son diferentes al CONTRATO. Estos modelos contractuales fueron los que OCCEL originalmente extendió por sí misma, es decir, con anterioridad al momento en que COMCEL asumió la administración de su operación en junio de 1998. (ii) Modelo julio de 1998 a 2001: En esta carpeta están los contratos 819, 839, 840, 846 y otros tres contratos celebrados en el 2001. Se trata del modelo de contrato que OCCEL empezó a utilizar cuando COMCEL asumió la administración de su operación. Al comparar estos siete contratos con

el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y COMCEL, se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que OCCEL empezó a utilizar a partir de julio de 1998.



Prueba No. 8. aportada con la demanda. Una carpeta denominada CELCARIBE: En esta carpeta se hallan cinco (5) contratos suscritos entre 2003 y 2005 por CELCARIBE con los miembros de su propia red de agentes/distribuidores, es decir, contratos que CELCARIBE extendió cuando se hallaba bajo el control accionario y administrativo de COMCEL. Al comparar estos cuatro contratos con el CONTRATO celebrado entre LA DEMANDANTE y CELCARIBE (hoy COMCEL), se deduce que todos ellos repiten el modelo contractual que COMCEL creó originalmente para sí misma y que CELCARIBE empezó a utilizar a partir del año 2003.

- c) Confesión a la que el Tribunal, en franca violación del Art. 193 CGP, le restó toda eficacia probatoria y en la cual se demostró que (i) El 21 de diciembre de 2004, y en virtud del acto de fusión con absorción celebrado por COMCEL (absorbente), con OCCEL S.A. y con CELCARIBE S.A. (absorbidas), COMCEL sumó a su clientela los otrora suscriptores de OCCEL y CELCARIBE y, desde entonces, empezó a explotar directamente en las áreas occidental (Comcel), oriental (antes Ocel) y Costa (antes Celcaribe), los servicios de telefonía móvil celular y la venta de equipos terminales que constituyen su negocio. (ii) A partir de la fusión de COMCEL con OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A., COMCEL, como único operador del servicio de telefonía móvil celular, consolidó, para las tres áreas (Oriental, Occidental y Costa), una única red de agentes/distribuidores que funcionó bajo el mismo modelo contractual. (iii) LA DEMANDANTE hizo parte de dicha red de agentes/distribuidores, y el CONTRATO corresponde con el modelo contractual diseñado y extendido por COMCEL.

En los hechos 15 y 16 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

15. Mediante la Escritura Pública No. 3799 del 21 de diciembre de 2004 de la Notaría 25 de 2004, se formalizaron los acuerdos de fusión con absorción celebrados entre COMCEL (absorbente) y OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. (absorbidas). El 27 de diciembre de 2004, se inscribió esta Escritura Pública en el Registro Mercantil que lleva la Cámara de Comercio de Bogotá.

Demanda Reformada. Pág. 26

16. En virtud de los referidos actos de fusión, COMCEL asumió los derechos y obligaciones de OCCEL S.A. y CELCARIBE S.A. y, entre otras consecuencias, sumó a su clientela los otrora suscriptores de estas últimas. Desde entonces, COMCEL presta directamente los servicios de telefonía móvil celular en las tres áreas en las que se dividió el territorio nacional bajo el régimen de la Ley 37: Oriental, Occidental y Costa.

Demanda Reformada. Pág. 26 y 27.

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que estos hechos son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 15:

Al comparar los contratos que COMCEL, y que OCCEL y CELCARIBE desde que COMCEL adquirió su control administrativo para posteriormente fusionarse con ellas, celebraron con los miembros de sus respectivas redes de agentes/distribuidores, se constata que todos comparten las siguientes cláusulas:

1. Cláusulas del Contrato en las que COMCEL: (i) Denominó el CONTRATO como un negocio de distribución. (ii) Denominó a LA DEMANDANTE como distribuidor. (iii) Excluyó a la Agencia Comercial como denominación del CONTRATO. (iv) Además de distribución, simultánea y contradictoriamente, intentó calificar el CONTRATO como un contrato de comisión (que lo define como corretaje) y también de “compras para la reventa”:

4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes. El presente contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen.

14 o 15. Marcas. Las partes han excluido expresamente toda relación jurídica de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, en cuanto, el DISTRIBUIDOR respecto de los productos adquirirá su dominio o propiedad y los revenderá en el mercado, a su propio costo, riesgo y con su propia organización e infraestructura y a los precios establecidos por COMCEL. Respecto de los servicios, EL DISTRIBUIDOR, quien es un profesional independiente, experto y conocedor del mercado, será un comisionista y, por consiguiente, lo pondrá en contacto con CELCARIBE para la celebración del respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía en los términos y condiciones pactados en este contrato.

2. Cláusula del Contrato de exclusión de la responsabilidad contractual de COMCEL:

17.4 COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR... por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.

3. Cláusulas del Contrato en las que COMCEL intenta crear un crédito a su favor que estaría llamado a ser compensado con la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO.

14 o 15. Marcas. (Inciso 2º). Las partes de manera expresa, voluntaria y con pleno entendimiento acuerdan que a la terminación de este contrato por cualquier causa, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en otro tipo contractual, en especial, de agencia comercial o también en el caso en que CELCARIBE deba reconocerle al DISTRIBUIDOR cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago de éste y del aprovechamiento del nombre comercial de CELCARIBE , de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus

productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR- CELCARIBE y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a CELCARIBE o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres (3) años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante.

Nótese la similitud que existe entre la fórmula matemática establecida en esta cláusula y la fórmula a partir de la cual se calcula la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO:

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

4. Cláusulas del Contrato en las que COMCEL simula el "pago anticipado" de toda prestación, bonificación y/o indemnización.

30 o 31. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º). Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

Anexo A. Num. 5 o 6. Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR, durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza.

Con esta disposición contractual, COMCEL intentó que los dineros remuneratorios pagados a sus agentes/distribuidores, además de extinguir las obligaciones que se pactaron a cargo de COMCEL y a favor de ellos en el Anexo A del CONTRATO (comisiones), extinguieran, simultánea e indeterminadamente, toda prestación, bonificación y/o indemnización **"que, por cualquier causa o concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de su ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza"**.

La actitud abusiva, elusiva y antinómica de dichas cláusulas salta a la vista: COMCEL, primero excluyó de la calificación a la Agencia Comercial, posteriormente extendió cláusulas de renuncia de las prestaciones que la Ley disciplina para el contrato de Agencia Comercial, seguidamente extendió cláusulas con las cuales pretende crear

créditos a su favor, créditos que están llamados a compensarse con la Prestación Mercantil al momento de la terminación del CONTRATO y, en un actuar completamente contradictorio, creó un artificioso pago anticipado de la Prestación Mercantil, todo esto mientras denominó el contrato como un atípico contrato de distribución que “supuestamente “se ejecutó mediante compras para la reventa”, que se celebró simultáneamente con un contrato de comisión, pero que al definir el de comisión lo trató como de corretaje.

2.2. CONCLUSIONES SOBRE LAS CLÁUSULAS ABUSIVAS DEL CONTRATO QUE TUVIERON POR OBJETO O COMO EFECTO LA ELUSIÓN DE LAS CONSECUENCIAS ECONÓMICAS DE LA AGENCIA COMERCIAL

Si el juez a quo hubiese valorado en su integridad las cláusulas del CONTRATO y las demás pruebas arriba referidas:

1. Habría concluido que el CONTRATO corresponde con el modelo contractual que COMCEL, extendió.
2. Habría concluido que en el CONTRATO se hallan presentes las cláusulas con las que COMCEL intenta eludir las consecuencias económicas (Prestación Mercantil e Indemnización especial del Art. 1324 CCO) y normativas (Derecho de Retención) de la Agencia Comercial.
3. Habría anulado dichas cláusulas por su evidente carácter abusivo: Estas cláusulas, “interpretadas” sistemáticamente, dejan en evidencia la intención de COMCEL de eludir, como predisponente del CONTRATO, las consecuencias connaturales de la Agencia Comercial. COMCEL, de manera premeditada, incorporó estas cláusulas en el CONTRATO con el fin de evitar que LA DEMANDANTE, directamente o por conducto del juez natural del CONTRATO, le reclamase la Prestación Mercantil y los demás derechos que le otorgan la Agencia Comercial y las normas que la regulan.

El Art. 95-1 CP establece:

ARTÍCULO 95 CP: “(...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;”
--

Por su parte, los Arts. 6º CC, 899 CCCO y 1741 CC señalan:

ARTICULO 6º CC: "La sanción legal no es sólo la pena sino también la recompensa; es el bien o el mal que se deriva como consecuencia del cumplimiento de sus mandatos o de la transgresión de sus prohibiciones. En materia civil son nulos los actos ejecutados contra expresa prohibición de la ley, si en ella misma no se dispone otra cosa. Esta nulidad, así como la validez y firmeza de los que se arreglan a la ley, constituyen suficientes penas y recompensas, aparte de las que se estipulan en los contratos."

ARTÍCULO 899 CCO: Será nulo absolutamente el negocio jurídico en los siguientes casos: 1) Cuando contraría una norma imperativa, salvo que la ley disponga otra cosa; ...

ARTICULO 1741 CC: (Inciso 1º) La nulidad producida por un objeto o causa ilícita, y la nulidad producida por la omisión de algún requisito o formalidad que las leyes prescriben para el valor de ciertos actos o contratos en consideración a la naturaleza de ellos, y no a la calidad o estado de las personas que los ejecutan o acuerdan, son nulidades absolutas.

COMCEL, en el acto de concebir y extender el clausulado del CONTRATO, abuso de sus derechos, v. gr. actuó en contra de una expresa prohibición de Ley (está prohibido abusar de los derechos). Estos actos, en voces de los Art. 6º y 1741 del CC y 899 CCO, se sancionan con la pena de nulidad.

Como complemento de lo anterior, se tiene: Los Arts. 830 y 871 CCO establecen:

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

ARTICULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

COMCEL, como predisponente del CONTRATO, y en franco abuso de su posición de dominio contractual e incumpliendo su deber de dictar y celebrar el CONTRATO de buena fe, extendió las cláusulas a que se refiere el presente cargo, cláusulas con las cuales, en detrimento de la DEMANDANTE, intentó eludir las consecuencias económicas y normativas que por vía de sus elementos naturales le pertenecen al contrato de Agencia Comercial. Las cláusulas abusivas y elusivas que COMCEL extendió, entonces, deben ser anuladas: de esta manera se restituye a la legalidad el negocio celebrado, y se sancionan los abusos y faltas a la buena fe imputables a COMCEL. Al respecto, la jurisprudencia ha sostenido:

Ante la existencia de cláusulas abusivas no queda al operador jurídico otra posibilidad que abstenerse de aplicarlas. Al respecto se ha señalado que "[l]o que puede hacer el juez frente a una cláusula abusiva en este tipo de contratos, es resolver el caso aplicando la teoría general, lo cual invita a observar la prohibición de insertar ese tipo de cláusulas, según restricción que se desprende del citado artículo 871 del Código de Comercio y derivar la consecuencia legal que corresponda, que no puede ser otra que sancionar con la invalidez de la cláusula del contrato transgresora del mandato legal, si ello se torna necesario para mantener el equilibrio y por ende la justicia contractual entre las partes. **Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 14 de diciembre de 2011, Radicación C-110131030142001-01489-01. M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar**

Esta misma sentencia se cita en los siguientes laudos arbitrales: Tribunal arbitral de CONCELULAR S.A. en liquidación v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 1° de diciembre de 2006. Árbitros: Carlos Esteban Jaramillo Schloss, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Gabriel Jaime Arango Restrepo. Tribunal arbitral de BONNCEL S.A.S v. COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Laudo de 18 de marzo de 2021. Árbitros: Arturo Solare Rodríguez, Orlando José García Herreros y José Guillermo Peña.

2.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM

Teniendo en cuanto los referido en los anteriores acápite 2.1. a 2.2. el H. Tribunal Superior de Bogotá al decidir la presente apelación, deberá revocar los siguientes segmentos de la parte resolutive de la SENTENCIA:

PRIMERO: Declarar prósperas las excepciones “AUSENCIA DE ABUSO DE DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIO DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.// INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y // VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, propuestas por COMCEL en contra de las pretensiones enarboladas por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación comercial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

SEPTIMO: CONDENAR en costas a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA. Al liquidarlas, ténganse como agencias en derecho \$18'000.000 M/Cte.

Y en su lugar, el H. Tribunal Superior de Bogotá, deberá declarar probadas y la prosperidad de las pretensiones SÉPTIMA, OCTAVA Y NOVENA de la Demanda, en el sentido de declarar la inoperancia por ineficacia de las cláusulas 4, 5.1., 5.3., 15, 17.2 Inciso 2, 17.4, 17.5, 30 Inciso 2, 30 Inciso 3, Anexo A Numeral 6, Anexo c Numeral 5, Anexo F Numeral 4 del CONTRATO.

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

3.1. LA SENTENCIA DEBERÍA HABER CONDENADO A COMCEL AL PAGO DE LA PRESTACIÓN MERCANTIL

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

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

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

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

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

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

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

En el presente proceso resultó probado que (i) el CONTRATO es un típico y nominado negocio de Agencia Comercial, y (ii) que la relación jurídica patrimonial terminó el 16 DE MAYO DE 2018. A partir del 16 DE MAYO DE 2018, entonces, se hizo exigible la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE, prestación que, como resultó probado en el proceso, COMCEL aún no le ha pagado.

LA DEMANDANTE, en el hecho 109 de la demanda reformada, alegó:

En el hecho 109 de la demanda reformada, LA DEMANDANTE alegó:

109. Como se explicó en los hechos relativos a la remuneración que devengó LA DEMANDANTE, el sistema remuneratorio implementado por COMCEL tuvo dos componentes: (i) Comisiones. (ii) Los descuentos otorgados en el suministro de productos con destino a la activación de planes prepago (Kits Prepago y Sim Cards). (iii) Las notas crédito. (iv) Los descuentos/comisiones por recargas comercializadas.

Demanda reformada, Pág. 73

COMCEL, al contestar la demanda, confesó que son ciertos; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 37:

109. Es cierto.

Contestación de COMCEL de la demanda reformada. Págs. 37

Al incorporar en el cálculo de la Prestación Mercantil los factores de cálculo a que se refieren el Art. 1324 CCO (comisiones, utilidades y regalías) y el hecho 109 de la demanda (comisiones, utilidades y regalías), se tiene:

A.6.TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL

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

RESPUESTA

De acuerdo con las respuestas (A.1.b), (A.2.b), (A.3.b), (A.4.b) y (A.5.b) anteriores, el monto total de la prestación mercantil es de **\$1.074.046.582**. En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

PREGUNTA	CONCEPTO	MONTO
A.1.b	Prestación mercantil Comisiones	792.364.226
A.2.b	Prestación mercantil Descuentos Kits Prepago	237.748.437
A.3.b	Prestación mercantil Descuentos Sim Cards	1.505.887
A.4.b	Prestación mercantil Notas Crédito	39.478.529
A.5.b	Prestación mercantil Recargas	2.949.503
TOTAL PRESTACIÓN MERCANTIL		1.074.046.582

Ver Prueba: Pág. 26 del DICTAMEN.

3.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AQUEM.

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá **REVOCAR** los numeral segundo de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

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

DUODÉCIMA: CONDENAR a COMCEL S.A. a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de Prestación Mercantil, la suma de COP \$1.074.046.582

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

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

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

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

Aclarado lo anterior, tenemos:

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

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

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

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

Por otra parte, la Prestación Mercantil, además de ser mercantil, es una obligación de carácter dinerario: En efecto, al aplicar la fórmula matemática incorporada en el inciso 1º del Art. 1324 CCO, se obtiene una SUMA LÍQUIDA DE DINERO. En el presente caso, la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE asciende a la suma de \$1.074.046.582.

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

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

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

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

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

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

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

CONCLUSIONES: (i) COMCEL, como resultó probado en el proceso, es deudora de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. (ii) Como quedó establecido en el presente memorial, la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO es una obligación mercantil de carácter dineraria. (iii) COMCEL, en consecuencia, está obligada a pagarle a LA DEMANDANTE intereses de mora sobre la Prestación Mercantil, intereses que se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora.

3. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora? El Código de Comercio no regula, de manera especial, la constitución en mora del deudor mercantil. Por este motivo, y con fundamento en los Arts. 2º y 822 CCO, la norma que regula la constitución en mora del deudor en asuntos mercantiles es la norma que se halla en el Art. 1608 CC:

ARTICULO 2º CCO: En las cuestiones comerciales que no pudieren regularse conforme a la regla anterior, se aplicarán las disposiciones de la legislación civil.

ARTICULO 822 CCO: Los principios que gobiernan... las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa.

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: (...) 3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.

En el presente caso, y según la regla del numeral 3º del Art. 1608 CC, COMCEL quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda; veamos: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

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

CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 7 de febrero de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda dictado en el presente proceso.

4.2. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

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

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

Y, en su lugar, deberá condenar a COMCEL con fundamento en la Pretensión Décima Tercera (Literal d) Subsidiario) de la demanda reformada:

DÉCIMA TERCERA: Se solicita al señor Juez:

- a) Declarar que la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior es una obligación mercantil de carácter dinerario.
- b) Declarar, con fundamento en el numeral 2º del Art. 1617 CC, que LA DEMANDANTE no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando solo cobra intereses; basta el hecho del retardo.
- c) Declarar, con fundamento en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, que COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil a que se refiere la pretensión anterior en caso de mora y a partir de ella.

d) SUBSIDIARIA AL LITERAL D) DE LA PRETENSIÓN DÉCIMA TERCERA: Si se rechaza el literal d) de la pretensión décima tercera principal, en subsidio se solicita: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente Demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia).

Condena a COMCEL por concepto de intereses moratorios causados sobre la Prestación Mercantil: Únicamente a título informativo, se indica que los intereses moratorios sobre las Prestación Mercantil son aquellos los intereses moratorios que se han causado desde la fecha en la cual COMCEL quedó constituida en mora con la notificación del auto admisorio de la demanda el 7 DE FEBRERO DE 2019 y hasta que se dicte la sentencia de segunda instancia.

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiéndole a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil.

4.3. De la Excepción que COMCEL propuso relativa a los intereses moratorios que se han venido causando sobre la Prestación Mercantil.

COMCEL, al contestar la demanda reformada, propuso la siguiente excepción de mérito en calidad de Pretensión 13, Subsidiaria:

13. SUBSIDIARIA: IMPOSIBILIDAD DE COBRO DE INTERESES DESDE LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO.

Pretende la **Demandante** que se reconozcan intereses moratorios sobre las sumas objeto de la condena desde el momento mismo en que terminó el Contrato de Distribución, olvidando que en ese momento **Comcel** no estaba constituido en mora según lo dispone el artículo 1608 del Código Civil, en tanto que las sumas aquí reclamadas no cuentan con plazo legal o convencional para ser satisfechas.

En el caso que nos ocupa, la constitución en mora de COMCEL es innegable: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990 establece que “En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el

deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”; porque la Prestación Mercantil que regula el Art. 1324 CCO es una “obligación mercantil” de “carácter dinerario”, sobre ella se causan intereses moratorios a partir de la constitución en mora del deudor (COMCEL). El Art. 1608 CC establece que la constitución en mora se perfecciona, o “cuando no se ha cumplido la obligación dentro del término estipulado” (Num. 1), o “cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor” (Num. 3), reconvenición que, según el Art. 94 CGP, se perfecciona con la notificación del auto admisorio de la demanda. La autonomía judicial de la que gozan los Jueces no puede pretermitir el marco del Art. 1608 CC: o los intereses moratorios de la Prestación Mercantil se calculan a partir de la fecha de terminación del contrato (Num. 1 del Art. 1608), o se calculan a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda (Num. 3 del Art. 1608 CC y Art. 94 CGP): La Ley no admite otra interpretación.

La Prestación Mercantil que LA DEMANDANTE reclama corresponde con una SUMA LÍQUIDA DE DINERO que se establece a partir de la fórmula matemática del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

COMCEL, en ejercicio de sus propias razones, decidió no pagarle a LA DEMANDANTE la suma líquida de dinero que se causó a título de Prestación Mercantil: la decisión de COMCEL no modifica las condiciones de existencia y exigibilidad de la obligación incumplida. COMCEL, con su negativa de cumplir con el pago de la Prestación Mercantil, obligó a LA DEMANDANTE a incoar el presente proceso. COMCEL, entonces, asumió el riesgo de la litis, es decir, el riesgo de que, en este caso, los efectos de la mora se retrotraigan a la etapa de la litis contestatio (Num. 3 del Art. 1608 CC). Al respecto, la Corte Suprema de Justicia, en una sentencia que sí resulta pertinente, sostuvo:

Sentencia del 7 de julio 2005, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Expediente rad. 1998-00174-01: “... “si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, “en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)”.

Además de lo dicho, la excepción propuesta por COMCEL, por las siguientes razones complementarias, está llamada a fracasar:

- La Sentencia con la que se le pondrá fin al presente litigio, en cuanto a la naturaleza del CONTRATO, es DECLARATIVA: Las sentencias judiciales que se dictan en relación con la naturaleza de un contrato tienen siempre efectos

DECLARATIVOS (ex tunc) y no CONSTITUTIVOS (ex nunc), pues en ellas simplemente se reconoce una situación jurídica anterior: en este caso, la existencia de un contrato válidamente celebrado que incorpora unos determinados elementos esenciales; así lo confirma la Corte Suprema de Justicia:

Sentencia de julio 30 de 2019, Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral. Expediente SL3133-2019: "... en tanto, que las sentencias 'declarativas', como lo ha entendido la jurisprudencia, son las que reconocen un derecho o una situación jurídica que ya se tenía con antelación a la misma demanda, ... por manera que, sus efectos devienen 'ex tunc', esto es, desde cuando aquella o aquel se generó. Tal el caso del estado jurídico de trabajador subordinado, por ser igualmente sabido que para estarse en presencia de un contrato de trabajo solamente se requiere que se junten los tres elementos esenciales que lo componen: prestación personal de servicios, subordinación jurídica y remuneración, de forma que, desde ese mismo momento dimanen, en virtud de la ley primeramente, y de la voluntad o la convención... los derechos y obligaciones que le son propios (CSJ SL3169-2014)."

CONCLUSIONES: (i) Porque la naturaleza jurídica del CONTRATO fue de Agencia Comercial, situación que se deberá declarar con efectos declarativos ex tunc (desde siempre), (ii) porque la Prestación Mercantil pertenece al Contrato de Agencia Comercial por vía de un elemento de su naturaleza, (iii) porque la Prestación Mercantil se hizo exigible al momento de la terminación del CONTRATO, (iv) porque COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil cuando se le notificó el auto admisorio de la demanda, y (v) porque COMCEL está obligada a pagar intereses moratorios en caso de mora y a partir de ella (Art. 65 de la Ley 45 de 1990), se debe condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se han causado desde la fecha en que COMCEL quedó constituida en mora, v. gr., desde la fecha en la cual se le notificó el auto admisorio de la demanda.

- La Sentencia no es el acto jurídico a partir del cual COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil: Por regla residual, el deudor de una obligación mercantil de carácter dinerario queda constituido en mora desde el momento en que se le notifica la demanda (Art. 94 CGP). Esta regla residual se aplica en los casos en los que no opera directamente alguna de las reglas especiales de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC:

ARTICULO 1608 CC: El deudor está en mora: 1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera

al deudor para constituirlo en mora. 2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla;

En el presente proceso, bien sea que se aplique la regla residual, o bien sea que opere alguna de las dos reglas especiales, la constitución en mora de COMCEL, en todos los casos, es un acto jurídico que se perfeccionó en un MOMENTO MUY ANTERIOR al momento en que se dictará la Sentencia definitiva con la cual se le pondrá fin al presente proceso. Por este motivo, sostener, directa o implícitamente, que los intereses moratorios sobre la Prestación Mercantil se causarán a partir de la ejecutoria de la Sentencia, es desconocer, abiertamente, lo establecido en los Arts. 1608 CC, 94 CGP y 65 de la Ley 45 de 1990.

La justicia ordinaria, en un caso idéntico al sub examine y con fundamento en las siguientes razones, condenó a COMCEL a pagar los intereses moratorios que sobre la Prestación Mercantil se causaron desde que se le notificó a COMCEL el respectivo auto admisorio de la demanda, v. gr. desde que COMCEL quedó constituida en mora con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP:

TRIBUNAL SUPERIOR DE MANIZALES. Proceso ordinario de Comunidad Celular SA Vs COMCEL. Expediente: 17001-40-03-002-2017-00188-02: Sobre este particular asunto podemos comenzar diciendo que las providencias judiciales, según la naturaleza de lo pretendido, pueden ser clasificadas en tres grupos a saber: (i) las condenatorias, (ii) las declarativas o reconocitivas y (iii) las constitutivas o modificativas. Las primeras, se encaminan a la declaración judicial de un derecho y a la condena del demandado a la satisfacción de la prestación debida, como consecuencia de aquel reconocimiento. (...) Cuando la sentencia es de aquellas condenatorias, la Honorable Corte Suprema de Justicia, haciendo referencia al momento desde el cual deben reconocerse intereses moratorios tiene sentado: "(...) El límite previsto para el reconocimiento de los réditos moratorios, surge de la conducta asumida por la accionada luego de ser notificada de la existencia del pleito, puesto que en lugar de solucionar la obligación tan pronto tuvo conocimiento de él, optó por resistirlo, o como lo reiteró la Corte en fallo CSJ SC 7 de julio 2005, rad. 1998-00174-01, "si el demandado asume la posibilidad de afrontar el pleito, en lugar de pagar la obligación que se demanda, "en caso de acogerse la pretensión, los efectos de la sentencia, en lo que atañe a la mora, se retrotraen a la etapa de la litis contestatio, es decir, al estadio en que aquel asumió el riesgo de la litis, con todo lo que ella traduce (...)". Aterrizando la anterior jurisprudencia, que entre otras cosas ha sido acogida reiteradamente en pretéritas oportunidades por esta Sala de decisión, sin que se vislumbren elementos que ahora la hagan variar su criterio, dentro de los contornos de este conflicto, se tiene que la demandada debe reconocer intereses moratorios mercantiles (ambas partes son comerciantes) desde el momento en que fue notificada de la existencia de la controversia; esto es, 19 de diciembre de 2017, data en la cual fue constituida en mora según las luces del inciso 2º del artículo 94 del Código General del Proceso. (...) Consecuencialmente, habrá de confirmarse la decisión impugnada, modificándola en su numeral decimoquinto, en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios y la exclusión de la corrección monetaria.

5. GRUPO DE REPAROS relativos a los incumplimientos contractuales y/o abusos del derecho imputables a COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

5.1. Marco teórico:

En el Anexo A del CONTRATO se pactó:

1. Para los planes Postpago, con respecto a cada Abonado activado en el Servicio, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión, que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada plan determine COMCEL, y de acuerdo al Plan Postpago escogido por el Abonado, independientemente del número total de líneas activadas en Postpago por EL DISTRIBUIDOR durante el periodo.

(...)

8. En relación con los planes prepago, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones que de tiempo en tiempo, determine COMCEL para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.

Ver Prueba 7 CONTRATO SUB IÚDICE aportada con la demanda.

COMCEL, según el Anexo A del CONTRATO, tenía la facultad de establecer unilateralmente las comisiones remuneratorias de LA DEMANDANTE. Al respecto, COMCEL, al contestar la demanda, así lo confesó; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada en la contestación del hecho 150:

150. No es cierto en la forma en que está redactado el hecho, pues parece que la Demandante olvida que según lo acordado libre y conscientemente por las partes en el Anexo A del Contrato de Distribución, Comcel estaba habilitado para modificar las comisiones de manera unilateral, en uso de una legítima facultad. No es cierto que así se haya causado un daño a la Demandante, y en todo caso la propia demandante confiesa que por 5 años ejecutó el contrato con esta variación, luego mal puede ahora venir a contradecir lo que ella consintió y avaló durante más de la mitad de la relación contractual.

Frente a la facultad que tenía COMCEL de establecer unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, el artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

El contenido y alcance de la obligación que tenía COMCEL de ejecutar el CONTRATO de buena fe, según la ley y la equidad natural, se establece en el siguiente marco:

- (i) LA DEMANDANTE ejecutó el negocio en su calidad de empresario independiente, circunstancia que refleja un elemento esencial del CONTRATO (Agencia Comercial). Como empresario independiente, LA DEMANDANTE organizó su empresa con el único fin de ejecutar el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, encargo que también hizo parte esencial de la naturaleza del CONTRATO.
- (ii) La empresa que LA DEMANDANTE organizó para ejecutar el encargo hecho por COMCEL se ajustó a los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta organización trajo consigo una estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener constantemente a lo largo de la relación contractual para, precisamente, cumplirla al tenor de lo pactado (contenido estático del encargo) y de las instrucciones impartidas (contenido dinámico del encargo).

- (iii) La estructura de gastos y costos que LA DEMANDANTE tuvo que mantener a lo largo del CONTRATO se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor suyo, remuneración que también constituye un elemento esencial del CONTRATO.
- (iv) El CONTRATO fue un negocio oneroso en el que se pactó una remuneración a favor de LA DEMANDANTE y una exclusividad a favor de COMCEL (cláusula 7.15 del CONTRATO); así las cosas, el 100% de los ingresos operacionales que LA DEMANDANTE generó con la empresa que organizó para ejecutar el CONTRATO, provinieron de la remuneración contractual que COMCEL le pagó. Con estos ingresos (v. gr. con su remuneración) LA DEMANDANTE sufragó el 100% de sus gastos operacionales (v. gr. los gastos de agencia) con la esperanza de obtener una rentabilidad empresarial al final de cada ejercicio.
- (v) COMCEL, como la parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó el ANEXO A para establecer las cuantías de las comisiones que LA DEMANDANTE recibiría por cumplir el encargo de promover y explotar el negocio de COMCEL, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Sin embargo, y como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), decisiones que extendió en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE; veamos: En los años comprendidos entre 2005 (año siguiente a la fusión de COMCEL con OCCEL y CELCARIBE) y 2018, la penetración del mercado (v. gr. la proporción entre el número de líneas celulares activas y el número de habitantes del país) por una parte, y la participación de COMCEL en este mercado, su cantidad de suscriptores y sus ingresos operacionales, por la otra, fueron los siguientes:

AÑO	% PENETRACIÓN DEL MERCADO CELULAR	% PARTICIPACIÓN DE COMCEL EN EL MERCADO	NÚMERO DE SUSCRIPTORES DE COMCEL	INGRESOS OPERACIONALES DE COMCEL
2018	126%	46.36%	29.166.426	\$8.305.180.262.000
2017	122%	48.91%	29.224.927	\$8.124.364.000.000
2016	120.4%	49.34%	28.953.884	\$8.049.653.000.000
2015	118.9%	52.46%	28.973.124	\$8.669.934.203.000
2014	116.1%	54.66%	29.775.739	\$8.953.628.062.000
2013	106.7%	58.32%	28.977.299	\$8.378.464.593.000
2012	105.3%	61.52%	30.371.083	\$7.747.563.524.000
2011	100,3%	65.34%	28.818.791	\$7.055.871.602.000
2010	97.7%	65.98%	29.264.339	\$6.270.009.238.000
2009	91.5%	67.24%	27.673.546	\$5.388.371.079.000
2008	92%	66.2%	27.389.566	\$5.810.675.636.000
2007	79.6%	65.8%	22.334.510	\$5.520.968.733.000
2006	69.8%	64.27%	19.521.262	\$4.588.407.345.000
2005	47.5%	62.9%	13.774.657	\$3.277.813.000.000

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Información interna de COMCEL).

Como COMCEL misma lo admite, su participación de mercado y los consecuentes ingresos operacionales que ha obtenido, han provenido mayoritaria e históricamente del esfuerzo hecho por los miembros de su red de agentes/distribuidores, red de la cual LA DEMANDANTE hizo parte:

4.5. Ventas y Distribución COMCEL

Ventas Directas. Las ventas directas en el año 2002 representaron el 7.0% del total de las ventas.

Distribuidores Exclusivos Independientes. El 93.0% de las ventas se realizaron a través de la red de distribuidores independientes. Luego de una estrategia de crecimiento masivo la red de distribución de COMCEL y OCCEL pasó de 1,424 puntos en oriente a 2,351 puntos y de 727 puntos en occidente a 1,236 puntos, para un total de 3,587 puntos a nivel nacional, presentando así un de incremento del 67% con respecto al año anterior, así como una fuerza de ventas de 9.400 profesionales al final del año 2002.

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe anual COMCEL de 2002, página 25)

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

(VER Prueba No. 2 aportada con la demanda: Informe de sostenibilidad de COMCEL de 2014, página

En este punto resulta fundamental señalar que en el año 2002 la participación de la red de agentes/distribuidores en el porcentaje de ventas de COMCEL era del 93%; y que este porcentaje, para el año 2014, ya había bajado al 70%. La razón que explica ese decrecimiento es muy sencilla: COMCEL, con los años, ha generado mecanismos para atender directamente su clientela, cuestión que le ha permitido reducir su principal gasto operacional de ventas: LA REMUNERACIÓN de los miembros de su red de agentes/distribuidores.

COMCEL, a pesar de los riesgos que asumió como operador del Servicio de Telefonía Móvil Celular (p.e. la competencia del mercado y la consecuente reducción de tarifas al cliente final, las medidas regulatorias, la fluctuación de tasas de cambio, las condenas judiciales, etcétera), **incrementó**, a lo largo de los años y de manera importante, sus ingresos operacionales, al punto que, desde el año 2013, ha mantenido ingresos sostenidos por más de \$8 billones al año. Estos impresionantes logros empresariales se explican, en buena medida, gracias a los buenos resultados que LA DEMANDANTE y los demás miembros de su red de agentes/distribuidores tuvieron en la promoción y explotación de los servicios de telefonía móvil de COMCEL.

COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para señalar unilateralmente la remuneración de LA DEMANDANTE, y como resultó probado en el presente proceso, actuando en contravía de los mandatos de la equidad y la buena fe contractual, **eliminó comisiones previamente pactadas** (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), **eliminó comisiones previamente reconocidas** (comisión por permanencia), **y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas** (comisión por transacción de recaudo), cuestión que, en sí misma, fue **inequitativa**; veamos:

Presupuesto que resultó probado: Las decisiones impuestas por COMCEL generaron un efecto positivo en COMCEL (a menores gastos operacionales, mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (a menor remuneración, menores ingresos).

Obiter dicta: Una reducción habría sido equitativa si hubiera sido producto de un sacrificio conjunto que resultaba necesario para mantener el equilibrio económico del CONTRATO en el contexto micro-económico del mercado; se explica: Supongamos que la competencia del mercado hubiera llevado a COMCEL a reducir las tarifas de sus servicios ante el cliente final, y que tal reducción hubiera significado una reducción de sus ingresos operacionales y de sus utilidades operacionales; en este caso, habría resultado equitativo que COMCEL, en ejercicio de la facultad que tenía para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE, hubiera reducido la cuantía originalmente establecida para trasladarle **equitativamente** a LA DEMANDANTE una parte de las consecuencias negativas asociadas a la situación micro-

económica; con esta reducción, COMCEL habría mermado el impacto en su utilidad operacional (la que de todas maneras se habría reducido) y LA DEMANDANTE, con menores ingresos, habría asumido su cuota de sacrificio también reflejada en una reducción en su utilidad operacional. Sin embargo, y a partir de lo que resultó probado, se deduce que esta no fue la situación. Sin importar las tarifas que COMCEL finalmente estableció para el cliente final, y gracias mayoritariamente a los esfuerzos de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE incluida, COMCEL logró incrementar anualmente el número de suscriptores, sus ingresos operacionales y, lo que resulta más importante, sus utilidades operacionales.

Gracias a la labor y esfuerzos empresariales de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores, COMCEL pasó de tener 2 billones anuales de ingresos operacionales, a tener niveles sostenidos de \$8 billones de pesos anuales, y pasó de tener 13 millones de suscriptores a tener 29 millones. Resulta completamente inicuo que COMCEL, precisamente en los años más productivos y boyantes, haya tomado decisiones tan drásticas que afectaron sustancialmente la remuneración de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: COMCEL incumplió el CONTRATO por vía de la infracción a las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual, por cuanto las decisiones que tomó frente a las comisiones por residual (eliminar tres meses de causación), por permanencia pospago (eliminarla completamente) y por transacción de recaudo (reducirlas en un 45%), NO FUERON EQUITATIVAS.

Abuso del derecho imputable a COMCEL: Finalmente, si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá considerara que los actos contractuales a través de los cuales COMCEL eliminó comisiones previamente pactadas (los tres primeros meses de causación de la comisión por residual), eliminó comisiones previamente reconocidas (comisión por permanencia), y redujo sustancialmente la cuantía de comisiones previamente pactadas y reconocidas (comisión por transacción de recaudo), v. gr. las Cartas de Comisiones que COMCEL extendió, fueron actos que incorporaron obligaciones **expresas** para las partes, de tal manera que, al no existir un vacío negocial que pudiera ser suplido con fundamento en la fuerza integradora del Art. 871 CCO (buena fe, naturaleza del negocio y equidad), lo cierto es que, bajo esta hipótesis subsidiaria, COMCEL, indiscutiblemente, abusó de sus derechos. En otras palabras, si el H. Tribunal estimara que las Cartas de Comisiones establecieron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual², lo cierto es que, bajo este

² La buena fe en el Código de Comercio y en el Código Civil únicamente cumple las funciones (i) interpretativa e (ii) integradora de los contratos. En virtud de la primera, la buena fe dirige el proceso interpretativo de los acuerdos negociales en los que se prefieren los significados normativos que más se acompañen a los mandatos de la buena fe y la equidad. Por su parte, con la fuerza integradora de la buena fe se llenan vacíos contractuales, es decir, se resuelven cuestiones que las partes no previeron expresamente en sus acuerdos negociales. Excepcionalmente, por ejemplo a través de la teoría de la imprevisión, la cláusula penal enorme, la reducción

supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos: Las razones que justifican la existencia del abuso del derecho, son las mismas que explican, a la luz de la buena fe contractual, la inequidad de las decisiones adoptadas por COMCEL.

COMCEL, entonces, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En efecto, LA DEMANDANTE, en sus pretensiones, solicitó, de manera principal, condenar a COMCEL civilmente por los incumplimientos que le son imputables (incumplimientos que pueden provenir de cláusulas del CONTRATO o de las obligaciones que emanaron de la buena fe contractual) y, subsidiariamente, le solicitó condenarla civilmente por los daños que provienen del abuso de sus derechos.

5.2. Pretensión Décima Séptima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Exclusión de los tres primeros meses del cálculo de la denominada comisión por residual:

PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA:

- a) Declarar que COMCEL, de manera unilateral, estableció que la comisión por residual únicamente se empezaría a causar a partir del tercer mes de cada activación.
- b) Declarar que la exclusión de los tres primeros meses de causación, no aparejaron una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco significaron una reducción correlativa de sus gastos operacionales.
- c) Declarar que COMCEL, al haber excluido unilateralmente de su liquidación los tres primeros meses de causación, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

de intereses, etcétera, la buena fe inspira normas especiales que “corrigen” los acuerdos celebrados entre las partes, es decir, normas que se aplican de manera preferente sobre reglas que expresamente acordaron los co-contratantes, estipulaciones éstas últimas que, en consecuencia, son derogadas por normas imperativas fundadas en la buena fe correctiva. Esta función de la buena fe se denomina “función correctiva”; en el ordenamiento jurídico colombiano, esta función no se estatuyó bajo una regla general y la misma, en todos los casos, solamente se halla en normas especiales.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA y no es subsidiaria de los literales a) y b) de la PRETENSIÓN DÉCIMA SÉPTIMA.

En el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por residual:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual" la cuál será determinada de tiempo en tiempo por COMCEL e informada AL DISTRIBUIDOR, comisión que variará dependiendo si el distribuidor está calificado como centro de ventas o como centro de ventas y servicios. Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente. Esta comisión se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente y continuará causándose si el DISTRIBUIDOR mantiene abierto al menos un punto de venta capaz de atender las necesidades de los abonados de la región que sirve. (...) Para los efectos del cálculo de las comisiones pagaderas al DISTRIBUIDOR los "ingresos que generen efectivamente comisión" significarán los ingresos que correspondan a COMCEL y realmente recaude e ingresen efectivamente a su patrimonio, de los siguientes cargos al Abonado: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por COMCEL y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan. La causación de comisiones, se hará dentro de los periodos mensuales que fije COMCEL, indicando el día de iniciación y de cierre de cada periodo.

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

1. La comisión por residual, según el CONTRATO, se causaría: (i) Sobre los ingresos recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte de los "Abonados" cuya vinculación contractual con COMCEL fue gestionada por LA DEMANDANTE, y (ii) mientras LA DEMANDANTE tuviera por lo menos un punto de venta abierto capaz de atender las necesidades de los abonados en la región que le fue prefijada por COMCEL. El CONTRATO define el concepto "Abonado", así:

1.13"Abonado" -significa una persona, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de telefonía móvil celular mediante un contrato celebrado con CELCARIBE y permanezca con ésta por un término mínimo de doce (12) meses contados desde la activación.

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

Los ingresos recibidos por COMCEL que se tenían en cuenta para calcular la comisión por residual, según lo pactado en el numeral 2º del Anexo A, eran: 2.1 Cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, excluidas llamadas de larga distancia nacional e internacional. 2.2 Cargo Fijo Mensual 2.3 Cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados directamente por CELCARIBE y excluyendo los que no preste ésta o no le correspondan.

2. COMCEL, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, incumplió lo pactado en el Anexo A; veamos:

a) En las Cartas de Comisiones que COMCEL le extendió a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, COMCEL estableció que la comisión por residual únicamente se causaría sobre los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado:

1.2 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes y paquetes mencionado en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.67% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.33% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 2.00%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

1.3 Residual y Anticipo

Las líneas activas en los planes mencionados en Postpago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen a COMCEL, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0.25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%.

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones a LA DEMANDANTE 2013 a 2017.

b) La regla que COMCEL aplicó durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO, según la cual los tres primeros meses de consumo del cliente pospago no generarían una comisión por residual, constituye una violación del CONTRATO, v. gr. un incumplimiento contractual de COMCEL. En efecto, en el Anexo A, la comisión por residual se ha debido calcular a partir

de todos los consumos que realice el cliente pospago; en el Anexo A no se estipuló la exclusión de los tres primeros meses que COMCEL, a la postre, aplicó motu proprio:

2. Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR una comisión denominada "Residual"... Dicha comisión tendrá en cuenta los ingresos... que hubieren sido recibidos por COMCEL por el uso del Servicio por parte del Abonado correspondiente.

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

3. **CONCLUSIÓN:** En el presente proceso resultó probado el literal (c) de la Pretensión Décima Séptima, motivo por el cual el H. Tribunal deberá declarar probado el consecuente literal e) de dicha Pretensión, v. gr., deberá declarar que COMCEL, al haber excluido de su liquidación los tres primeros meses de causación de la comisión por residual, incumplió el CONTRATO.

- 5.3. Pretensión Décima Novena: Incumplimiento contractual de COMCEL: Eliminación de la comisión por permanencia pospago.

PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA: En cuanto a las comisiones por permanencia y buena venta en planes pospago y prepago, así denominadas respecto del CONTRATO SUB IÚDICE, se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia (planes pospago) y buena venta (Kits prepago) a que tenía derecho LA DEMANDANTE. (...) **c) Declarar** que COMCEL, al haber eliminado las comisiones por permanencia y buena venta, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA-LITERAL C): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL c) de la PRETENSIÓN DÉCIMA NOVENA, en subsidio se solicita DECLARAR que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL

1. Respecto de los planes normales (todos aquellos diferentes a prepago) cuya activación gestionó LA DEMANDANTE, en el Anexo A del CONTRATO se pactó, en los siguientes términos, la denominada comisión por permanencia:

Numeral 1, inciso 3º: Sin perjuicio de la anterior regla general, se entiende y acuerda que las comisiones de planes normales (todos aquellos diferentes de prepago) podrán tener causación total o parcial, según que el abonado permanezca activado en la red dentro de los doce (12) meses siguientes al mes de activación o por un período inferior a dicho lapso, respectivamente.

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

2. COMCEL, a través de las Cartas de Comisiones que le envió a LA DEMANDANTE, determinó, en los siguientes términos, la cuantía de la comisión por permanencia:

1.2 Bonificación por Permanencia			
Por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una permanencia de 6 meses a partir de la fecha de activación, el Distribuidor recibirá una Bonificación por Permanencia de acuerdo al siguiente rango de cargo fijo mensual del plan postpago que activó el usuario:			
CARGO FIJO MENSUAL	ANTICIPO 20%	COMISIÓN	TOTAL
Si es menor o igual a \$70.000	\$ 2.000	\$10.000	\$12.000
Si es mayor a \$70.000	\$ 5.000	\$25.000	\$30.000

VER Prueba No. 11 de la demanda. Cartas de Comisiones.

3. A partir del 1º de julio de 2014, COMCEL, de manera unilateral e inconsulta, eliminó la comisión por permanencia en planes pospago. Al respecto, obran en el expediente las cartas de comisiones de POSPAGO emitidas por COMCEL en las cuales consta la eliminación de la comisión por permanencia pospago e igualmente así lo declaró el testigo Andrés Francisco Martínez Gerente de Comisiones de COMCEL.
4. COMCEL, al haber eliminado la comisión por permanencia pospago, incumplió el CONTRATO: Para sustentar lo pretendido, se prohíjan los argumentos que el Tribunal de Arbitraje de COMPAÑÍA CELL NET DE OCCIDENTE S.A. Vs COMCEL expuso frente a los mismos hechos en el reciente Laudo del 3 de febrero de 2020, así:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE RESOLUTIVA DEL LAUDO.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO: Como consecuencia de la terminación del contrato de agencia comercial y de los incumplimientos imputables a COMCEL S.A., condenar a esta última a pagarle a la CELL NET DE OCCIDENTE S.A., las siguientes sumas de dinero: (...) 37.5.- A título de lucro cesante, la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y SIETE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA MIL NOVEOCIENTOS ONCIENTA Y SEIS PESOS (\$667.470.956), que corresponde a la comisión por permanencia de planes pospago que CELL NET DE OCCIDENTE S.A. dejó de percibir.

Esta decisión, en la parte motiva del laudo, se motivó de la siguiente manera:

CELL NET S.A. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. PÁG. 225.

Por lo dicho, resulta evidente que COMCEL incumplió el contrato, no por la modificación de la comisión por permanencia en los planes prepago en sí mismas, para la que estaba facultada, sino por su eliminación. (...) Por tanto, el Tribunal concluye que estamos en presencia de un claro incumplimiento contractual. Debe tenerse presente que la atribución conferida no es absoluta porque lo que se pretende es hacer simples ajustes en función de las necesidades del mercado, siempre cambiante, pero sin desconocer los intereses legítimos del distribuidor o agente que en ningún caso pueden entenderse tenidos en cuenta con la eliminación de la prestación convenida. En mayor medida cuando no aparece acreditado que respecto de esta eliminación se hubiere establecido compensación alguna, así fuera con ajustes a su favor respecto de otra prestación. (...) Por consiguiente la eliminación no solo no estaba prevista en el contrato ni en los otros íes firmados por las partes, sino que no correspondía a las expectativas naturales de CELL NET al convenir que COMCEL hiciera los ajustes necesarios a la comisión por permanencia en planes pospago y prepago para adecuarse a las realidades del mercado y soportar su competencia, y esa eliminación privaba a la Convocante por completo de una contraprestación legítima que estaba prevista de manera expresa en el contrato y sus anexos. Dadas las anteriores consideraciones el Tribunal declara... que Comcel al haber eliminado las comisiones por permanencia incumplió el contrato celebrado con CELL NET.

De manera complementaria, en el Laudo Arbitral dictado el 4 de abril de 2019, el Tribunal de Arbitraje de CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL sostuvo:

CELUTEC S.A.S. Vs COMCEL S.A. PARTE MOTIVA DEL LAUDO. Págs 278 y ss

Observa el Tribunal que esta Comisión por Permanencia en Planes Postpago, dejó de ser incluida por COMCEL dentro del "Plan de Comisiones" a partir del 1º de Julio de 2014; en efecto, mediante la comunicación N° 2014-DIME01-S188096, de fecha 2 de julio de 2014, COMCEL le manifestó a CELUTEC que "[a] continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos que COMCEL aplica a su red de Distribuidores desde 01 de Julio de 2014", listado de comisiones en la que se prescindió, sin explicación alguna, de la denominada "Bonificación por Permanencia" en planes pospago. Así, pues, esta comisión de Permanencia en Planes Pospago, dejó de ser reconocida y pagada por COMCEL a CELUTEC a partir del 1º de julio de 2014. Así las cosas, el Tribunal encuentra que le asiste la razón a la CONVOCANTE cuando solicita que se declare que "COMCEL de manera unilateral, eliminó las comisiones por permanencia y buena venta a que tenía derecho LA CONVOCANTE" y de allí resulta evidente que la eliminación de tales comisiones redujo los ingresos de CELUTEC y constituyeron un incumplimiento contractual por parte de COMCEL, por lo cual prospera la petición de que trata la letra a) de la pretensión Vigésima Novena. No obstante, se hace la precisión en el sentido que el incumplimiento contractual por el no pago de la Comisión por Permanencia en Planes Postpago aconteció a partir del 1º de Julio de 2014;... Así

las cosas, el Tribunal ... declara (a) "que la eliminación de estas comisiones significó una merma en los ingresos de LA CONVOCANTE"; (b) que tal eliminación no "significó una reducción correlativa en sus gastos operacionales". (...) Para el Tribunal es evidente que la eliminación (no modificación) de la remuneración por cuenta de estas comisiones constituye un incumplimiento contractual y por tanto procede la pretensión c), en su primera parte, de esta pretensión Vigésima Novena

5.4. Pretensión Vigésima: Incumplimiento contractual de COMCEL: Reducción de la comisión por transacción de recaudo.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA: En relación con los Centros de Pagos y Servicios (CPS), se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, desde la suscripción del CONTRATO SUB IÚDICE, mantuvo en el mismo valor nominal la denominada comisión por transacción de recaudo en CPS sin importar la pérdida de poder adquisitivo del dinero en el tiempo por los efectos de la inflación. **b) Declarar** que COMCEL, como consta en la circular 2017-GSDI01-S345350 de diciembre 26 de 2017, de manera unilateral e inconsulta aplicó a partir del 1º de enero de 2018 un esquema de reducción en las tarifas por transacción de recaudo la cual no vino aparejada con una reducción en las obligaciones a cargo de LA DEMANDANTE, ni tampoco con una reducción correlativa de sus gastos operacionales. (...) **d) Declarar** que COMCEL, al haber mantenido en el mismo valor nominal la comisión por transacción de recaudo, al haber aplicado la reducción de sus tarifas a partir de 2018 y al haberle trasladado abusivamente a LA DEMANDANTE el costo de las transportadoras de valores, incumplió el CONTRATO SUB IÚDICE.

SUBSIDIARIA A LA PRETENSIÓN VIGÉSIMA LITERAL D): Si se rechaza la declaratoria de incumplimiento contractual peticionada como principal en el LITERAL d) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA, en subsidio se solicita declarar que estas conductas constituyeron un abuso del derecho y un abuso de la posición de dominio contractual imputables a COMCEL. Se aclara que esta pretensión subsidiaria lo es sólo respecto de LITERAL d) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA y no es subsidiaria de los literales a), b) y c) de la PRETENSIÓN VIGÉSIMA.

1. En el año 2014, COMCEL y LA DEMANDANTE celebraron una convención con la cual se modificó la cláusula 7.8. del CONTRATO. En esta convención (CPS 2014) se pactó:

PRIMERO: Las partes acuerdan que la cláusula 7.8. del contrato de distribución deberá quedar así:

7.8.1. Objeto: EL DISTRIBUIDOR en virtud de la facultad conferida por COMCEL, para actuar como Centros de Centros de Pago y Servicio, recibirá de manos del suscriptor y/o usuario aquellos dineros que provengan por concepto de valores de consumo, y los cuales son propiedad de COMCEL ... Igualmente EL DISTRIBUIDOR está en la facultad de atender y solucionar los requerimientos de los usuarios y/o suscriptores, de acuerdo con los procedimientos establecidos a través de las herramientas tecnológicas proporcionadas por COMCEL.

7.8.1.17 EL DISTRIBUIDOR se obliga a seguir las instrucciones y cumplir los procedimientos que COMCEL le señale para efectos del cumplimiento de las obligaciones contenidas en la presente cláusula.

7.8.1.18. Las anteriores cláusulas nacen como consecuencia de haber sido EL DISTRIBUIDOR autorizado por parte de COMCEL, para actuar como Centros de Pago y Servicios (...)

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2014, Otrosí CPS.

2. De la comisión por transacción de recaudo: En la convención CPS 2014 se pactó, de la siguiente manera, la comisión por transacción de recaudo que LA DEMANDANTE recibiría por cada operación de recaudo:

7.8.1.5 La forma de pago acordada entre las partes es la siguiente: COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagaderos en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación. COMCEL le comunicará periódicamente AL DISTRIBUIDOR las sumas por dicho concepto para que este emita la respectiva factura.

VER Prueba No. 7 de la demanda. 2014, Otrosí CPS.

COMCEL, en ejercicio de las facultades que como predisponente de la convención CPS 2014 se otorgó a sí misma, le pagó a LA DEMANDANTE, durante los últimos tres años de ejecución del CONTRATO y a título de comisión por transacción de recaudo un promedio de \$1.508 por cada transacción realizada en sus CPS; al respecto, en el DICTAMEN se sostuvo:

C.3.b)

Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IUDICE, y en relación con la comisión por transacción de recaudo, se pregunta. ¿cuál fue el promedio de la comisión por transacción de recaudo que COMCEL le pagó a MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA

De acuerdo con la revisión a la información suministrada por **MULTINEGOCIOS**, durante los últimos cinco años de ejecución del contrato, el promedio de la comisión por transacción de recaudo que **COMCEL** le pagó a **MULTINEGOCIOS** fue de **\$1.521 por transacción de recaudo** ($\$1.005.675.970 \div 661.322$). En el siguiente cuadro se muestra el resumen:

AÑO	CANTIDAD	VALOR
Enero 1 a diciembre 31 de 2015	39.814	69.086.160
Enero 1 a diciembre 31 de 2016	130.244	209.759.650
Enero 1 a diciembre 31 de 2017	362.376	537.436.080
Enero 1 a mayo 16 de 2018	128.888	189.394.080
TOTAL	661.322	\$ 1.005.675.970
PROMEDIO		1.521

En la siguiente prueba documental, se aportan los libros auxiliares de contabilidad, archivos fuente, cálculos realizados y 44 facturas de los pagos realizados por **COMCEL** a **MULTINEGOCIOS** por concepto de comisión por transacción de recaudo.

VER Prueba: Pág. 39 y ss, DICTAMEN.

3. Reducción de la comisión por transacción de recaudo: COMCEL, el 26 de diciembre de 2017 y a través de la siguiente circular, le informó a su red de agentes/distribuidores las nuevas tarifas que empezarían a regir a partir del 1º de enero de 2018, tarifas que representaron una reducción significativa de la remuneración por concepto de comisión por transacción de recaudo:

Para De Asunto	Distribuidores Claro Móvil María del Pilar Suárez G. NUEVA TARIFA CVS/CPS 2018 PARA AGENTES/DISTRIBUIDORES
Para su información a partir del 1 de enero de 2018 las nuevas tarifas por transacción de recaudo son:	

Trimestre	% Cumplimiento Ppto Vtas			
	0% 89,99%	90% 99,99%	100% 119,99%	>= a 120%
1er.Q	\$ 1.200	\$ 1.400	\$ 1.450	\$ 1.600
2do.Q	\$ 950	\$ 1.100	\$ 1.150	\$ 1.250
3er.Q en adelante	\$ 700	\$ 800	\$ 850	\$ 950

(...)

2017-GSDI01-S345350

26 DE DICIEMBRE DE 2017

1
INFORMACION CONFIDENCIAL

VER Prueba No. 24, 2017 12 26, CPS, Circular cambio tarifas

Esta reducción impuesta unilateralmente por COMCEL se realizó con fundamento en la facultad que ella misma se otorgó como predisponente de la convención CPS 2014 para establecer la remuneración de LA DEMANDANTE.

Por otra parte, según la Cláusula 34 del CONTRATO las instrucciones impartidas por COMCEL de manera unilateral en las Circulares, eran de obligatorio cumplimiento para LA DEMANDANTE y hacían parte del CONTRATO.

4. Incumplimiento y/o abuso imputable a COMCEL por la reducción en la comisión por transacción de recaudo: Como resultó probado en este proceso, COMCEL estableció que la cuantía de la comisión por transacción de recaudo sería entre \$1.200 y \$2.240 por transacción, pagándole a LA DEMANDANTE un promedio de \$1.508 durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO. Posteriormente, y a partir del 1 de enero de 2018, COMCEL redujo la cuantía de dicha comisión así: Una escala de \$1.200 a \$1.600 para los meses de enero a abril de 2018, de \$950 a \$1.250 para los meses de mayo a agosto de 2018, y de \$700 a \$950 de septiembre de 2018 en adelante.

Incumplimiento del contrato por vía de las obligaciones que emanan de la buena fe contractual: El artículo 871 CCO establece:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

En el presente proceso, entonces, resultó probado:

- LA DEMANDANTE, para poder ejecutar las operaciones de recaudo en sus CPS, tuvo que realizar inversiones y tuvo que incrementar su estructura de costos y gastos de tal manera que sus locales y servicios cumplieran con los requerimientos e instrucciones que COMCEL extendió. Esta nueva estructura de gastos y costos se financió enteramente con la remuneración contractual que se pactó a favor de LA DEMANDANTE.
- COMCEL, como parte que determinó las condiciones remuneratorias de LA DEMANDANTE, estaba obligada, por vía de la buena fe y la equidad natural, a mantener el equilibrio económico del CONTRATO, es decir, a mantener una equivalencia entre los derechos de LA DEMANDANTE (derechos que se reflejan en las comisiones recibidas) y las obligaciones que asumió (que económicamente se reflejan en la estructura de gastos y costos que implementó para cumplir el CONTRATO).

COMCEL, respecto de la facultad que le otorgó la convención CPS 2014 para establecer la cuantía de la comisión por transacción de recaudo, quedó obligada a ejercerla de buena fe y, en consecuencia, quedó obligada a establecer cuantías que se ajustaran a la equidad natural. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL, actuando en contravía de los mandatos de la equidad, en exclusivo beneficio propio y en grave detrimento de los intereses de LA DEMANDANTE, , a partir de enero de 2018 redujo de manera sustancial dicha comisión, con lo cual rompió el equilibrio económico del CONTRATO, v. gr. la equivalencia entre las obligaciones que LA DEMANDANTE debía ejecutar (para lo cual incurre en unos costos y gastos) y la remuneración a que tiene derecho (en este caso la que proviene de la comisión por transacción de recaudo).

¿Por qué las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE al reducir o eliminar las comisiones debida a la DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO? Las decisiones que COMCEL le impuso unilateralmente a LA DEMANDANTE tipificaron un incumplimiento contractual, concretamente un incumplimiento de las obligaciones que emanan de la buena fe integradora a que se refiere el Art. 871 CCO:

ARTÍCULO 871 CCO: Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.

Abuso del derecho imputable a COMCEL; análisis general: Si el Honorable Tribunal Superior de Bogotá estimara que la comisión por transacción de recaudo que COMCEL determinó fueron obligaciones expresas que no podían ser derogadas y/o sustituidas por reglas emanadas de la buena fe contractual, lo cierto es que, bajo este supuesto, COMCEL habría abusado de sus derechos. Las razones que explican el abuso del derecho imputable a COMCEL son las siguientes:

- A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700).
- Las reducciones impuestas a partir de 2018 por COMCEL, generaron un efecto positivo en COMCEL (mayores utilidades operacionales) y un consecuente efecto negativo en LA DEMANDANTE (menores ingresos).
- Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE y de los demás miembros de su red de agentes/distribuidores.

CONCLUSIÓN: COMCEL, al romper injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo perjuicio de LA DEMANDANTE, abusó de sus derechos. El Art. 830 CCO establece, en los siguientes términos, la fuente que justifica la responsabilidad civil que LA DEMANDANTE le imputa a COMCEL en este proceso y que proviene, subsidiariamente, del abuso del derecho imputable a COMCEL:

ARTÍCULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

- 5.5. Pretensión Vigésima Segunda: Incumplimiento contractual de COMCEL: No liquidación ni pago de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SEGUNDA: DECLARAR que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE todas las comisiones, remuneraciones y descuentos generados a favor de LA DEMANDANTE en ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE durante el último periodo contractual.

1. Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que se causaban a favor de LA DEMANDANTE.

E.1.a) ¿Qué parte, si COMCEL o LA DEMANDANTE, liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL? **RESPUESTA.** De acuerdo con las verificaciones efectuadas a la información contable entregada por LA DEMANDANTE, se evidenció que antes de facturar y registrar los ingresos por comisiones, LA DEMANDANTE recibía de COMCEL, un reporte (vía correo electrónico) donde se indicaban las sumas por cada concepto que LA DEMANDANTE debía facturar. Para ilustrar esta situación, a continuación, se muestra un ejemplo del proceso: (...) Con base en lo anterior, se puede indicar que COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE, le facturó a esa sociedad.

VER Prueba: Pág. 68 y ss, DICTAMEN.

COMCEL, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO no liquidó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

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

2. COMCEL, asimismo, no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

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

Según resultó probado con el DICTAMEN, las comisiones que COMCEL no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS

C.1.a)

Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por **COMCEL Y MULTINEGOCIOS**, se estableció que el valor pendiente de pago de las comisiones que **COMCEL** no liquidó ni le pagó a **MULTINEGOCIOS** alcanza un monto de **\$61.002.017**. En el siguiente cuadro se muestran los conceptos y montos por:

CONCEPTO	MONTO
COMISION LEGALIZACION KIT Y WB	1.579.174
COMISION POSTPAGO	10.050.101
RECONOCIMIENTO LOGÍSTICO	2.197.964
BONIFICACION KIT PERMANENCIA	10.345
INCENTIVO DE FACTURACIÓN	1.313.759
COMISION RESIDUAL	3.960.976
COMISION CPS	41.697.931
INCENTIVO CARGAS	191.767
TOTAL	61.002.017

En el siguiente anexo, se muestran las pruebas documentales de las cifras anteriores:

VER Prueba: Pág. 33 y ss, DICTAMEN.

El gerente de comisiones de COMCEL ratificó en su declaración que se habían pagados las comisiones del último mes a LA DEMANDANTE:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: ¿Tú sabes y después de que MULTINEGOCIOS pasó la carta de preaviso de no renovación del contrato COMCEL dejó de liquidarle y pagar las comisiones?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Por eso le decía, digamos que no lo tengo en la visual, <u>lo que funciona normalmente es que cuando ya se da el cierre del distribuidor, pues de ahí en adelante lo que se hace es que las últimas liquidaciones se incluyen en algo que se llama el estado de cuenta, pero porque como ya no existe contrato, o sea ya se dio el cierre, pues de ahí para allá ya no se puede hacer como giros directos, sino que se incluyen en ese documento que le digo, pero es a partir del momento el cierre.</u>

CONCLUSIÓN: El H. Tribunal Superior de Bogotá deberá declarar probada la pretensión vigésima segunda de la demanda.

5.6. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ A QUEM.

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

RESUELVE

PRIMERO: Declarar prósperas las excepciones “AUSENCIA DE ABUSO DE DERECHO Y DE LOS PRESUPUESTOS PARA LA DECLARATORIO DE ABUSIVIDAD, NULIDAD O INEFICACIA DE LAS CLÁUSULAS ENUNCIADAS POR LA DEMANDANTE.// INEXISTENCIA DE CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL PUES NO SE CONFIGURAN LOS ELEMENTOS ESENCIALES DE DICHO CONTRATO. // INCUMPLIMIENTO POR PARTE DEL DISTRIBUIDOR DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN Y SUBSIDIARIA EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO Y // VENIRE CONTRA FACTUM PROPIUM NOT VALET”, propuestas por COMCEL en contra de las pretensiones enarboladas por MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA.

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

En el sentido de declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por los incumplimientos y abusos de COMCEL y como consecuencia conceder prosperidad a la Pretensiones 17, 19 y 20 en los términos arriba expuestos.

6. GRUPO DE REPAROS relativos a la terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil declarar probadas las pretensiones décima séptima, décima novena, vigésima y vigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que COMCEL: (i) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ, frente a los consumos realizados por los clientes que en planes pospago gestionó LA DEMANDANTE, los tres primeros meses de causación de la denominada comisión por residual. (ii) Incumplió el CONTRATO cuando, sin estar facultada para ello, ELIMINÓ la denominada comisión por permanencia pospago. (iii) Incumplió el CONTRATO o abusó de sus derechos cuando de manera unilateral, excediendo las facultades que ella misma se otorgó como predisponente del contrato sub iúdice y en grave afectación de los intereses de la demandante, REDUJO sustancialmente la denominada comisión por transacción de recaudo. (iv) Incumplió el CONTRATO cuando se abstuvo de liquidar y pagar las comisiones que durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima tercera de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 22 de febrero de 2018.

6.1. Pretensión Vigésima Tercera: Terminación del CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 16 DE MAYO DE 2018.

1. Del Preaviso de Terminación del CONTRATO: LA DEMANDANTE, el 17 DE ABRIL DE 2018, le envió a COMCEL el preaviso de terminación del CONTRATO. En este preaviso se manifestó:

2. TERMINACIÓN DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA PROVOCADA POR COMCEL S.A.

EL DISTRIBUIDOR decidió terminar el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. En efecto, COMCEL ha incumplido con sus obligaciones contractuales y ha ejecutado acciones abusivas que han afectado gravemente los intereses de EL DISTRIBUIDOR, tipificándose de esta manera las justas causas de terminación reguladas en los literales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, todo esto en armonía con lo dispuesto en el Artículo 1327 ibidem:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

A título enunciativo, se mencionan los siguientes incumplimientos y actos abusivos imputables a COMCEL:

(...)

Los mencionados incumplimientos y abusos imputables a COMCEL han roto el equilibrio económico del CONTRATO y han llevado a que la empresa que EL DISTRIBUIDOR organizó para ejecutar el negocio sea financieramente inviable. Como si lo anterior no fuese suficiente, COMCEL, mediante la imposición de un nuevo reglamento contractual, pretende desdibujar por completo las situaciones de hecho y de derecho que hasta este momento se han consolidado, todo esto en perjuicio de los derechos que legal y contractualmente le asisten a EL DISTRIBUIDOR como agente comercial suyo.

VER Prueba No. 09 aportada con la demanda. Preaviso de terminación del CONTRATO.

2. Como se sostuvo en el preaviso de terminación del CONTRATO, las justas causas de terminación del contrato de Agencia Comercial por parte de LA DEMANDANTE están consagradas en el numeral 2º del ART. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;

Tal y como lo establece el Art. 1325 del CCO, el agente puede terminar el contrato de agencia comercial por justa causa, (i) o en caso de incumplimientos del empresario agenciado (Numeral 2º, literal a)), o (ii) en caso de que las decisiones tomadas por el empresario agenciado, sin ser incumplimientos contractuales, afecten gravemente sus intereses (Numeral 2º, literal b)).

3. Al respecto, en el presente proceso resultó probado que:

- COMCEL excluyó los tres primeros meses de causación de la comisión por residual y eliminó la comisión por permanencia pospago.
- COMCEL, una vez recibió el preaviso de terminación del CONTRATO, en lugar de solventar los abusos e incumplimientos que LA DEMANDANTE le reclamó y continuar así con la recta ejecución del CONTRATO, decidió, en un acto soberbio y vengativo, no liquidar ni pagar las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE durante las últimas semanas de ejecución del contrato.
- COMCEL redujo prácticamente a la mitad la denominada comisión por transacción de recaudo. A partir de enero de 2018, la cuantía de esta comisión, incluso, se redujo sustancialmente (en la mayor escala pasaría de \$2.240 a \$950 por transacción de recaudo, y en la menor escala pasaría de \$1.200 a \$700). Con estas reducciones COMCEL aumentó su patrimonio y maximizó las utilidades a ser repartidas entre sus accionistas (las comisiones de LA DEMANDANTE fueron un gasto operacional de COMCEL; a menor comisión, menor gasto y, a menor gasto mayores utilidades para COMCEL y sus accionistas), todo esto a expensas de los ingresos y la estabilidad financiera de LA DEMANDANTE. COMCEL, entonces, rompió injustificadamente el equilibrio económico del CONTRATO en beneficio suyo y en directo y correlativo perjuicio de LA DEMANDANTE.

CONCLUSIÓN: Los probados cambios unilaterales impuestos por COMCEL en la remuneración de LA DEMANDANTE, afectaron gravemente los intereses de la DEMANDANTE, afectación que, en voces del literal b) del numeral 2º del Art. 1325 CCO, legitimaron a LA DEMANDANTE a dar por terminado el CONTRATO por justa causa provocada por COMCEL. El H. Tribunal Superior de Bogotá, entonces, deberá declarar que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL.

7. GRUPO DE REPAROS relativos a la indemnización especial del inciso 2º y ss del art. 1324 CCO y a la responsabilidad civil de COMCEL.

Se le solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar la prosperidad de la pretensión Vigésima Cuarta de la Demanda reformada y en consecuencia declarar que: COMCEL es (i) responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO y (ii) civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables y, en consecuencia, con fundamento en la pretensión Vigésimo Quinta de la Demanda reformada:

a) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, la suma de **\$647.008.838** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 31 y 32).

b) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del contrato sub iúdice, comisiones que COMCEL no liquidó ni pagó, la suma de **\$61.002.017** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, página 33).

c) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por residual que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de **\$72.479.243** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 33 a 35).

d) Condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de la comisión por permanencia pospago que COMCEL eliminó de manera unilateral y sin estar facultada para ello, la suma de **\$241.007.448** (Ver Dictamen de Jega Accounting House Ltda, páginas 5' y 53).

7.1. Pretensión Vigésima Cuarta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL.

En la Pretensión Vigésima Tercera de la demanda reformada, LA DEMANDANTE solicitó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA TERCERA: Declarar que LA DEMANDANTE, mediante el PREAVISO DE TERMINACIÓN y con fundamento en el Artículo 1327 CCO y los numerales (2 a) y (2 b) del Artículo 1325 CCO, le comunicó a COMCEL su decisión de dar por terminado el CONTRATO SUB IÚDICE, terminación que fue por justa causa provocada por COMCEL y que se perfeccionó el 29 DE JUNIO DE 2018.

Como consecuencia de la Pretensión Vigésima Tercera y de lo que resultó probado en el proceso en el presente caso se debe acceder a los solicitado en la Pretensión Vigésima Cuarta que reza:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA CUARTA: Declarar, en consecuencia, que: **a) COMCEL** es responsable de pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO. **b) COMCEL** es civilmente responsable de los daños antijurídicos que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia directa y previsible de los incumplimientos contractuales (Art. 870 CCO) y/o abusos del derecho (Art. 830 CCO) que le son imputables.

Veamos:

1. En los anterior numerales del presente memorial de sustentación, se identificaron los abusos e incumplimientos imputables a COMCEL que provocaron la terminación del CONTRATO por configurar las justas causas de terminación que regulan los numerales (2 a) y (2 b) del Art. 1325 CCO, así:

ARTÍCULO 1325 CCO: Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial: (...) 2) Por parte del agente: a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales; b) Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente; ...

Indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO: Porque el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, ésta deberá pagarle a LA DEMANDANTE la indemnización especial prevista a partir del inciso 2º del Art. 1324 CCO; así lo ordena el Art. 1327 CCO:

ARTÍCULO 1327 CCO: Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquél la indemnización prevista en el Artículo 1324.

2. Responsabilidad por Abuso del Derecho: Los Arts. 95 CP y 830 CCO establecen:

ARTICULO 95 CP: (...) Toda persona está obligada a cumplir la Constitución y las leyes. Son deberes de la persona y del ciudadano: 1. Respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios;

ARTICULO 830 CCO: El que abuse de sus derechos estará obligado a indemnizar los perjuicios que cause.

En la responsabilidad por abuso del derecho el título de imputación no es la culpa, ni el dolo, ni uno de naturaleza objetiva; el título de imputación es el abuso de un derecho. Habrá abuso del derecho cuando se excede el interés jurídicamente reconocido en el derecho, sin importar si el titular obró con o sin culpa, con o sin dolo. Los derechos subjetivos tienen un núcleo esencial sin el cual no existirían; el interés jurídicamente tutelado en un derecho subjetivo encuentra en su núcleo el interés disponible por excelencia y a medida que el ejercicio del derecho por parte de su titular se va alejando de dicho núcleo, se va encontrando con otros derechos subjetivos cuyos titulares son terceras personas; entonces, a medida que el ejercicio de un derecho se aleja de su núcleo esencial y se enfrenta a derechos de terceros, aquel se va relativizando. Habrá abuso del derecho cuando en una relación intersubjetiva en concreto, el titular de un derecho, excediendo el interés jurídicamente tutelado por su derecho para dicha situación en particular, afecta el núcleo esencial del derecho de un tercero y, por esta vía, le causa un perjuicio.

En materia contractual (derechos contractuales) los casos de abuso del derecho suceden, principalmente, cuando una de las partes ostenta una posición de dominio contractual (circunstancia que en sí misma no es reprochable); una parte tendrá posición de dominio contractual cuando tiene el poder de extender el reglamento contractual y agregar, modificar o suprimir cláusulas durante su ejecución. En estos casos, habrá abuso del derecho cuando en ejercicio de su posición de dominio contractual, una de las partes le impone a la otra reglas contractuales que rompen el equilibrio económico del contrato en beneficio de quien ostenta el poder contractual y, por esta vía, se le causan daños antijurídicos a la parte débil de vínculo negocial, surgiendo así una responsabilidad civil por abuso del derecho.

3. **Responsabilidad civil de COMCEL:** A partir de la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL, con fundamento en los Arts. 1608 CC y 94 CGP, quedó constituida en mora y, a partir de los incumplimientos y abusos que le son imputables (Ver numerales 4º y 5º del presente memorial), **está obligada a indemnizar los perjuicios que LA DEMANDANTE sufrió y que son consecuencia directa y previsible de dichos incumplimientos y abusos del derecho:**

ARTÍCULO 1613 CC: La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

ARTÍCULO 870 CCO: En los contratos bilaterales, en caso de mora de una de las partes, podrá la otra pedir su resolución o terminación, con indemnización de perjuicios compensatorios, o hacer efectiva la obligación, con indemnización de los perjuicios moratorios.

Pretensión Vigésima Quinta: Responsabilidad Civil Contractual de COMCEL

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, correspondientes a las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación:

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

7.2. Pretensión Vigésima Quinta. Literal a). Indemnización especial del Art. 1324 CCO:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

a) A título de la indemnización equitativa y especial que regula el inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la suma dineraria que con apoyo en el arbitrio juris y el acervo probatorio, se determine como retribución de los esfuerzos que LA DEMANDANTE realizó para acreditar las marcas y los servicios a que se refiere EL CONTRATO SUB IÚDICE.

Frente a la indemnización especial que se regula a partir del inciso 2º del Artículo 1324 CCO, la Corte Suprema de Justicia ha sostenido:

Sentencia de julio 2 de 2010. Sala de Casación Civil. Expediente 11001-3103-032-2001-00847-01. Páginas 31 y 32: "En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización "equitativa" y "retributiva". (...) Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra."

Sentencia de junio 22 de 2011. Sala de Casación Civil. Gaceta Judicial Número 11001-3103-010-2000-00155-01. Páginas 28 y 51: "Conforme a lo dicho, los motivos que antecedan la terminación del contrato de agencia, en nada afectan el pago de la cesantía comercial a favor del intermediario, pues ésta se fija de acuerdo a las ventas o la gestión de promoción y acreditación concreta del producto para uno o varios proyectos de venta en particular,

efectuadas durante el lapso determinado en la norma; pero no sucede lo mismo con la ruptura anticipada o terminación abrupta del convenio, a instancia de una de las partes y sin razones valederas para ello, pues, si a dicha decisión le precede una causa injusta, se abona el camino para la prestación prevista en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio, esa sí una verdadera indemnización pues resulta de imputar la causa de la ruptura al abuso de una de las partes. Por lo demás, el empresario podría pedir una indemnización, jamás cesantía, mientras que el Agente puede pedir ambas.”

A partir de los incisos 2º y 3º del Art. 1324 CCO y de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se pueden extraer las siguientes reglas: La indemnización especial del Art. 1324 CCO se causa en cualquiera de las siguientes tres hipótesis: (i) Cuando el empresario agenciado (COMCEL) revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada. (ii) Cuando el agente comercial (LA DEMANDANTE) de por terminado el contrato por justa causa IMPUTABLE al empresario agenciado. (iii) Cuando el agente comercial de por terminado el contrato por justa causa PROVOCADA por el empresario agenciado (Art. 1327 CCO). (iv) El agente comercial (LA DEMANDANTE) puede reclamar la indemnización especial del Art. 1324 CCO juntamente con la Prestación Mercantil y con los demás perjuicios complementarios (daños emergentes y lucros cesantes).

La indemnización especial del Art. 1324 CCO es una indemnización “equitativa” con la cual se le retribuyen al agente comercial los esfuerzos que realizó para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Para establecer el quantum de la indemnización especial del Art. 1324 CCO, la norma, originalmente, delegaba en un perito su tasación; veamos:

ARTICULO 1324 CCO: (INCISO 2º y ss) Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario. Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato. Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto.

Sin embargo, la H. Corte Constitucional, en la Sentencia C-990 de 2006, declaró inexecutable el respectivo aparte:

El Legislador reguló el tema de la terminación del contrato de agencia y sus efectos en dicha hipótesis de controversia y de actuación ante la jurisdicción de manera tal que asignó a los peritos una función que ellos de acuerdo con la Constitución (art 116 C.P.) no pueden cumplir. Con lo que desplazó además la función del juez y limitó su labor a un simple role de verificación de lo ya decidido por los peritos. En efecto en el segundo inciso del artículo 1324 el Legislador señaló imperativamente que la indemnización equitativa debida en esas circunstancias será "fijada por peritos". Empero es claro que al aludirse a una indemnización y además a una indemnización equitativa el Legislador no podía atribuir a los peritos la posibilidad de fijar dicha indemnización pues como se señaló en los apartes preliminares de esta sentencia los peritos en ningún caso pueden ser investidos de la función de administrar justicia. Es que en el presente caso se trata, como lo afirma el actor, de la determinación de una indemnización como consecuencia de la verificación de un daño o perjuicio antijurídico, así como de la existencia o no de justa causa comprobada para la terminación del contrato, por lo que la posibilidad de establecer el derecho a dicha indemnización y además su carácter equitativo son aspectos que solo quien está investido de la potestad de administrar justicia puede hacer. Si a ello se suma que el Legislador en este caso señaló que debería tratarse de una indemnización equitativa, es claro que introdujo un elemento que como la equidad está por fuera de las reglas de valoración puramente objetiva y que solo corresponde establecer a los jueces.

En el caso sub iúdice, el DICTAMEN aportado por LA DEMANDANTE se ajustó a los dictados de la H. Corte Constitucional en tanto el perito se abstuvo de cuantificar la indemnización especial del Art. 1324 CCO reclamada por la convocante. En el DICTAMEN, en cambio, el perito constató los criterios que la propia norma extendió para que sea el H. Tribunal Superior de Bogotá quien, administrando justicia, determine el quantum equitativo. Estos criterios se hallan el inciso 3º del Art. 1324 CCO, así:

ARTICULO 1324 CCO: (Inciso 3º) Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.

Con el DICTAMEN en efecto, resultaron probados los siguientes hechos, los cuales dan cuenta de la extensión, importancia y volumen de los negocios que LA DEMANDANTE adelantó en desarrollo del CONTRATO:

DICTAMEN

B. INDEMNIZACIÓN ESPECIAL DEL INCISO 2º DEL ART. 1324 CCO. Con el fin de otorgarle elementos objetivos de juicio que le permitan al Juez del contrato establecer la indemnización especial y en equidad que se regula a partir del inciso 2º del artículo 1324 CCO, se pregunta:

B.1. EXTENSIÓN, IMPORTANCIA Y VOLUMEN DE LOS NEGOCIOS QUE LA DEMANDANTE ADELANTÓ EN DESARROLLO DEL CONTRATO.

(...)

B.1.a.(i) ¿Cuántos Kits Prepago legalizó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA: De acuerdo con la información suministrada por MULTINEGOCIOS, entre enero 1 de 2013 y la fecha de terminación del contrato, **se legalizaron 136.725 kits prepago.**

VER Prueba: Pág. 28, DICTAMEN.

B.1.a.(ii) ¿Cuántos Planes Pospago activó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA. Con fundamento en la información suministrada por MULTINEGOCIOS, **se observaron 17.699 planes pospagos activados entre enero 13 de 2009 y abril 13 de 2018.** En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29, DICTAMEN.

B.1.a.(iii) ¿Cuántos Planes Sim Cards (wb) legalizó MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA. Según la información entregada por MULTINEGOCIOS, **los planes sim cards legalizados entre enero 1 de 2013 la terminación del contrato fueron 17.606.**

VER Prueba: Pág. 29, DICTAMEN.

B.1.a.(iv) ¿Cuántas transacciones de recaudo hizo MULTINEGOCIOS en sus Centros de Pagos y Servicios (CPS)?

RESPUESTA: De acuerdo con las evaluaciones efectuadas a la información entregada por MULTINEGOCIOS, **las transacciones de recaudo entre 1 de enero de 2014 y la terminación del contrato fueron 700.984.** En el siguiente cuadro se presentan las cantidades por año:

VER Prueba: Pág. 29 y 30, DICTAMEN.

B.1.b)

Extensión de los negocios: ¿En qué puntos (locales comerciales) comercializó **MULTINEGOCIOS** los servicios de telefonía móvil celular de **COMCEL**? Se le solicita al perito indicar la ciudad y dirección de estos.

RESPUESTA

De acuerdo con los certificados de registro mercantil suministrados por **MULTINEGOCIOS**, los puntos en donde **MULTINEGOCIOS** comercializó los servicios de telefonía móvil celular de **COMCEL**, son los siguientes:

CIUDAD	DIRECCIÓN
BOGOTA	CALLE 13 # 15 - 61 LC B 203
BOGOTA	AV CIUDAD DE CALI # 146A - 103 - 20 LC 1001
BOGOTA	CR 92 # 60 SUR - 90 LC 1030
BOGOTA	AV AMERICAS # 68 - 94 LC 1009
BOGOTA	CR 24 # 53 - 73 LC 111

A continuación, se adjuntan los documentos escaneados:

VER Prueba: Pág. 31, DICTAMEN.

Según resultó probado con el DICTAMEN, LA DEMANDANTE, de su propio patrimonio, invirtió **\$647.008.838** en actividades mercadotécnicas que **COMCEL** verificó y aprobó, actividades con las cuales se promocionaron las marcas “Comcel” y “Claro” y se acreditaron los Servicios de Telefonía Móvil Celular de **COMCEL**:

B.2.b)

¿Cuánto dinero de su propio patrimonio invirtió **MULTINEGOCIOS** en actividades de promoción de las marcas, productos y servicios de **COMCEL** que fueron verificadas y aceptadas por esta última?

RESPUESTA

Siguiendo la metodología propuesta, sí **COMCEL** le pagó a **MULTINEGOCIOS** la suma de **\$323.504.419** por concepto de comisión Plan Coop, es porque **MULTINEGOCIOS**, de su propio patrimonio, invirtió, como mínimo, la suma de **\$647.008.838** (\$ 323.504.419 x 2) en campañas publicitarias y de promoción que se ejecutaron según los procedimientos de aprobación establecidos por **COMCEL**. La metodología propuesta en la pregunta coincide con la regla pactada en el numeral 4º del Anexo C del contrato² así:

“(…)

VER Prueba: Pág. 32 DICTAMEN.

Teniendo en cuenta (i) que el CONTRATO terminó por justa causa provocada por COMCEL, (ii) que con su terminación LA DEMANDANTE perdió su fuente de ingresos operacionales, (iii) que con su terminación LA DEMANDANTE clausuró la empresa que organizó exclusivamente para ejecutarlo y (iv) que COMCEL continúa lucrándose de los ingresos provenientes de los clientes que LA DEMANDANTE vinculó a los Servicios de Telefonía Móvil Celular que la primera presta, nada resulta más equitativo que COMCEL le restituya a LA DEMANDANTE, a título de la indemnización especial del inciso 2º del Art. 1324 CCO, los **\$647.008.838** con los cuales se retribuyen los esfuerzos de LA DEMANDANTE hizo para acreditar la marca y los servicios objeto del CONTRATO.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por la indemnización especial y en equidad que según el inciso 2º y ss del Art. 1324 CCO aquella le debe pagar a LA DEMANDANTE; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$ 647.008.838

7.3. Pretensión Vigésima Quinta. Literal b). Comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó:

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

b) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a LA DEMANDANTE durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, incluidas las comisiones causadas durante la última etapa contractual.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN

C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS

C.1.a)

Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por **COMCEL Y MULTINEGOCIOS**, se estableció que el valor pendiente de pago de las comisiones que **COMCEL** no liquidó ni le pagó a **MULTINEGOCIOS** alcanza un monto de **\$61.002.017**. En el siguiente cuadro se muestran los conceptos y montos por:

CONCEPTO	MONTO
COMISION LEGALIZACION KIT Y WB	1.579.174
COMISION POSTPAGO	10.050.101
RECONOCIMIENTO LOGÍSTICO	2.197.964
BONIFICACION KIT PERMANENCIA	10.345
INCENTIVO DE FACTURACIÓN	1.313.759
COMISION RESIDUAL	3.960.976
COMISION CPS	41.697.931
INCENTIVO CARGAS	191.767
TOTAL	61.002.017

En el siguiente anexo, se muestran las pruebas documentales de las cifras anteriores:

VER Prueba: Pág. 33, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$61.002.017

7.4. Pretensión Vigésima Quinta. Literal c). Comisiones por residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

c) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por residual que LA DEMANDANTE, durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB ÍNDICE, dejó de percibir como consecuencia directa de la exclusión de los primeros tres meses de causación.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN

C.2.COMISIÓN POR RESIDUAL: (...) EXCLUSIÓN DE LOS TRES PRIMEROS MESES.

C.2.a) Durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB ÍNDICE, si COMCEL le hubiera pagado a LA DEMANDANTE la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, ¿cuál es la cuantía de la comisión por residual que LA DEMANDANTE dejó de percibir?

RESPUESTA

Para establecer la cuantía de la comisión por residual causada durante los tres primeros meses desde la activación de los respectivos planes pospago, que **MULTINEGOCIOS** dejó de percibir, se consideran los siguientes supuestos (variables):

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Periodo:	5 años
Fecha inicial:	Mayo 17 de 2013
Fecha final:	Mayo 16 de 2018
Base del cálculo:	Ingresos por comisión residual de MULTINEGOCIOS
Periodo pagado:	9 meses = 75%
Periodo por pagar:	3 meses = 25%

De acuerdo con las evaluaciones realizadas a 120 facturas, los registros contables de **MULTINEGOCIOS** y la información entregada por **COMCEL**, durante los últimos cinco años recibió la suma de **\$217.437.729**. En el siguiente cuadro se muestran los valores contables recibidos en cada periodo:

PERIODO	MONTO
Mayo 17 a diciembre 31 de 2013	34.486.038
Enero 01 a diciembre 31 de 2014	57.897.577
Enero 01 a diciembre 31 de 2015	32.198.905
Enero 01 a diciembre 31 de 2016	34.327.021
Enero 01 a diciembre 31 de 2017	43.604.580
Enero 01 a mayo 16 de 2018	14.923.608
TOTAL	217.437.729

Teniendo en cuenta que la pregunta menciona que **MULTINEGOCIOS** dejó de percibir tres meses de comisión residual, es decir un 25%, lo anterior significa que los **\$217.437.729**, presentados en el cuadro anterior representan el 75%. Para calcular el 100% que habría recibido **MULTINEGOCIOS**, se realiza la siguiente operación matemática:

$$\frac{\$217.437.729 \times 100\%}{75\%} = \mathbf{\$289.916.972}$$

En el siguiente cuadro se muestra el cálculo para cada periodo:

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)
Mayo 17 a diciembre 31 de 2013	45.981.384
Enero 01 a diciembre 31 de 2014	77.196.769
Enero 01 a diciembre 31 de 2015	42.931.874
Enero 01 a diciembre 31 de 2016	45.769.361
Enero 01 a diciembre 31 de 2017	58.139.440
Enero 01 a mayo 16 de 2018	19.898.144
TOTAL	289.916.972

¿Cuál es la cuantía de la comisión por residual que MULTINEGOCIOS dejó de percibir?

Para establecer la cuantía de la comisión por residual que **MULTINEGOCIOS** dejó de percibir, se calcula la diferencia entre el monto que habría recibido y el monto recibido por **MULTINEGOCIOS**. Esta operación alcanza la suma de **\$72.479.243** $(\$289.916.972 - \$217.437.729)$. En el siguiente cuadro se muestran las diferencias en cada periodo.

PERIODO	MONTO QUE HABRÍA RECIBIDO (100%)	MONTO SEGÚN CONTABILIDAD (75%)	DIFERENCIA (25%)
Mayo 17 a diciembre 31 de 2013	45.981.384	34.486.038	11.495.346
Enero 01 a diciembre 31 de 2014	77.196.769	57.897.577	19.299.192
Enero 01 a diciembre 31 de 2015	42.931.874	32.198.905	10.732.969
Enero 01 a diciembre 31 de 2016	45.769.361	34.327.021	11.442.340
Enero 01 a diciembre 31 de 2017	58.139.440	43.604.580	14.534.860
Enero 01 a mayo 16 de 2018	19.898.144	14.923.608	4.974.536
Total	289.916.972	217.437.729	72.479.243

VER Prueba: Pág. 33 y ss, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$72.479.243

7.5. Pretensión Vigésima Quinta. Literal f). Comisiones por residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA QUINTA: A partir de lo resuelto en la pretensión anterior, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas dinerarias:

f) A título de lucro cesante consolidado, la suma que resulte probada y que corresponde con la comisión por permanencia de planes pospago que LA DEMANDANTE dejó de percibir durante los últimos cinco años de ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE como consecuencia directa de su eliminación por parte de COMCEL.

Según resultó probado con el DICTAMEN, el daño que LA DEMANDANTE sufrió y que es consecuencia directa y previsible del respectivo incumplimiento imputable a COMCEL, ascienden a la siguiente suma dineraria:

DICTAMEN

C.6.b)

Si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, ¿cuánto habría devengado MULTINEGOCIOS por dicho concepto desde la fecha de su eliminación y hasta la fecha de terminación del CONTRATO SUB IÚDICE?

RESPUESTA

Para establecer cuánto habría devengado **MULTINEGOCIOS** por dicho concepto, el perito elaboró y ejecutó el siguiente procedimiento de cálculo:

- Se establece el monto total de las comisiones por permanencia pagadas por **COMCEL** a **MULTINEGOCIOS**, en los últimos doce meses antes de su eliminación.
- Se determina el promedio diario recibido por **MULTINEGOCIOS**, en los últimos doce meses antes de su eliminación.
- Se calcula el monto de las comisiones que habría recibido **MULTINEGOCIOS** entre julio 1 de 2014 y mayo 16 de 2018, multiplicando el número de días entre las dos fechas anteriores y el promedio diario recibido por **MULTINEGOCIOS** en los últimos doce meses antes de su eliminación.

(...)

3-Valor que habría recibido MULTINEGOCIOS, entre julio 1 de 2014 y mayo 16 de 2018. El monto de las comisiones por permanencia que habría recibido MULTINEGOCIOS es de **\$241.007.448** ($\170.203×1.416). En el siguiente cuadro se muestra el detalle del cálculo:

NOMBRE DE LA VARIABLE	VALOR DE LA VARIABLE
Promedio diario: $\$62.124.000 \div 365 =$	170.203
Fecha eliminación de la comisión: 01/07/2014	1/07/2014
Fecha terminación del contrato: 16/05/2018	16/05/2018
Número de días entre: 01/07/2014 Y 16/05/2018	1.416
COMISIÓN POR PERMANENCIA QUE HABRÍA RECIBIDO: $\\$170.203 \times 1416$ días =	241.007.448

Con fundamento en lo anterior, se puede indicar que si COMCEL no hubiera eliminado esta comisión, MULTINEGOCIOS habría devengado por dicho concepto desde la fecha de su eliminación (julio 1 de 2014) y hasta la fecha de terminación del contrato (mayo 16 de 2018), la suma de \$241.007.448.

VER Prueba: Pág. 51 a 53, DICTAMEN.

Con la notificación del auto admisorio de la demanda, COMCEL quedó constituida en mora.

Cumplidos los requisitos de ley, COMCEL es civilmente responsable por el daño directo y previsible que LA DEMANDANTE sufrió como consecuencia del incumplimiento imputable a COMCEL; en consecuencia, el H. Tribunal Superior de Bogotá deberá:

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE la suma de \$241007.448

7.6. Pretensión Vigésima Sexta: Intereses Moratorios sobre las indemnizaciones reclamadas.

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

1. Las condenas a que se refieren los literales b), c) y f) de la Pretensión Vigésima Quinta provienen de obligaciones mercantiles de carácter dinerario: En efecto, las comisiones causadas durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO que COMCEL no liquidó ni pagó, las comisiones por residual que COMCEL no liquidó ni pagó por haber excluido los tres primeros de causación y las comisiones por permanencia pospago que COMCEL no liquidó ni tampoco pagó a partir del 1º de julio de 2014 y hasta la terminación del CONTRATO, son todas ellas obligaciones mercantiles por cuanto las mismas tuvieron por fuente un contrato de Agencia Comercial, contrato que está nominado y regulado en el estatuto mercantil; estas comisiones son, asimismo, obligaciones dinerarias.
2. Art. 65 de la Ley 45 de 1990. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales b), c) y d) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 65 de la Ley 45 de 1990, establece:

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

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

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

3. Los intereses moratorios sobre el capital debido a que se refieren los literales b), c) y f) de la Pretensión Vigésima Quinta, se han venido causando desde que COMCEL quedó constituida en mora y a partir de dicha constitución en mora: El Art. 1615 CC, establece:

ARTICULO 1615 CC: Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.

4. ¿Cuándo quedó COMCEL constituida en mora?: Regla del numeral 3º del Art. 1608 CC: COMCEL quedó constituida en mora de pagar la Prestación Mercantil desde que se le notificó el Auto Admisorio de la demanda: El numeral 3º del Art. 1608 CC es la regla residual que se aplica para la constitución en mora de aquellos casos que no se enmarcan en las reglas de los numerales 1º y 2º del Art. 1608 CC. La regla del numeral 3º del Art. 1608 CC exige el requerimiento judicial del deudor como mecanismo jurídico para la constitución en mora. El requerimiento judicial, por su parte, está regulada en el Código General del Proceso, así:

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

COMCEL, con fundamento en el numeral 3º del Art. 1608 CC y el inciso 2º del Art. 94 CGP, quedó constituida en mora a partir de la notificación del auto admisorio de la demanda.

CONCLUSIÓN: COMCEL quedó constituida en mora el 7 de febrero de 2019, fecha en que se notificó el Auto Admisorio de la Demanda.

5. Cuantificación de los intereses moratorios: El Juez A quem, deberá REVOCAR el siguiente numeral de la Parte Resolutiva de la SENTENCIA:

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

Y, en su lugar, deberá Vigésima Sexta de la demanda reformada:

VIGÉSIMA SEXTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren los literales de la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en la cual se le notificó a COMCEL el auto admisorio de la presente demanda, aplicando

para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

De manera respetuosa se le solicita a la H. Tribunal Superior de Bogotá calcular los intereses moratorios que se causen hasta la fecha en que se dicte la sentencia de segunda instancia, advirtiéndolo a COMCEL que los intereses moratorios se continuarán causando hasta la fecha en que efectivamente se produzca el pago de la Prestación Mercantil

7.7. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

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

SEGUNDO: NEGAR en consecuencia todas las pretensiones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra COMUNICACION CELULAR SA, pues aun cuando es cierto que entre éstas existió una relación negocial recogida documentalmente en el contrato suscrito en septiembre 23 de 2010, para telefonía móvil en transmisión de voz y servicios Blackberry y transmisión de datos, respectivamente, estos no se pueden calificar como de agencia comercial, porque no se reúnen todos los requisitos de este tipo de contratos.

Y en su lugar, CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las siguientes sumas de dinero:

1. Indemnización especial que regulan los incisos 2º y ss del Art. 1324 CCO, (literal a de la Pretensión 25): **\$647.008.838.**
2. Comisiones causadas y no pagadas durante la última etapa contractual (literal b de la Pretensión 25): **\$61.002.017.**
3. Comisión por Residual: Eliminación de los tres primeros meses de causación (literal c de la Pretensión 25): **\$72.479.243.**
4. Comisión por Permanencia pospago: Eliminación de la comisión (literal f de la Pretensión 25): **\$241.007.448.**
5. Intereses moratorios causados sobre las anteriores sumas de dinero, causados desde la notificación del auto admisorio de la Demanda y hasta que se efectuó el pago correspondiente (Pretensión 26).

8. GRUPO DE REPAROS relativos a las actas de conciliación de cuentas que las partes suscribieron con fundamento en el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO.

Se solicita al H. Tribunal Superior de Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probada la pretensión vigésima séptima de la demanda reformada y, en consecuencia, DECLARAR: (i) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. (ii) Que las "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial". (iii) Que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer "paz y salvos parciales".

8.1. Pretensión Vigésima Séptima: Pretensión relativa a las denominadas "actas de conciliación, transacción y compensación de cuentas.

PRETENSIÓN VIGÉSIMA SÉPTIMA: Se solicita: **a) Declarar** que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios en los términos de la Ley 640 de 2001. **b) Declarar** que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" suscritas por COMCEL y LA DEMANDANTE no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción. **c) Declarar** que las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas" corresponden con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO SUB IÚDICE, las cuales tenían: (i) por objeto, "expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes", y (ii) por efecto, el otorgar "un paz y salvo parcial".

d) **DECLARAR** que COMCEL, en otro de sus intentos por eludir las consecuencias normativas y económicas del contrato de Agencia Comercial, intenta asignarle los efectos propios de una transacción a unos documentos cuyo único propósito contractual era conciliar cuentas para establecer “paz y salvos parciales”.

PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: Si se considera que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por las partes fueron verdaderos negocios de transacción, se solicita en subsidio lo referido en los siguientes literales (i) y (ii): (i) **DECLARAR** que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activaciones en planes pospago y por legalizaciones de Kits Prepago. (ii) **DECLARAR**, en consecuencia, que todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción”.

SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SÉPTIMA LITERAL D: En caso de que se niegue prosperidad a la anterior pretensión denominada PRIMERA SUBSIDIARIA A LA VIGÉSIMA SEXTA LITERAL D, en subsidio se solicita **DECLARAR**, con fundamento en el artículo 2475 del C.C. y en la sentencia del 9 de noviembre de 2017 de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Magistrado Ponente: Luís Armando Tolosa Villabonga, expediente: 3001-3103-004-2011-00081-01, que la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, era renunciante únicamente desde la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE, de tal manera que no resultan válidas aquellas transacciones celebradas entre las Partes antes de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE que hubiesen tenido por objeto la Prestación Mercantil.

8.2. Pruebas que no fueron valoradas por el Juez a quo al decidir el problema jurídico sobre la inexistencia de contrato de transacción.

A continuación, son referidas las pruebas obrantes en el expediente sobre las cuales el Juez a quo erró al no efectuar la valoración en conjunto ordenada por el Art. 176 CGP, cuando analizó el problema jurídico relativo a la existencia de contratos de transacción suscritos por las Partes con objeto del CONTRATO:

- a) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” correspondían y se identificaban con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales tenían: (i) por objeto, “expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes”, y (ii) por efecto, el otorgar “un paz y salvo parcial”.

▪ **CONTRATO:**

El CONTRATO en su inciso 2º de la cláusula 30 estableció que COMCEL y la DEMANDANTE cada doce meses suscribirían actas de conciliación de cuentas para expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes, otorgando un paz y salvo parcial:

Cláusula 30. Inciso 2º del CONTRATO: Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, CELCARIBE, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.

Ver Prueba No. 7 aportada con la demanda. CONTRATO

▪ **TESTIMONIO DE EVELIO ARÉVALO.**

En el testimonio rendido por Evelio Arévalo Duque, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” correspondían y se identificaban precisamente con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO:

Testimonio de Evelio Hernán Arévalo Duque – Gerente de Contratos de COMCEL	
[APODERADO PARTE DEMANDANTE]: (...) La Cláusula 30 Inciso 2 del Contrato dice lo siguiente, la voy a leer si el Despacho hace necesario que la proyecte con mucho gusto lo hare, la voy a leer “Cláusula 30 Compensación, deducción y descuentos”, el inciso 2 dice lo siguiente: “Durante la vigencia de este contrato cada 12 meses las partes suscribirán actas de conciliación de cuentas en las que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los salados a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial”. Mi pregunta es la siguiente Dr. Evelio, ¿los documentos que obran en el expediente denominados Actas de Transacción corresponden con estas actas a las cuales hace referencia la Cláusula 30 Inciso 2 del Contrato de Voz?	[TESTIGO EVELIO AREVALO DUQUE]: Si doctor Camilo.

▪ **TESTIMONIO ANDRÉS FRANCISCO MARTÍNEZ.**

En el testimonio rendido por Andrés Francisco Martínez, obrante en el expediente del proceso, se confirma que las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas” no tenían por objeto solucionar controversias entre las Partes o hacer concesiones recíprocas, sino que se remitían y firmaban periódicamente con paz y salvos parciales de cuentas:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Listo, gracias Andrés, respecto de los denominados	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Para los distribuidores era entre seis meses y al año en promedio.

documentos de actas de conciliación de cuentas y que COMCEL denomina transacciones yo te pregunto, ¿esos documentos se le remitían <u>periódicamente</u> a MULTINEGOCIOS e igualmente se le remitían o se le remiten periódicamente, se le remitían a los miembros de la red? Periódicamente cada seis meses, cada un año.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: ¿Y esos documentos se remitían <u>independientemente de que hubieran conflictos, controversias, era una operación mecánica</u> que se realizaba independientemente de la existencia de controversias o conflictos?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues es que el objetivo del lado de comisiones por lo menos era que efectivamente si tenían alguna duda con esos documentos se hiciera el proceso para que mandaran todos los reclamos, se resolverán los reclamos a nivel de comisiones, bonificaciones e incentivos que se pudiera cerrar el tema.
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: Si, una pregunta Andrés Francisco, si tú nos referiste que en toda la documentación que encontraste, <u>no encontraste ningún reclamo de parte MULTINEGOCIOS y ninguna controversia de parte MULTINEGOCIOS ¿por qué entonces se firmaban o se remitían esos documentos denominados transacciones si no había reclamos, controversias que tú hubieras podido verificar?</u>	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Pues dije que había reclamo por hallar el cierre 2015 de unos prepago, pero <u>independiente que hubiera o que no hubiera se mandaba</u> , pues precisamente como una alerta para saber si había algo que buscar o se pudiera tener como ese. Donde <u>ya sabíamos que estaban las cuentas claras</u> .

- b) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” que no eran suscritas con el objeto de solucionar alguna diferencia litigiosa existente entre ellas, para terminar un litigio pendiente o precaver un litigio eventual.

▪ **DECLARACIONES DE LAS PARTES.**

En la Declaración de Parte de LA DEMANDANTE y en la declaración de parte de COMCEL se confirmó que los documentos “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” no eran documentos suscritos por COMCEL con los miembros de su red para solucionar alguna diferencia litigiosa o precaver un litigio, tal y como se requiere de un contrato de transacción, puesto que la primera vez que se suscitó entre las Partes con objeto del CONTRATO una diferencia o controversia litigiosa, fue al momento de la terminación del mismo y los documentos “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” fueros suscritos muchos años antes de la terminación del CONTRATO.

- c) Pruebas que debían haber sido objeto de la valoración conjunta y no lo fueron, por medio de las cuales se corroboró respecto de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas” suscritas por COMCEL y

LA DEMANDANTE: (i) que la última de las mismas fue suscrita con fecha de corte del 31 de diciembre de 2012, es decir, más de cinco (5) años antes de la terminación del CONTRATO, (iii) que las mismas no tuvieron por objeto transar los asuntos referidos con las pretensiones de la Demanda:

▪ **EL ACTA DE CONCILIACIÓN DE CUENTAS CON CORTE 30 DE DICIEMBRE DE 2012.**

En el expediente, con la contestación de la demanda, COMCEL aportó la última de las actas suscritas por las partes denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, la cual indica que su fecha de corte es el 31 de diciembre de 2012, lo que comprueba que el último de estos documentos suscritos por las partes hacía referencia a cuestiones relativas al CONTRATO acontecidas hasta el 31 de diciembre de 2012. Dice la referida Acta lo siguiente:

“(…) Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y bonificaciones que se mencionan en el numeral anterior y que según los Contratos se encuentran a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, con **corte a 31 de diciembre de 2012** (...)”

VER Pruebas Actas - Contestación demanda Pruebas Documentales.

Además, en esta acta, la misma circunscribe su objeto únicamente a “diferencias” en cuanto a comisiones por activación y por residual postpago y comisiones por legalización prepago, es decir, que de ninguna forma cobija asuntos relacionados con la prestación mercantil y la indemnización especial de la agencia comercial. Al respecto el Acta es clara cuando refiere lo siguiente:

“3. En dicho(s) contratos se estipuló que la labor del Distribuidor sería remunerada únicamente con las sumas de dinero que se pagarían por los siguientes conceptos:

a) En cuanto a los servicios postpago: comisiones por activación y por residual.

b) En cuanto a los servicios prepago: bonificaciones por legalización oportuna de documentos de venta de Kits Prepago.

4. Entre las partes se han presentado discrepancias acerca de la causación y monto de las prestaciones, comisiones y **bonificaciones que se mencionan en el numeral anterior** y que según los Contratos se encuentran a cargo de COMCEL y a favor del Distribuidor, con **corte a 31 de diciembre de 2012”**

VER Prueba Actas - Contestación demanda Pruebas Documentales.

Las pruebas citadas en los anteriores literales, como parte de una valoración conjunta del acervo probatorio efectuada en relación con las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, corroboraron de forma manifiesta y evidente, los siguientes hechos, disímiles a los hechos que la SENTENCIA declaró probados:

1. Que los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente y denominados “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, corresponden y se identifican con las actas de conciliación de cuentas a que se refiere el inciso 2º de la cláusula 30 del CONTRATO, las cuales sólo tenían por objeto expresar los valores y conceptos recibidos, las acreencias u deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada parte con el objeto de otorgarse paz y salvos parciales. Es decir, que eran documentos para consignar acuerdos sobre conciliaciones de cuentas y no contratos de transacción.
2. Que la primera vez que entre LA DEMANDANTE y COMCEL se presentó una diferencia o controversia litigiosa fue con la terminación del CONTRATO y no antes, por lo cual, los documentos suscritos por LA DEMANDANTE y COMCEL, obrantes en el expediente denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, suscritos varios años antes de la terminación del CONTRATO, no tuvieron por objeto resolver diferencias y conflictos litigiosos entre las partes y, en consecuencia, no fueron contratos de transacción. No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos denominados “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, se encuadren como contratos de transacción en los términos del Art. 2469 del Código Civil.
3. Que la última de las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, se firmó por las partes con corte a 31 de diciembre de 2012, por lo cual, estos documentos no tuvieron por objeto ningún asunto relativo a las prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas con posterioridad al 31 de diciembre de 2011 o como consecuencia de la terminación del CONTRATO. No es cierto, como se afirmó en la SENTENCIA, que los documentos las denominadas “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de cuentas”, hubiesen transigido todas las cuestiones prestaciones, comisiones y bonificaciones causadas durante la ejecución del CONTRATO.

8.3. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar el numeral SEGUNDO de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de la Cláusula Vigésima Séptima de la Demanda Reformada.

9. GRUPO REPAROS relativos a la inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil.

Se solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil, declarar probadas las pretensiones décima cuarta a décima sexta de la demanda reformada y, en consecuencia, declarar, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

9.1. Pretensiones Décima Quinta y Décima Sexta: Inexistencia de pagos anticipados de la Prestación Mercantil

PRETENSIÓN DÉCIMA QUINTA: Se solicita: **a) Declarar** que COMCEL, en el año 2007, le impartió la instrucción a LA DEMANDANTE de dividir en adelante su facturación en dos, una que representara el 80% de las comisiones liquidadas y otra que representara el 20% restante, estas últimas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones". **b) Declarar** que COMCEL condicionó el pago de las facturas al cumplimiento de la susodicha instrucción. **c) Declarar** que esta división en la facturación no significó un incremento del 20% en la remuneración que contractualmente venía recibiendo LA DEMANDANTE. **d) Declarar** que COMCEL contabilizó en la subcuenta 233520 que corresponde a "Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES", el ciento por ciento de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió, incluidas aquellas emitidas con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", de tal manera que, según los propios registros contables de COMCEL, los pagos hechos a LA DEMANDANTE se hicieron siempre y en todo caso a título de comisiones propiamente dichas. **e) DECLARAR** que COMCEL, al momento de cancelar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones", pagó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a una tasa del 16% (19% a partir del 1º de enero de 2017) y practicó retenciones en la fuente a una tasa del 11%. **f) DECLARAR** que la Prestación Mercantil a que se refiere el inciso 1º del Art. 1324 CCO no tipifica un hecho generador del impuesto del IVA, y la misma corresponde con "otro ingreso tributario" cuya retención en la fuente se debe practicar a una tasa menor (del 2.5%) que la que se aplica cuando se pagan comisiones propiamente dichas. **g) DECLARAR** que COMCEL, al momento de pagar las facturas que LA DEMANDANTE le emitió con la leyenda "Pagos

Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”, causó IVA y practicó retenciones en condiciones contables y tributarias que son propias del pago de comisiones y no de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. **h) DECLARAR**, con fundamento en el Art. 1552 CC, que los pagos anticipados que se realicen por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO, al estar dicha prestación sometida a un plazo que tiene el valor de una condición (v. gr. la terminación del contrato de agencia comercial), están sujetos a restitución, de tal manera que si COMCEL los hubiera hecho, los mismos constarían en los ACTIVOS de COMCEL y en los PASIVOS de LA DEMANDANTE. **i) DECLARAR** que en los ACTIVOS de COMCEL no hay registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos anticipados hechos a favor de LA DEMANDANTE por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO. **j) DECLARAR** que en los PASIVOS de LA DEMANDANTE no hay registro alguno que dé cuenta de pagos anticipados recibidos por parte de COMCEL por concepto de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

PRETENSIÓN DÉCIMA SEXTA: DECLARAR, con fundamento en el inciso 6º del Artículo 264 del CGP, y a partir de la aplicación práctica que hicieron las partes (Art. 1622-3 del CC), que COMCEL, durante la ejecución del CONTRATO SUB IÚDICE, nunca le pagó a LA DEMANDANTE, de manera anticipada, parte de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO.

9.2. Como resultó probado en el proceso, COMCEL, como predisponente del CONTRATO, intentó, de múltiples maneras, eludir las consecuencias económicas del contrato de Agencia Comercial.

Estos esfuerzos fueron concebidos y ejecutados mediante sofisticadas construcciones jurídicas que tienen apariencia de validez y que tienen el potencial de inducir a error a los Jueces de la República. Uno de estos esfuerzos se halla en el inciso 3º de la cláusula 30 del CONTRATO, el cual reza:

30. Conciliación, compensación, deducción y descuentos. (Inciso 3º) 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, cualquiera sea su naturaleza.”

CONTRATO SUB IÚDICE. Exhibido por COMCEL.

COMCEL, a partir de esta cláusula, propuso la siguiente excepción de mérito de supuesto pago anticipado; VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada Excepción Novena – Subsidiaria:

9. SUBSIDIARIA: PAGO ANTICIPADO DE PRESTACIÓN MERCANTIL Y CUALQUIER OTRO CONCEPTO COMO INDEMINIZACIÓN O BONIFICACIÓN O COMISIÓN – PAGO ANTICIPADO 80/20.

Comcel ha pagado todas las comisiones por activación y residual, así como cualquier otra prestación a que tuviera derecho la **Demandante** en virtud del Contrato de Distribución.

De hecho pagó en forma anticipada cualquier indemnización o suma de dinero que por cualquier circunstancia se llegare a deber a la finalización del Contrato, mediante un 20%

que se incluía en los valores que se le cancelaban a la demandante, tal y como se estableció en el Contrato:

Cláusula 30 "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."

VER Prueba: Contestación de COMCEL.

9.3. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO es NULO:

Esta regla contractual, como se demostró en el REPARO SEGUNDO del presente escrito de sustentación, es NULA. Su invalidez derrota, ab initio, los intentos de COMCEL por eludir el pago completo de la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE.

Los argumentos que soportan su invalidez se hallan expuestos, entre otros, en los siguientes laudos arbitrales que LA DEMANDANTE aportó al expediente con la demanda:

PUNTO CELULAR LTDA Vs COMCEL S.A.

Señala esta cláusula una inadmisibles regulación comercial, ya que establece que, de cada pago que recibiera PUNTO CELULAR, el 20% del mismo cubriría, además de lo que naturalmente debía pagar,

cualquier suma que llegare a adeudársele por cualquier causa y por cualquier concepto, entre los que se destacan prestaciones e indemnizaciones. Muy fácil resultaría eludir el cumplimiento de obligaciones si una cláusula de tal contenido fuese admitida. Constituiría patente de corso para que COMCEL incumpliera a su antojo sin ninguna consecuencia. Si se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR, el 20% constituye la indemnización de perjuicios, anticipada, por cualquier incumplimiento ¿qué efectos jurídicos traería consigo la inejecución de las obligaciones a cargo de COMCEL? Ninguna. ¿Qué la compelería a cumplir? Nada. Si aflorara, como en efecto afloró, la verdadera naturaleza del contrato y se admitiera que dentro de lo pagado a PUNTO CELULAR el 20%, además de ser la indemnización anticipada de cualquier perjuicio, fuera también el pago, igualmente anticipado, de la prestación consagrada para los agentes en el artículo 1324, ¿cómo diferenciar y precisar la causa de las diversas obligaciones? ¿Cómo diferenciar qué se cubre por concepto de comisión y qué por cesantía comercial? Admitir la estipulación equivaldría al absurdo de permitir que lo pagado por comisiones por activación de clientes al Servicio de Telefonía Móvil Celular, fuera menor a lo debido, puesto que en tal caso lo pagado por esa causa sería solamente el 80% de tal rubro. Se trataría de un pago que, además de inexistente, resultaría todopoderoso como quiera que solucionaría cualquier incumplimiento, cualquier obligación por cualquier causa y por cualquier concepto. Y nótese que la cláusula en ningún momento dispone que a la totalidad de lo pagado a PUNTO CELULAR, se le deba calcular un 20% adicional para cubrir de esa manera la prestación señalada en el artículo 1324 del Código de Comercio u otros conceptos. Nada de eso. El texto de la cláusula es claro al decir que dentro de los valores que reciba el distribuidor el 20% es el mencionado pago que todo lo cubre. Pues esto es sencillamente inadmisibile. Lo abusivo de la estipulación salta a la vista. El desmedido desequilibrio que genera contra el adherente, la reprochable y exorbitante ventaja que sin la mínima razonabilidad busca a favor del predisponente pone en evidencia lo vejatorio de la cláusula. No escapa al Tribunal la posibilidad, jurisprudencialmente reconocida, de pagar la cesantía comercial durante la vigencia del contrato, pero ni esto es lo que regula la cláusula que se comenta, ni está demostrado que se haya verificado el pago del referido porcentaje. Así lo declarará el Tribunal, con efecto de nulidad absoluta de la estipulación. (Páginas 117 a 120).

FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.

Aunque es verdad que en torno del artículo 1324 el Código Civil la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha admitido la posibilidad que las partes convengan su pago anticipado, no es menos cierto que la Corporación le ha negado valor a ese pago realizado con antelación al decir claramente que “esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas.civ. de 2 de febrero de 2001; exp.:5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló -en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co., como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere”. (Sentencia de 26 de febrero de 2015). Estudiada esa estipulación, al confrontarla con los argumentos expuestos a lo largo de esta decisión y específicamente con las deducciones indicadas cuando se examinaron en conjunto las distintas circunstancias alrededor de la cláusula 12.2 del contrato 839 de julio de 1998, prontamente emerge la conclusión consistente en que, todas a una, establecen sin dubitación que con esta cláusula abusiva, como con muchas otras, se pretendía burlar la prestación reconocida en el citado artículo 1324 del Código de Comercio, como una

manifestación más del abuso del derecho por parte de quien predispuso el pacto. Además, destaca el Tribunal, no deja de sorprender cómo es posible que si en la redacción de esta y otras estipulaciones la misma convocada expresaba que el vínculo negocial con Fase descartaba la agencia comercial, ahí mismo, extraña y paradójicamente se contemplaba la hipótesis contraria o sea el pago anticipado de la cesantía comercial. Luego, si en el contrato aducido como en otros documentos allegados, se avizora esa posición bifronte de la sociedad demandante, faltando así a la claridad, probidad, razonabilidad y buena fe debidas, por este solo aspecto habrá de invalidarse la estipulación transcrita con la consiguiente declaración de nulidad. Como se dijo en el laudo arbitral de Autos del Camino Ltda., contra Comcel S.A., proferido el 16 de diciembre de 2008: *"Sorprendente que se haya previsto el pago anticipado de una prestación que los mismos textos califican de jurídicamente imposible (reforzada esta posición con compensaciones por favores recibidos, obligaciones de renunciaciones futuras y multas liquidables con la misma fórmula de cesantía. Y decimos que sorprende, porque en todos los contratos hay manifestaciones explícitas, según las cuales la relación entre las partes jamás se podría considerar agencia. El Tribunal encuentra una contradicción estructural, en afirmar con tanta reiteración que el contrato no es de agencia, e incluir, al mismo tiempo, todas estas cláusulas que indican la convicción contraria. Léidas dichas disposiciones, es notoria la grande preocupación de quien concibió el texto, por el riesgo de una reclamación del agente. Y esto lleva al Tribunal a la reflexión de que si en realidad COMCEL, al concebir y elaborar el contenido del contrato, hubiera guardado la convicción inmaculada de que no se trataba de uno de agencia mercantil, tales previsiones habrían resultado inútiles o, por lo menos, tremendamente exageradas. Ellas evidencian, sin duda alguna, la insinceridad del predisponente del texto del contrato y su mala fe en evadir los mandatos imperativos de la agencia, para privar al distribuidor de su posibilidad de exigir la cesantía comercial y el pago de eventuales indemnizaciones."* (...) Por lo tanto en cuanto a este punto no prosperan las excepciones de pago y compensación. (Páginas 88 a 90).

EVER GREEN COMUNICATIONS S.A. Vs COMCEL S.A.

... el inciso tercero establece una previsión que desborda los límites de los derechos propios y abusa de los ajenos por cuanto establece una ficción, según la cual, la remuneración del distribuidor se imputa en un 20% para la eventualidad en que el operador sea condenado o deba pagar alguna prestación, indemnización o bonificación. Lo anterior implica que esa imputación es condicionada y conduciría a que la remuneración del operador varíe según las condiciones futuras y, particularmente, las decisiones judiciales. Cuando las partes ajustan los contratos definen, en esencia, el objeto de los mismos, la remuneración y las obligaciones de las partes pero esa remuneración, una vez causada, es única y no puede estar sometida a una condición que afecte su causación y destinación para que solo beneficie a Comcel si por efectos de decisión arbitral que se adopte, ésta debiere reconocer a la Convocante su calidad de agente comercial. En ese sentido, la naturaleza de los contratos es la que corresponda a la realidad, con prescindencia del nombre que las partes le han dado o de las previsiones que estén orientadas a esconder tal realidad, especialmente cuando se trata de normas de orden público como aquellas previstas para proteger al agente en el contrato de agencia comercial. De manera que la remuneración pactada será la que deba asumir el deudor y su monto y condiciones no pueden estar sometidos al sentido de la decisión arbitral y mucho menos al reconocimiento judicial de la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes. Resulta un contrasentido entender que si no se produce un fallo judicial contra el operador la remuneración del distribuidor sea del 100%, pero que si se produce,

aquella se reduce a un 80%, para que, automáticamente, se tenga por pagada total o parcialmente la condena y, eventualmente, quede un saldo imputado a una condena no producida que daría incluso lugar a restitución al configurarse el término de prescripción de las acciones. Para el Tribunal la previsión no es nada diferente a un mecanismo orientado a desvirtuar de entrada, por la vía de una imputación irreal, la naturaleza de agencia comercial del contrato sub iúdice que Comcel se ha resistido a reconocer, honrando las prestaciones que surgen a la terminación del contrato, particularmente la denominada cesantía comercial, por lo cual concluye que la estipulación es abusiva y conduce a la declaratoria de ineficacia.

LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.

En cuanto al pago anticipado, la Corte Suprema de Justicia ha dicho que la naturaleza irrenunciable de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co, no se opone a que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado): *"Empero, a ello no se opone que las partes, en tanto obren de buena fe y en ejercicio de su libertad de configuración negocial, puedan acordar los términos en que dicha obligación debe ser atendida por parte del deudor (empresario agenciado), sin que norma alguna establezca que la referida compensación o remuneración únicamente puede cancelarse con posterioridad a la terminación del contrato. Con otras palabras, aunque el cálculo de la prestación en comento se encuentra determinado por variables que se presentan una vez terminado el contrato de agencia –lo que justifica que, por regla y a tono con la norma, sea en ese momento en que el comerciante satisfaga su obligación–, esa sola circunstancia no excluye la posibilidad de pagos anticipados, previa y legítimamente acordados por las partes. Si se considera que el derecho a esa prestación de tipo económico se encuentra estrechamente ligado a la clientela que preserva el agenciado, aún después de terminar el contrato de agencia, no se ve la razón para no autorizar una cláusula que, a partir del reconocimiento de aquel, permita que el agente, ex ante, vea retribuido –o, si se quiere– compensado su esfuerzo por la formación de una clientela que, en principio, no se desdibuja por la terminación del negocio jurídico, desde luego que ese pago anticipado tendrá un efecto extintivo total o parcial, según que, al finalizar el contrato, el monto de la obligación, cuantificado en los términos previstos en el artículo 1324 del C. de Co., resulte ser igual o mayor a la sumatoria de los avances pactados. Las mayores o menores dificultades que puedan presentarse en la cuantificación de la prestación, no pueden erigirse como insuperable valladar para arribar a conclusión distinta, pues lo medular es que ella sea determinable, como efectivamente lo es en casos como el que motiva estas reflexiones, si se considera que el propio legislador estableció un referente de obligatoria observancia: la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato. Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad– la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, ab initio, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos."* El Tribunal considera por la forma

de celebración y ejecución del contrato que la estipulación es abusiva y tiene como único propósito burlar el pago de la prestación a que se refiere el art. 1324 C.Co. en favor del agente, por lo que habrá de declararse su nulidad.

CELUTEC S.A.S Vs COMCEL S.A.

En virtud de lo anteriormente expuesto, para este Tribunal se torna evidente la inexistencia de un pago individualizado, real y anticipado de la cesantía comercial en beneficio de CELUTEC pues, a partir de un juicioso análisis probatorio, se puede concluir que el pretendido “pago anticipado” fue el fruto de un texto ajeno a la realidad contable y material, amén de la artificiosa imposición abusiva ejercida por COMCEL frente a CELUTEC, a partir de la celebración del contrato 816 de 1998 y durante su ejecución, según se vio precedentemente en las declaraciones rendidas ante este Tribunal. Lo expuesto encuentra adicional sustento, se itera por su importancia, en el hecho de que el supuesto “pago anticipado” en ningún momento ostentó tal carácter pues, de ser ello así, debió materializarse en un pago adicional a la comisión o retribución contractual, lo que evidentemente no sucedió a partir de 2007, año en el que se introdujo la doble facturación (80/20) como condición para el pago de la remuneración causada periódicamente en favor de CELUTEC por el cumplimiento de sus obligaciones contractuales. (...) Obsérvese, así mismo, que la pretendida aplicación de pago anticipado de la prestación establecida por el inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio está en abierta contradicción con la posición alegada por COMCEL. Resulta en extremo contradictorio para el Tribunal que la Convocada simultáneamente alegue y pretenda que se efectuó un pago anticipado de la cesantía mercantil, cuya existencia niega, por negarle la calidad de agencia mercantil al contrato. ¿Cómo puede coherente y válidamente sostenerse el pago anticipado de una prestación económica cuya existencia se niega por quien aduce el respectivo pago? La respuesta negativa a este interrogante es contundente, pues el alegado pago anticipado obedeció a una manifestación de abuso de la posición dominante que ejerció y asumió COMCEL a lo largo de la duración del negocio de agencia que celebró con CELUTEC y que tuvo como propósito eludir la prestación consagrada en favor del agente mercantil por el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, circunstancia que no es jurídicamente de recibo para el Tribunal y que merece su amplio y severo rechazo. (...) De manera que una cláusula que disminuía en un determinado porcentaje la comisión o retribución que deberá recibir el agente como contraprestación a su labor, la cual responde a la naturaleza conmutativa inherente al contrato de agencia, para aplicar tal reducción a un artificioso e impuesto “pago anticipado” de la “cesantía comercial”, se traduce a todas luces en una conducta abusiva que genera un claro e incontrovertible desequilibrio contractual que debe ser, se reitera, materia de censura y rechazo. En adición a lo anterior, debe decirse que con tal cláusula se pretende erradicar, no anticipar, la remuneración a la cual se encuentra legitimado el agente por expreso mandato legal, tal como se consagra en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. (...) De este modo, nos encontramos ante la unilateral exigencia de una doble facturación (80/20) y de cláusulas, ambas expresiones de innegable abuso, no por su contenido propiamente dicho, pues como se anotó con antelación aquel no resulta por sí solo despótico o desequilibrante, sino por un claro y denotado ejercicio abusivo de las mismas, lo que lleva a que este Tribunal sin dubitación alguna, les imprima un claro rechazo y en tal sentido las declarará nulas absolutamente en la parte resolutive de este laudo

9.4. El inciso 3º de la Cláusula 30 del CONTRATO incorpora una antinomia que se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO:

Esta estipulación, al margen de su nulidad, resulta ser también antinómica; veamos: En el presente proceso resultó ampliamente probado que COMCEL fue la parte que extendió el CONTRATO y que este negocio, respecto de LA DEMANDANTE, fue de adhesión. Como se anticipó en el presente memorial de sustentación, son diversas las implicaciones que acarrea el que el CONTRATO haya sido de adhesión; una de ellas versa sobre su interpretación:

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

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

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

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

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

Mientras unas cláusulas establecen que LA DEMANDANTE tiene derecho a recibir unos dineros remuneratorios (comisiones), el inciso 3º de la cláusula 30 establece que el 20% de estos dineros mudan su naturaleza, y dejan de ser dineros remuneratorios para convertirse en pagos anticipados de prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones. Al respecto, se tiene: Un mismo pago no puede extinguir simultáneamente dos obligaciones diferentes:

ARTICULO 1626 CC: El pago efectivo es la prestación de lo que se debe.

Los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE no pueden extinguir, simultáneamente, una comisión (remuneración) y otra obligación (llámese pago anticipado de una indemnización, bonificación o prestación); o se extingue una obligación, o se extingue la otra. Pretender que se extingue dos obligaciones simultáneamente es lo que origina la antinomia sub examine. Esta antinomia se resuelve en contra de COMCEL como predisponente del CONTRATO. En relación con esta antinomia, el Tribunal de Arbitraje de Fase Comunicaciones S.A.S Vs Comcel S.A., en la PARTE RESOLUTIVA del Laudo Arbitral dictado en Bogotá D.C. el 15 de julio de 2015, sostuvo:

FASE COMUNICACIONES S.A.S Vs COMCEL S.A.

26. Declarar que: a) El inciso 3º de la cláusula 31, el numeral 6º del Anexo A del contrato suscrito entre las partes, así como el numeral 2º de las Actas de Transacción, Conciliación y/o Compensación, tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordó la remuneración a favor de FASE COMUNICACIONES S.A.S., por cuanto en estas últimas se pactó que la convocante recibiría unos ingresos que se imputarían ciento por ciento al pago de su remuneración contractual, y en las primeras se pactó que el 20% de los dineros que COMCEL le pagara a la convocante, dejaban de ser a título de remuneración para trocarse en un pago anticipado de toda indemnización, prestación o bonificación que se causara a la terminación del contrato suscrito entre las partes. b) La antinomia a que se refiere el literal a) anterior, se resuelve a favor de FASE COMUNICACIONES S.A.S. como adherente, y en contra de COMCEL S.A. como predisponente del contrato suscrito entre las partes, de tal manera que en este no se estipuló pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio. Con lo anterior prospera la pretensión vigésima octava principal de la demanda."

9.5. A partir de la contabilidad de COMCEL y la contabilidad de LA DEMANDANTE, en el presente proceso resultó probado que COMCEL no pagó anticipadamente la Prestación Mercantil que se causó a favor de LA DEMANDANTE:

- a) Los libros contables de COMCEL y de LA DEMANDANTE, ambos, indican que el ciento por ciento de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, se pagaron a título de comisiones propiamente dichas y no pagos anticipados de la Prestación Mercantil.

En los libros de COMCEL no consta registro alguno que dé cuenta de la existencia de pagos a título de la Prestación Mercantil efectuados a favor de LA DEMANDANTE. En efecto, COMCEL, al contestar la demanda reformada, confesó que el siguiente hecho es cierto:

Hecho 143. En la contabilidad de COMCEL no se ha registrado cuenta alguna por pagar a favor de LA DEMANDANTE a título de la Prestación Mercantil del inciso 1º del Artículo 1324 CCO.

Al respecto VER CONTESTACIÓN de la demanda reformada página 39:

143. Es cierto, toda vez que Comcel no adeuda valor alguno por dicho concepto.

VER Prueba: Pág. 40 de la contestación de COMCEL.

Igualmente, en los libros de LA DEMANDANTE no existe registro contable alguno que dé cuenta de la existencia de tales pagos anticipados, tal y como lo concluyó el DICTAMEN:

E.2.a) ¿En qué subcuentas del PUC debe un agente comercial registrar los dineros que recibe por anticipado por concepto de la referida prestación mercantil? En la contabilidad de LA DEMANDANTE, ¿aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL?

RESPUESTA. (...) Así las cosas, el agente comercial debe registrar en la cuenta 2805 las sumas recibidas como anticipo de la prestación mercantil. Al momento de la terminación del contrato se calculará el valor preciso de la prestación mercantil de acuerdo con el “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” (fórmula matemática del Artículo 1324 del Código de Comercio).

¿Aparece algún registro en dicha subcuenta proveniente de COMCEL? De la revisiones y evaluaciones a los libros de contabilidad de LA DEMANDANTE, no se observaron registros en la cuenta 2805-anticipos y avances recibidos- de dineros provenientes de COMCEL. A partir de la contabilidad de LA DEMANDANTE, entonces, se deduce que LA DEMANDANTE no ha recibido pagos anticipados provenientes de COMCEL por concepto de la mencionada prestación mercantil. En el Anexo electrónico No. 55, se presentan los libros auxiliares de contabilidad donde se muestran los saldos de la cuenta 2805-Anticipos y avances recibidos

VER Prueba: Págs. 74 y s.s. DICTAMEN.

- b) Según resultó probado en el presente proceso, COMCEL, respecto del 100% de los dineros que provisionó, causó como gasto y registró como cuentas por pagar a favor de LA DEMANDANTE, los registró contablemente en las subcuentas del PUC 260510 (provisión), 529505 (gasto) y 233520 (cuenta por pagar) respectivamente, correspondientes **a comisiones**. Estos registros se predican para el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL, esto es, tanto los incorporados en las facturas que representaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como los incorporados en las facturas que representaron el 20% restante (80 y 20). Al respecto, en el DICTAMEN y su Complemento concluyó lo siguiente:

Con fundamento en lo manifestado por COMCEL, esta entidad registró el 100% de los dineros remuneratorios que provisionó y causó con destino a LA DEMANDANTE en las subcuentas 260510xxxy y 2605101210- Provisiones-, que pertenecen a la clase PASIVO y en las subcuentas 5295050012 y 5295051012 -COMISIONES-, que pertenecen a la clase GASTOS.

VER Prueba: Pág. 10. DICTAMEN.

Con fundamento en la respuesta de COMCEL, se puede indicar que COMCEL registró los dineros que LA DEMANDANTE le facturó, tanto los incorporados en las facturas que representaron el 80% de los montos liquidados como los incorporados en las facturas que representaron el 20% restante (80 y 20) en la subcuenta 233520 (23/Cuentas por pagar –2335/ Costos y Gastos – 233520/ Comisiones) perteneciente a la clase PASIVO (2).

VER Prueba: Pág. 11 DICTAMEN.

Con base en la respuesta de COMCEL, se puede manifestar que COMCEL creó subcuentas auxiliares que pertenecieron a la subcuenta 233520-CUENTAS POR PAGAR/COSTOS Y GASTOS/COMISIONES/DISTRIBUIDORES. Así mismo, según la contabilidad de COMCEL, esa entidad pagó a MULTINEGOCIOS el 100% de los dineros que esta última le facturó (80 y 20) a título de COMISIONES.

VER Prueba: Pág. 15 COMPLEMENTO DICTAMEN.

E.5.d)

¿Se registran en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520 hechos económicos por concepto de pagos anticipados de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO?

RESPUESTA

En las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520, únicamente se puede registrar hechos económicos relacionados con comisiones, por lo tanto, en estas cuentas no se pueden registrar hechos económicos por concepto de pagos anticipados de la prestación mercantil del inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio.

VER Prueba: Pág. 83 DICTAMEN.

- c) Según resultó probado en el presente proceso, en las subcuentas del PUC 260510, 529505 y 233520 en las que COMCEL registró el 100% de los pagos que le hizo a LA DEMANDANTE, únicamente se registran COMISIONES propiamente dichas, no pagos anticipados, tampoco pagos por concepto de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1º del Art. 1324 CCO. Así lo indicó el DICTAMEN arriba citado y así mismo lo señala la Superintendencia de Sociedades, al responder un derecho de petición de consulta, la cual sostuvo:

5. En las subcuentas 233520 y 260510 del PUC, es jurídicamente posible registrar PASIVOS por concepto diferente a COMISIONES.

5. El Decreto 2650 de 1993 y sus modificatorios en el artículo sexto, numeral 1, señala entre otros que: "el Catálogo de cuentas y su estructura serán de aplicación obligatoria y en la contabilidad no podrán utilizarse clases, grupos, cuentas o subcuentas diferentes de las previstas en el" y el numeral 2 establece: "En todo caso, las dinámicas y descripciones serán de uso obligatorio y todos los asientos contables deberán efectuarse de conformidad con lo establecido en ellas."

Con base en lo anterior no es posible registrar en las cuentas identificadas con los códigos PUC, 233520 y 260510, conceptos diferentes a comisiones.

6. En la subcuenta 529505 del PUC, es jurídicamente posible registrar GASTOS por concepto diferente a COMISIONES.

6. Se aplica lo señalado en el numeral anterior (5).

VER Prueba 20 aportada con la demanda: Superintendencia de Sociedades, respuesta derecho de petición.

CONCLUSIÓN: Según los propios libros de contabilidad de COMCEL, el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) y que COMCEL le pagó, se registraron a título de COMISIONES. Porque a COMCEL no se le admitirá alegación ni prueba alguna que tiendan a desvirtuar lo que resultare de sus libros, el H. Tribunal deberá declarar que el 100% de los dineros que COMCEL le pagó a LA DEMANDANTE se hizo a título de comisiones propiamente dichas, no ha título de pago anticipado de la Prestación Mercantil.

ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (...) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

- d) DE LA MALA FE CON LA QUE COMCEL INTENTA INDUCIR A ERROR AL H. TRIBUNAL: COMCEL, en su intento por justificar los supuestos pagos anticipados de la Prestación Mercantil, se apoya en la denominación que COMCEL misma les asignó a unas subcuentas auxiliares que creó en su contabilidad. Al respecto, se considera: En los libros de COMCEL únicamente aparecen unas subcuentas auxiliares que COMCEL creó y que denominó, motu proprio, “Pagos Anticipados de Prestaciones, Bonificaciones e Indemnizaciones”, las cuales pertenecieron a las subcuentas del PUC 260510 y 529505. Al respecto, resulta importante develar la realidad contable que COMCEL intenta encubrir con la denominación que ella misma les asignó a las auxiliares que creó: Como se sabe, el decreto 2650 de 1993 (Plan Único de Cuentas) establecía el catálogo de cuentas que todo comerciante tenía la obligación legal de adoptar en su contabilidad. El PUC está organizado hasta el nivel de subcuenta, así:

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 14. La codificación del Catálogo de Cuentas está estructurada sobre la base de los siguientes niveles:

Clase: El primer dígito

Grupo: Los dos primeros dígitos

Cuenta: Los cuatro primeros dígitos

Subcuenta: Los seis primeros dígitos.

El propio decreto 2650 de 1993 les permitía a los comerciantes crear, a partir del séptimo dígito, subcuentas auxiliares:

DECRETO 2650 DE 1993. ARTÍCULO 7. AUXILIARES. Adicionalmente a las subcuentas indicadas en el catálogo señalado, se podrán utilizar las auxiliares que se requieran de acuerdo con las necesidades del ente económico, para lo cual bastará con que se incorporen a partir del séptimo dígito.

Fue así como COMCEL, a partir del séptimo dígito, creó las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017; la primera pertenece a la subcuenta de seis dígitos del PUC 260510, la segunda a la 529505. En el DICTAMEN, en efecto, se sostuvo:

CONCLUSIÓN: Al margen de la denominación que COMCEL les asignó a las cuentas auxiliares que creó en las subcuentas 260510 y 529505, lo cierto es que contablemente, los registros realizados en ellas correspondieron a hechos económicos por concepto de COMISIONES propiamente dichas. Frente a las subcuentas auxiliares que COMCEL creó, y respecto de las dinámicas contables que empleó en la liquidación y pago de las comisiones de su red de agentes/distribuidores, LA DEMANDANTE inclusive, la parte resolutive de uno de los laudos arbitrales que sobre la materia se han dictado complementa las conclusiones que se hallan en el DICTAMEN que fue aportado por LA DEMANDANTE en el presente proceso:

LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. Vs COMCEL S.A.

Décimo. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 2605101210 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/COMISIONES.

Décimo Primero. Declarar que la subcuenta auxiliar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo el número 5295050017 pertenece a la subcuenta del PUC número 529505 que corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES.

Décimo Segundo: Declarar que en las subcuentas auxiliares que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. creó bajo los números 2605101210 y 5295050017 y que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones": a) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del art. 1324 del C. de Co. b) No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones. c) No se registran pagos anticipados. d) Únicamente se registran hechos económicos a título de comisiones.

Décimo Tercero: Declarar que la denominación que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. le dio a las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017 inducen a error en cuanto a la

realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron, circunstancia que tipifica una mala fe imputable a COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

Décimo Cuarto: Declarar que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., una vez LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. le facturaba, reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y, en contrapartida, aumentaba en su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES.

Décimo Quinto. Declarar que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de comisiones.

Décimo Sexto: Declarar que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co.

Décimo Séptimo. Declarar que únicamente es posible registrar una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co. cuando esta se hace exigible, esto es, a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.

Décimo Octavo. Declarar, con fundamento en la aplicación práctica que hicieron las partes, que COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. no le pagó a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A., a título de pago anticipado para cubrir la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 Co. Co. y/o de las indemnizaciones reclamadas en el presente proceso arbitral, el equivalente al 20% sobre el valor total de las comisiones por activaciones y por residual, y/o sobre el valor de otros pagos que le fueron efectuados a LLAMA TELECOMUNICACIONES S.A. durante la ejecución del contrato sub-ludice.

9.6. El 100% de las facturas que LA DEMANDANTE le emitió a COMCEL (80/20) tuvieron el tratamiento tributario de una típica comisión:

Las facturas que LA DEMANDANTE emitió a partir de 2007 y que incorporaron la leyenda “*Cláusula 30, inciso 3º, Pagos anticipados de prestaciones, bonificaciones y/o indemnizaciones*”, tuvieron el tratamiento contable y tributario que es propio del pago de una típica comisión. Desde el punto de vista contable, como se dijo, estas facturas se registraron en los libros de COMCEL como cuentas por pagar a título de comisiones y en los libros de LA DEMANDANTE como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones). Desde el punto de vista tributario, sobre estas facturas se agregó el IVA (16% - 19% a partir de enero 1º de 2017), tratamiento que corresponde al típico pago de una comisión. Al respecto del DICTAMEN concluyó lo siguiente:

E.3.a) ¿Incorporaron ambas clases de facturas el impuesto al valor agregado (IVA)? En caso afirmativo se pregunta: ¿A qué tarifa? **RESPUESTA.** De acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas a las facturas, se observó que las facturas que LA DEMANDANTE le emitió a COMCEL, tanto las que incluyeron el 80% de los montos liquidados por COMCEL, como las que incorporaron el 20% restante, se incluyó el impuesto al valor agregado (IVA). En el auxiliar Anexo electrónico No. 57., se muestran los libros auxiliares del IVA, que evidencia lo indicado anteriormente.

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones y verificaciones realizadas a las facturas, se observó que las facturas que **MULTINEGOCIOS** le emitió a **COMCEL**, tanto las que incluyeron el 80% de los montos liquidados por **COMCEL**, como las que incorporaron el 20% restante, se incluyó el impuesto al valor agregado (IVA). En el siguiente anexo se muestran los libros auxiliares del IVA, que evidencia lo indicado anteriormente:

Anexo electrónico No.58-E.3.a-libros auxiliares de IVA

¿A qué tarifa?

Según los libros de contabilidad de **MULTINEGOCIOS**, la tarifa que aparece en los registros contables fueron los siguientes:

AÑO	CUENTA CONTABLE	CONCEPTO	TARIFA
2012	240801	IVA SOBRE LAS VENTAS POR PAGAR	16%
2013	240801	IVA SOBRE LAS VENTAS POR PAGAR	16%
2014	240801	IVA SOBRE LAS VENTAS POR PAGAR	16%
2015	240801	IVA SOBRE LAS VENTAS POR PAGAR	16%
2016	240801	IVA SOBRE LAS VENTAS POR PAGAR	16%
2017	24080101	IVA GENERADO POR VENTAS	19%
2018	24080101	IVA GENERADO POR VENTAS	19%

VER Prueba: Pág. 76 y ss, DICTAMEN.

Ni el pago de la Prestación Mercantil, ni los eventuales anticipos que sobre ella se paguen, causan IVA:

ARTICULO 420 ET. HECHOS SOBRE LOS QUE RECAE EL IMPUESTO. El impuesto a las ventas se aplicará sobre: (...) c) La prestación de servicios en el territorio nacional, o desde el exterior, con excepción de los expresamente excluidos;

La Prestación Mercantil, en efecto, no tipifica el hecho generador del IVA; le asiste razón a la DIAN cuando en el concepto 031500 de 1998, sostuvo:

Area del Derecho	CONCEPTO 031500 DE 1998 MAYO 5
Tributario	
Banco de Datos	
Retención en la fuente	
Problema Jurídico	SOLICITA ACLARACION DEL CONCEPTO 4283 DE ENERO 21 DE 1998, EN EL SENTIDO DE RATIFICAR SI EN APLICACION DEL ARTICULO 1324 DEL CODIGO DE COMERCIO, NO SE CAUSA IVA, TANTO EN LA PRESTACION COMERCIAL (INCISO 1); COMO EN LA INDEMNIZACION (INCISO 2).
Tesis Jurídica	LAS INDEMNIZACIONES AL NO CORRESPONDER A LA PRESTACION DE UN SERVICIO NO CAUSAN IVA.
INTERPRETACION JURIDICA: Como se manifestó en el Concepto 4283, en el caso del artículo 1324 del Código de Comercio, tanto para el inciso primero donde se paga al agente comercial una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de lo percibido si el tiempo fuere menor, así como para el inciso segundo, donde se da una indemnización equitativa cuando el empresario revoque el contrato, en realidad lo pagado no corresponde en estricto sentido a la prestación de un servicio para efectos del impuesto sobre las ventas, en los términos del artículo 1o del decreto 1372 de 1992, pues la erogación corresponde a la terminación del contrato por las causas señaladas en el citado artículo 1324 del Código de Comercio. Es necesario tener en cuenta, que para la causación del IVA en los servicios, necesariamente se debe dar el hecho generador, esto es, que la erogación corresponda al hecho material que genera el tributo, situación que no se da en las indemnizaciones del artículo 1324 citado, pues estas no se dan con ocasión del cumplimiento de una obligación de hacer, sino que surgen por fenecimiento del contrato.	

VER Prueba documental No. 21 aportada con la demanda, conceptos de la DIAN.

9.7. COMCEL no aportó ninguna prueba que de cuenta de haber pagado anticipadamente a LA DEMANDANTE la prestación mercantil

En su declaración el perito Jorge Arango Velasco, quien rindió el dictamen pericial de parte de COMCEL, confirmó que NO había verificado que efectivamente COMCEL hubiese pagado anticipadamente a COMCEL la prestación mercantil. Este dictamen, al cual no se adjuntaron ningún tipo de soportes contables, porque no analizó este tipo de documentos, ciertamente carente de idoneidad por ser un dictamen sobre asuntos netamente contables que no rindió un contador público, fue la única prueba con la cual COMCEL pretendió argumentar en favor del supuesto pago anticipado de la prestación mercantil, pero el propio perito en su declaración reconoció que no había efectuado ninguna verificación de dicho pago de la prestación mercantil anticipada en su dictamen.

9.8. CONCLUSIONES:

- a) Porque la cláusula 30 (inciso 3º) que COMCEL invoca para sustentar el pago anticipado de la Prestación Mercantil es NULA, o porque subsidiariamente es antinómica, en el presente proceso se deberá declarar que COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la referida prestación. Así mismo, y al margen de la validez y carácter antinómico de dicha cláusula, lo cierto es que la realidad contractual, contable y tributaria de los pagos que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE, conducen a la misma declaración: COMCEL no le pagó a LA DEMANDANTE anticipadamente parte de la Prestación Mercantil, pues el 100% de los dineros que le entregó a LA DEMANDANTE fueron dineros remuneratorios por COMISIONES propiamente dichas.
- b) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de COMCEL, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que COMCEL le liquidó a LA DEMANDANTE (80/20), y el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20), COMCEL los registró en las subcuentas 260510, 529502 y 233520: En estas subcuentas únicamente se registran hechos económicos a título de COMISIONES propiamente dichas. Entonces, y según los Libros de COMCEL, el 100% de los dineros que liquidó y le pagó a LA DEMANDANTE durante la ejecución del CONTRATO, se hizo a título de COMISIONES propiamente dichas. El Art. 264 del CGP, en su inciso 6º, establece:

ARTÍCULO 264 CGP. LIBROS DE COMERCIO. Los libros y papeles de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí. (...) (INCISO 6º) Al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros.

Porque a COMCEL no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare de sus libros, en el presente proceso resultó probado todos los pagos que COMCEL le hizo a LA DEMANDANTE fueron a título de comisiones propiamente dichas, y no a título de anticipos de la Prestación Mercantil y/o de indemnizaciones.

- c) A partir de los ASIENTOS CONTABLES de LA DEMANDANTE, y según resultó probado en el presente proceso, el ciento por ciento (100%) de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó (80/20) a COMCEL, aquella los registró como ingresos operacionales remuneratorios (comisiones propiamente dichas). En la contabilidad de LA DEMANDANTE no aparece registro alguno que dé cuenta de la existencia de anticipos recibidos por parte de COMCEL.

- d) Todas las facturas que LA DEMANDANTE emitió, tanto las que incorporaron el 80% de los montos liquidados por COMCEL como las que lo hicieron respecto del 20% restante, causaron IVA a una tarifa del 16% y, a partir de la reforma tributaria del 2017, a una tarifa del 19%. Del comportamiento de las partes y de la ejecución práctica que hicieron del negocio, se deduce que el 100% de los dineros que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL y que esta le pagó, fueron facturados y pagados a título de comisiones propiamente dichas.
- e) COMCEL, en consecuencia, no le ha pagado a LA DEMANDANTE parte de la Prestación Mercantil que regula el inciso 1° del Art. 1324 CCO, como tampoco parte de las indemnizaciones que LA DEMANDANTE reclama en su demanda.

9.9. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta lo referido, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá revocar los numerales PRIMERO y SEGUNDO la parte resolutive de la SENTENCIA y declarar la prosperidad de las Pretensiones Décima Cuarta, Décima Quinta y Décima Sexta.

10. GRUPO DE REPAROS relativos al derecho de retención válidamente ejercido por LA DEMANDANTE.

10.1. DE LA SENTENCIA QUE DEBERÁ DICTAR EL JUEZ AD QUEM.

Teniendo en cuenta que deberá declararse que el CONTRATO es un típico y nominado contrato de agencia comercial, el H. Tribunal Superior de Bogotá, al decidir la presente apelación, deberá declarar probadas y la prosperidad de las Pretensiones Vigésima Octava a Trigésima segunda de la demanda reformada y, en consecuencia; (i) DECLARAR, con fundamento en el Artículo 1326 CCO, que LA DEMANDANTE tiene el derecho de retención y privilegio sobre los dineros de cartera a favor de COMCEL que se hallaban en poder de LA DEMANDANTE o a su disposición al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE. (ii) DECLARAR que LA DEMANDANTE, sobre los bienes y valores que resultaron probados, ejerció válidamente el derecho de retención que la ley le otorga. (iii) Declarar, con fundamento en los artículos 1609 CC y 1326 CCO, que mientras COMCEL no le pague a LA DEMANDANTE la Prestación Mercantil y mientras persista el derecho de retención en cabeza de LA DEMANDANTE, sobre los dineros retenidos por esta última, incluidos los valores que pasaron de ser cuentas por pagar a ser valores retenidos, no se han causado ni se causarán intereses moratorios. (iv) Declarar, con fundamento en los artículos 1326 CCO y 310 CGP, que COMCEL únicamente podrá solicitar la entrega de los valores retenidos por LA DEMANDANTE cuando presente el comprobante de haber pagado el valor completo de las indemnizaciones a que sea condenada en el presente proceso. (v) Ordenarle a COMCEL que, a contra entrega de los bienes y valores retenidos por LA DEMANDANTE, cancele la(s) HIPOTECA(S) que LA DEMANDA constituyó a su favor. (vi) Ordenarle a COMCEL la destrucción de todo título valor suscrito por LA DEMANDANTE y/o por sus socios y/o administradores, con los cuales se respaldó el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al CONTRATO SUB IÚDICE.

11. GRUPO DE REPAROS relativos a la DEMANDA DE RECONVENCIÓN de COMCEL.

La SENTENCIA declaró la prosperidad de las pretensiones de la Demanda de Reconvencción de COMCEL, porque consideró que LA DEMANDANTE incumplió el CONTRATO al haberse demostrado, en su decir, que retuvo injustificadamente dineros de COMCEL y, en consecuencia, se hizo responsable del pago de la cláusula penal consagrada en la Cláusula 27.3 del CONTRATO.

La SENTENCIA negó prosperidad a las excepciones de mérito formuladas por la DEMANDANTE frente a la Demanda Reconvencción, así:

- (i) Negó prosperidad a la excepción de CONTRATO NO CUMPLIDO elevada por la DEMANDANTE, porque consideró que esta última al haber incumplido el Contrato no podía exigir cumplimiento a COMCEL.
- (ii) Negó prosperidad a la excepción de ejercicio válido del DERECHO DE RETENCIÓN por LA DEMANDANTE en su calidad de agente comercial.
- (iii) Negó la prosperidad a la excepción de CLÁUSULA PENAL ENORME elevada por la DEMANDANTE, porque consideró que esta institución jurídica no era aplicable al caso en concreto, al encontrarnos, en su decir, ante obligaciones sin cuantía e inapreciables o indeterminadas.

Al respecto y en ese sentido la fundamentación de la SENTENCIA fue la siguiente:

Acerca de la CLAUSULA PENAL PECUNIARIA ENORME, recuérdese que en términos del artículo 1601 del código civil, *"Cuando por el pacto principal, una de las partes se obligó a pagar una cantidad determinada, como equivalente a lo que por la otra parte debe prestarse, y la pena consiste asimismo en el pago de una cantidad determinada, podrá pedirse que se rebaje de la segunda todo lo que exceda al duplo de la primera, incluyéndose ésta en él."*, y que acorde con ello, el juez tiene el deber de moderarla cuando apareciere enorme atendiendo las circunstancias, pero lo que no puede soslayarse, es que esa regla general sobre el tema, tiene como excepción, entre otras el que se trate de obligaciones de valor inapreciable o indeterminado, siendo esta última circunstancia la que rodea el caso concreto, dado que de solo otear los documentos contractuales en sus literalidades y la aplicación práctica que le dieron las partes, se verifica que en los mismos no se estableció cuantía, lo que descarta la posibilidad de considerar enorme" la cláusula penal pactada; eso en primer lugar, porque de allí deriva que no pueda el juez moderarla, sumado a que ese fue el querer de las partes.

Además, se esfuman las opciones de éxito de la defensa de mérito que MULTINEGOCIOS nominó CONTRATO NO CUMPLIDO (EXCEPTIO NON ADIMPLETI CONTRACTUS ART. 1609 C.C.), pues véase, que el supuesto normativo insito en el artículo 1609 invocado en esta defensa, es viable para pautar la presencia o no de la mora en los contratos bilaterales, de forma tal que solo puede salir adelante cuando se propone por aquél de los contratantes que cumplió o se allanó a cumplir sus obligaciones convenidas en el acto de que se trate, en la forma y tiempo debidos, lo que a todas luces no se puede pregonar en este caso en lo que respecta a Multinegocios.

(PÁGINA 73 SENTENCIA)

11.1. Excepción de Contrato no cumplido por parte de COMCEL.

La retención de dineros por parte de la DEMANDANTE en la cual fundamenta la SENTENCIA la declaratoria de incumplimiento del Contrato por parte de LA DEMANDANTE y la consecuencia prosperidad de las pretensiones de la Demanda de Reconvención, según quedó probado en el proceso, se suscitó al momento de la terminación del Contrato, a saber, el 16 DE MAYO DE 2018.

Esta retención tuvo por causa eficiente la negativa de COMCEL, a partir del 17 DE ABRIL DE 2018, a liquidar y pagar a la DEMANDANTE las comisiones generadas en favor de LA DEMANDANTE durante el último periodo contractual y la negativa de COMCEL a pagar la Prestación Mercantil que LA DEMANDANTE le cobró mediante la carta de preaviso del 17 DE ABRIL DE 2018. Al respecto la carta mediante la cual con antelación la DEMANDANTE preavisó la terminación del Contrato, señaló lo siguiente:

5. DEL ACTA DE LIQUIDACIÓN DEL CONTRATO:

Respecto del Acta de liquidación final del CONTRATO, de manera respetuosa se solicita incorporar la prestación mercantil que, según el inciso 1º del artículo 1324 CCO, se causará a favor de EL DISTRIBUIDOR al momento de la terminación del CONTRATO. Si esta prestación no es incluida, de antemano se rechaza el Acta

Porque la terminación del CONTRATO ocurre por justa causa provocada por COMCEL, EL DISTRIBUIDOR se reserva el derecho de reclamar las indemnizaciones especial (inciso 2º del Art. 1324 CCO) y compensatorias (Arts. 870 CCO y 830 CCO) a que tiene derecho. En este sentido, EL DISTRIBUIDOR no suscribirá acta de transacción ni constancia de paz y salvo alguna, hasta tanto no se le pague de manera completa la prestación mercantil y las indemnizaciones a que tiene derecho.

VER Prueba Comunicaciones Finales Cruzadas: DEMANDA.

Por lo tanto, antes de la retención de dineros por la DEMANDANTE perfeccionada el 16 de MAYO DE 2018, COMCEL venía incumpliendo el Contrato y negándose a cumplirlo desde el 17 DE ABRIL DE 2018 cuando LA DEMANDANTE le anunció y preaviso la terminación del Contrato, porque COMCEL, de un lado, dejó de liquidar y pagar a la DEMANDANTE las Comisiones generadas a favor de esta última por el último periodo contractual y, de otro lado, se negó a incluir en la liquidación final del Contrato y a pagar la Prestación Mercantil en favor de la DEMANDANTE.

11.1.1. Mora de COMCEL en el pago de las comisiones del último periodo contractual.

Como resultó probado en el presente proceso, COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que se causaban a favor de LA DEMANDANTE.

E.1.a) ¿Qué parte, si COMCEL o LA DEMANDANTE, liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE le facturó a COMCEL? **RESPUESTA.** De acuerdo con las verificaciones efectuadas a la información contable entregada por LA DEMANDANTE, se evidenció que antes de facturar y registrar los ingresos por comisiones, LA DEMANDANTE recibía de COMCEL, un reporte (vía correo electrónico) donde se indicaban las sumas por cada concepto que LA DEMANDANTE debía facturar. Para ilustrar esta situación, a continuación, se muestra un ejemplo del proceso: (...) Con base en lo anterior, se puede indicar que COMCEL era la parte que liquidaba las comisiones que LA DEMANDANTE, le facturó a esa sociedad.

VER Prueba: Pág. 68 y ss, DICTAMEN.

COMCEL, durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO no liquidó las comisiones que se causaron a favor de LA DEMANDANTE.

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

COMCEL, asimismo, no le pagó a LA DEMANDANTE las comisiones que se causaron durante las últimas semanas de ejecución del CONTRATO.

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

Según resultó probado con el DICTAMEN, las comisiones que COMCEL no le liquidó ni tampoco le pagó a LA DEMANDANTE, ascienden a la siguiente suma dineraria:

C.1.COMISIONES CAUSADAS Y NO PAGADAS

C.1.a)

Durante la última etapa contractual, ¿cuánto suman las comisiones que COMCEL no liquidó ni le pagó a MULTINEGOCIOS?

RESPUESTA

De acuerdo con las evaluaciones a la documentación entregada por **COMCEL Y MULTINEGOCIOS**, se estableció que el valor pendiente de pago de las comisiones que **COMCEL** no liquidó ni le pagó a **MULTINEGOCIOS** alcanza un monto de **\$61.002.017**. En el siguiente cuadro se muestran los conceptos y montos por:

CONCEPTO	MONTO
COMISION LEGALIZACION KIT Y WB	1.579.174
COMISION POSTPAGO	10.050.101
RECONOCIMIENTO LOGÍSTICO	2.197.964
BONIFICACION KIT PERMANENCIA	10.345
INCENTIVO DE FACTURACIÓN	1.313.759
COMISION RESIDUAL	3.960.976
COMISION CPS	41.697.931
INCENTIVO CARGAS	191.767
TOTAL	61.002.017

En el siguiente anexo, se muestran las pruebas documentales de las cifras anteriores:

VER Prueba: Pág. 33 y ss, DICTAMEN.

El gerente de comisiones de COMCEL ratificó en su declaración que **NO** se habían pagados las comisiones del último mes a LA DEMANDANTE:

Testimonio de Andrés Francisco Martínez. Gerente de Comisiones de COMCEL.	
[APODERADO MULTINEGOCIOS]: ¿Tú sabes y después de que MULTINEGOCIOS pasó la carta de preaviso de no renovación del contrato COMCEL dejó de liquidarle y pagar las comisiones?	[ANDRÉS MARTÍNEZ]: Por eso le decía, digamos que no lo tengo en la visual, <u>lo que funciona normalmente es que cuando ya se da el cierre del distribuidor, pues de ahí en adelante lo que se hace es que las últimas liquidaciones se incluyen en algo que se llama el estado de cuenta, pero porque como ya no existe contrato, o sea ya se dio el cierre, pues de ahí para allá ya no se puede hacer como giros directos, sino que se incluyen en ese documento que le digo, pero es a partir del momento el cierre.</u>

HECHOS PROBADOS: (i) COMCEL desde el 17 de abril de 2018 cuando recibió la carta de preaviso de terminación del Contrato, dejó lo liquidar y pagar a la DEMANDANTE las comisiones generadas a su favor, con lo cual COMCEL desde esa fecha venía incumpliendo gravemente el Contrato. (ii) COMCEL desde el 17 de abril de 2018 cuando recibió la carta de preaviso de terminación del Contrato, se negó a incluir en el

Acta de liquidación y cierre del Contrato, la liquidación y el pago de la Prestación Mercantil y las demás indemnizaciones reclamadas por LA DEMANDANTE en su comunicación del 17 de abril de 2018, con lo cual COMCEL desde esa fecha venía incumpliendo gravemente el Contrato; (iii) Para el 16 de mayo de 2018 momento en el cual la DEMANDANTE ejerció el derecho de retención de dineros, era COMCEL quien había previamente incumplido de forma grave el Contrato y se encontraba en mora de cumplirlo.

11.1.2. Incumplimientos graves del Contrato por parte de COMCEL previos a la retención de dineros.

Tal y como se explicó y ahondó en anteriores secciones de la presente sustentación, antes de que LA DEMANDANTE ejerciera el derecho de retención de dineros, COMCEL venía previamente incumpliendo gravemente el Contrato y abusado de sus derechos.

Seguidamente se citan los referidos incumplimientos de COMCEL explicados en detalle en la anterior Sección 5 de la presente sustentación, titulada: **“GRUPO DE REPAROS relativos a los incumplimientos contractuales y/o abusos del derecho imputables a COMCEL” (VER Sección 5 arriba).**

- Durante los últimos 5 años del Contrato eliminó unilateral e injustificadamente de los tres primeros meses de causación en el pago de la denominada Comisión por Residual, generando un perjuicio probado a la DEMANDANTE de \$72.479.243.
- Durante los últimos 5 años del Contrato dejó de pagar a la DEMANDANTE la denominada Comisión por Permanencia pospago generando un perjuicio probado a la DEMANDANTE de \$241.007.448.
- En enero de 2018 redujo unilateral e injustificadamente a la mitad la denominada Comisión por Transacción de Recaudo en CPS.

HECHOS PROBADOS: Para el 16 de mayo de 2018 momento en el cual la DEMANDANTE ejerció el derecho de retención de dineros, era COMCEL quien había previamente incumplido gravemente el Contrato y se encontraba en mora de cumplirlo.

11.1.3. COMCEL se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones cuando la DEMANDANTE ejerció su derecho de retención.

LA DEMANDANTE, con fundamento en el Art. 1609 CC, no estaba en mora de cumplir el CONTRATO mientras COMCEL no cumpliera con sus obligaciones o se allanara a cumplirlas.

En el momento en el cual LA DEMANDANTE ejerció el derecho de retención, COMCEL venía incumpliendo gravemente el Contrato y se encontraba en mora de cumplirlo, entre otros aspectos, por el no pago de la Prestación Mercantil, por el no pago de las comisiones generadas durante el último periodo contractual, por los abusos e incumplimientos derivados de la eliminación unilateral e injustificada de los 3 primeros meses de causación en la comisión por residual, por la eliminación unilateral e injustificada de la comisión por permanencia pospago y por la reducción a la mitad de la comisión por transacción de recaudo en CPS.

Porque LA DEMANDANTE no estaba en mora, no se incurre en la pena (Art. 1595 CC).

11.2. Excepción de ejercicio válido del Derecho de Retención.

La DEMANDANTE, como agente comercial de COMCEL, tiene el derecho de retención que le asigna el Art. 1.326 CCO. Este derecho le permitió retener las sumas de dinero y los demás valores propiedad de COMCEL que se hallaban en su poder al momento de la terminación del Contrato, hasta tanto COMCEL no le pague el valor de las indemnizaciones correspondientes, v. gr. hasta tanto no le pague las sumas dinerarias que le deberán ser impuestas en la Sentencia del presente proceso, conservará el derecho de retención que le asiste, todo esto según lo establecen expresamente los Arts. 1.326 CCO y 310 CGP.

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

ARTÍCULO 310 CGP. Derecho de retención. Cuando en la sentencia se haya reconocido el derecho de retención, el interesado solo podrá solicitar la entrega si presenta el comprobante de haber pagado el valor del crédito

reconocido en aquella, o de haber hecho la consignación respectiva. Esta se retendrá hasta cuando el obligado haya cumplido cabalmente la entrega ordenada en la sentencia. Porque el derecho de retención es una autorización legal de retardo, no habría lugar a reclamar, ni la cláusula penal, ni la indemnización moratoria; en efecto, la autorización legal de retardo impide la constitución en mora.

11.3. Excepción de CLÁUSULA PENAL ENORME.

Es falso, como lo indica la SENTENCIA, que las obligaciones y deudas de LA DEMANDANTE para con COMCEL a la terminación del Contrato que se reclaman por esta última en su Demanda de Reconvención como cimiento para la aplicación de la Cláusula Penal a la postre impuesta, sean obligaciones y deudas no cuantificadas, indeterminadas o inciertas.

En el proceso está absolutamente probado que dichas deudas de LA DEMANDANTE para con COMCEL a la finalización del CONTRATO, eran cuantificables, determinadas y ciertas, y ascendían única, específica y concretamente a la suma de \$786.186.446.

Al respecto el Complemento del DICTAMEN (página 19), como consecuencia de la revisión de la información contable de COMCEL concluyó las cifras precisas y concretas que en la contabilidad de esta empresa figuraban como las obligaciones pendientes por parte de la DEMANDANTE:

RESPUESTA

De acuerdo con la respuesta a la pregunta E.6.c, los dineros que **COMCEL** tiene registrados en la subcuenta 1102031001-Cuentas por Cobrar a Distribuidores- que están soportadas y que fueron aceptadas por **MULTINEGOCIOS** es de **\$786.186.446**. Esta suma está incluida

VER Prueba: Pág. 19 Complemento DICTAMEN.

Este monto coincide precisamente con los dineros que la DEMANDANTE retuvo al momento de la finalización del Contrato, tal y como también está probado en el DICTAMEN:

F.1

¿Le retuvo MULTINEGOCIOS a COMCEL valores o dineros de COMCEL que se hallaban en su poder o a su disposición al momento de la terminación del CONTRATO SUB IÚDICE? En caso afirmativo se pregunta: ¿cuánto dinero se retuvo?

RESPUESTA

De acuerdo con los libros de contabilidad de **MULTINEGOCIOS** (Libro Mayor y Balances y Libros auxiliares), en las subcuentas del pasivo “281501-Otros pasivos/Ingresos recibidos para terceros/Recaudos” y “282501-Otros pasivos/Retenciones a terceros sobre contratos, se presentan saldos a favor de **COMCEL** por valor de **\$594.070.823** y **\$206.838.220** respectivamente a octubre 25 de 2019. En el siguiente anexo, se adjuntan los documentos que sustentan las cifras anteriores:

[Anexo electrónico No.61-F.1.a-Soportes derecho de retención](#)

Con sustento en lo anterior, se puede manifestar que MULTINEGOCIOS retuvo valores de COMCEL que se hallaban en su poder al momento de la terminación del contrato sub iúdice por una cuantía de \$800.909.043 (\$594.070.823 + \$206.838.220).

VER Prueba: Pág. 19 Complemento DICTAMEN.

Esta probado, entonces, a contrario sensu de lo indicado por la SENTENCIA, que las obligaciones de LA DEMANDANTE para con COMCEL a la terminación del Contrato que se reclaman por esta última en su Demanda de Reconvención, son ciertas y determinables y están cuantificadas.

Resulta evidente la ENORMIDAD de una cláusula penal por valor de 5000 salarios mínimos legales mensuales vigentes (\$5.000.000.000 aproximadamente), como aquella a la cual accedió la SENTENCIA, impuesta por una obligación de máximo de \$800.909.043, es decir, una cláusula penal casi siete (7) veces mayor que la propia deuda por la cual sería impuesta.

Al respecto deberá señalarse que cuando la prestación principal esté determinada o sea determinable en una suma cierta de dinero, la pena no podrá ser superior al monto de aquella (Art. 867 CCO). Por este motivo, la cláusula penal que COMCEL podría legalmente reclamar, en ningún caso, puede ser superior al monto de las obligación incumplida, esto sin perjuicio de lo establecido en el Art. 65 de la Ley 45 de 1990, norma en la cual se establece que en las obligaciones mercantiles de carácter dinerario, toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación (Artículo 65 Ley 45 de 1990); así las cosas, los intereses moratorios más la cláusula penal que COMCEL puede legítimamente reclamar no pueden, al ser sumados, superar los límites legales de la usura (1.5 veces el interés bancario corriente).

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

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR los siguiente numerales TERCERO, CUARTO, QUINTO y SEXTO de la SENTENCIA:

RESUELVE

TERCERO: DECLARAR imprósperas las excepciones de MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA contra la demanda de reconvención que le planteó COMCEL S.A, y que llamó COMPENSACION, CONTRATO NO CUMPLIDO, CLAUSULA PENAL ENORME y PROHIBICION DE USURA Y GENERICA.

CUARTO: DECLARAR que MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA incumplió el contrato de distribución de voz celebrado con Comcel por las razones expuestas atrás.

QUINTO: A consecuencia de la prosperidad de tales pretensiones, se CONDENA a MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA a pagar a Comcel, a título de perjuicios, la suma equivalente a cinco mil (5000) salarios mínimos mensuales legales vigentes, porque así se pactó entre las partes a título de cláusula penal en el contrato de distribución de voz.

SEXTO: La anterior suma debe pagarla MULTINEGOCIOS DE COLOMBIA LTDA debidamente indexada, para lo cual la equivalencia en salarios será la que esté vigente para la fecha en que el pago se haga, el que a su vez, debe efectuarse dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria de esta sentencia, so pena de que sobre el monto resultante, se causen intereses de mora la tasa legal del 6% anual desde el día decimoprimer.

En su lugar, el Ad quem deberá declarar probadas las excepciones de mérito formuladas en la Contestación de la Demanda de Reconvención que fueron denominadas: Alegación de Derecho de Retención; Excepción de Contrato no cumplido; Cláusula Penal Enorme y Prohibición de Usura; Genérica.

12. GRUPO DE REPAROS relativos a la condena en costas y agencias en derecho.

Se le solicita al H. Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá, Sala Civil condenar a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE las costas y agencias en derecho.

12.1. Pretensiones Trigésima Tercera y Trigésima Cuarta: Pretensiones relativas a las costas y agencias en derecho.

PRETENSIÓN TRIGÉSIMA TERCERA: De conformidad con lo establecido en el Artículos 5º del Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016 del Consejo Superior de la Judicatura, y en armonía con la naturaleza y calidad de la gestión desarrollada por el apoderado de LA DEMANDANTE, se solicita CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, a título de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas resultantes a favor de LA DEMANDANTE.

PRETENSIÓN TRIGÉSIMA CUARTA: CONDENAR a COMCEL a pagar a favor de LA DEMANDANTE las costas procesales, incluidos los honorarios del perito que realizó el dictamen pericial de parte que LA DEMANDANTE aportó en el presente proceso.

1. El Art. 366 CGP establece:

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura.

2. El Consejo Superior de la Judicatura, mediante el Acuerdo PSAA16-10554 de agosto 5 de 2016, estableció las tarifas aplicables para la fijación de las agencias en derecho:

ACUERDO No. PSAA16-10554 de Agosto 5 de 2016
“Por el cual se establecen las tarifas de agencias en derecho”.
EL CONSEJO SUPERIOR DE LA JUDICATURA, en ejercicio de las facultades que le confieren el numeral 3 del artículo 257 de la Constitución Política, el numeral 13 del artículo 85 de la Ley

270 de 1996 y el numeral 4 del artículo 366 de la Ley 1564 de 2012 y según lo acordado en la sesión del día 27 del mes de julio de 2016,

CONSIDERANDO

Que la Ley 1564 de 2012, Código General del Proceso, en su artículo 366 numeral 4 establece que para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura (...)

Que con base en lo anterior las tarifas se establecerán respecto de cuatro clases genéricas de procesos: declarativos, ejecutivos, de liquidación y de jurisdicción voluntaria y asimilables, sin perjuicio de algunas regulaciones especiales, así como de la aplicación de la analogía.

Que de conformidad con la descripción legal y la jurisprudencia constitucional, las agencias en derecho corresponden a una contraprestación por los gastos en que se incurre para ejercer la defensa legal de los intereses dentro de un trámite judicial, en atención a la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente

3. **El presente proceso corresponde con un PROCESO DECLARATIVO DE DOS INSTANCIAS. Entonces, la tarifa aplicable es:**

ARTÍCULO 5º. Tarifas. Las tarifas de agencias en derecho son: 1. PROCESOS DECLARATIVOS EN GENERAL. En primera instancia. a. Por la cuantía. Cuando en la demanda se formulen pretensiones de contenido pecuniario: ... (ii) De mayor cuantía, entre el 3% y el 7.5% de lo pedido.

4. **El H. Tribunal, al momento de establecer la condena por agencias en derecho, no podrá aplicar un porcentaje inferior al mínimo establecido (3%) ni exceder el máximo del (7.5%):**

ARTÍCULO 366 CGP. LIQUIDACIÓN. (...) 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas tarifas.

5. **Teniendo en cuenta la naturaleza especialísima y la calidad de la gestión adelantada por los apoderados de LA DEMANDANTE, respetuosamente se le solicita al H. Tribunal Superior de Bogotá:**

CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE, por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

Esta solicitud de condena se sustenta así: El caso sub iúdice exige un profundo conocimiento en derecho comercial, en derecho procesal y en contabilidad; asimismo, el recto y diligente apoderamiento de LA DEMANDANTE demandó conocer a fondo el negocio y el mercado de la telefonía móvil celular en Colombia, los intrínquilis de los contratos extendidos por COMCEL y la complejidad de su ejecución. En el presente proceso, los apoderados de LA DEMANDANTE realizaron ingentes esfuerzos para defender los intereses de la demandante, para proponer de maneras clara y contundente un asunto que en sí mismo resulta ser complejo y sumamente técnico y para conducir un proceso en el cual se ejecutó cada acto procesal con lealtad y diligencia.

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

El H. Tribunal Superior de Bogotá, Sala Civil, deberá REVOCAR el numeral Séptimo de la Parte resolutive de la SENTENCIA y en su lugar, deberá CONDENAR a COMCEL a pagarle a LA DEMANDANTE por concepto de agencias en derecho, el siete punto cinco por ciento (7.5%) de las condenas netas resultantes que le sean impuestas a COMCEL.

.FIN DEL MEMORIAL.

Respetuosamente,

A handwritten signature in dark ink, appearing to read 'Camilo Argáez', with a large, stylized circular flourish at the end.

CAMILO ARGÁEZ

T.P. 218.319 del C. S. de la J.

RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA - PROCESO 11001310304120120001400

Dirección de Procesos Silva y Asociados <procesos.silvayasociados@gmail.com>

Mar 30/08/2022 16:54

Para: Juzgado 45 Civil Circuito - Bogotá - Bogotá D.C. <j45cctobt@cendoj.ramajudicial.gov.co>

CC: Alejandro Rodríguez León <alejandrro.silvayasociados@hotmail.com>; Pablo Tomás Silva Mariño <pablosilvam@outlook.com>

Bogotá D,C. 30 de agosto de 2022

Señores

JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

Despacho que avoca conocimiento en virtud de la Circular DESAJBOC20-92 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, del

JUZGADO PRIMERO (1) CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO BOGOTÁ D.C.

A/A. Gloria Cecilia Ramos Murcia

E. S. D.

Referencia: Declarativo Abreviado

Radicado: 11001310304120120001400

Demandante: Ángela del Pilar Rubio Amarillo

Demandado: Corporación Internacional de reparación automotriz Cora S. A.

Asunto: Recurso de Apelación en contra de sentencia de primera instancia

PABLO TOMÁS SILVA MARIÑO, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.496.633 de Chía (Cundinamarca), abogado en ejercicio, acreditado con la tarjeta profesional número 88.882 del Consejo Superior de la Judicatura, obrando en calidad de apoderado de la parte demandante, de manera respetuosa y comedida interpongo allego recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día 30 de octubre de 2020 notificada mediante auto del día 24 de agosto de 2022 fijado por estado electrónico No. 093 del día 25 de agosto de 2022, dentro del proceso en referencia.

Favor acusar recibo del presente correo.

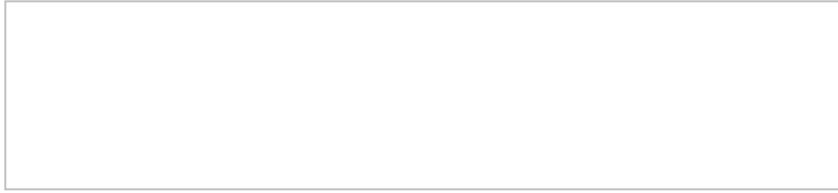
Cordialmente,

PABLO TOMÁS SILVA MARIÑO

C.C. 80.496.633 expedida en Chía

T.P. 88.882 del C. S. de la J.

procesos.silvayasociados@gmail.com



Bogotá D. C., 30 de agosto de 2022

Señores

JUZGADO CUARENTA Y CINCO (45) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ D.C.
Despacho que avoca conocimiento en virtud de la Circular DESAJBOC20-92 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, del
JUZGADO PRIMERO (1) CIVIL DEL CIRCUITO TRANSITORIO BOGOTÁ D.C.
A/A Gloria Cecilia Ramos Murcia
E.S.D.

Referencia: Declarativo Abreviado

Radicado: 11001310304120120001400

Demandante: Ángela Pilar Rubio Amarillo

Demandado: Corporación Internacional de reparación automotriz Cora S. A.

Asunto: RECURSO DE APELACIÓN EN CONTRA DE LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA PROFERIDA EL DÍA 30 DE OCTUBRE DE 2020, NOTIFICADA MEDIANTE AUTO DEL DÍA 24 DE AGOSTO DE 2022 FIJADO EN ESTADO ELECTRÓNICO No. 093 DEL DÍA 25 DE AGOSTO DE 2022

1

PABLO TOMÁS SILVA MARIÑO, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.496.633 de Chía, abogado en ejercicio, acreditado con la tarjeta profesional número 88.882 del Consejo Superior de la Judicatura, actuando como apoderado de la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO**, identificada con cédula de ciudadanía 51.793.658 de Bogotá, por medio del presente escrito y encontrándome dentro del término legal establecido, de manera respetuosa y comedida interpongo **RECURSO DE APELACIÓN**, en contra de la sentencia proferida el día 30 de octubre de 2020 notificada mediante auto del día 24 de agosto de 2022 fijado por estado electrónico No. 093 del día 25 de agosto de 2022, en los términos del artículo 320 del Código General del Proceso (Ley 1564 de 2012); con base en los siguientes argumentos:

I. COMPETENCIA DEL DESPACHO

De conformidad con el Acuerdo PCSJA20-11483 el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, conoció en su momento del presente proceso, sin embargo, en virtud de la Circular DESAJBOC20-92 de la Dirección Ejecutiva Seccional de Administración Judicial, se suprimieron, redistribuyeron y/o convirtieron transitoriamente una serie de

Juzgado Civiles del Circuito Transitorios de Bogotá, entre ellos el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, Despacho que fue remitido al Juzgado Cuarenta y Cinco (45) Civil del Circuito de Bogotá junto con cada uno de los procesos que adelantaban.

Por lo cual, atendiendo que la sentencia proferida el día 30 de octubre se emanó por parte del Fallador Ronald Zuleyman Rico Sandoval, quien hacía las veces de Juez Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, es que el suscrito apoderado se sirve presentar recurso de apelación al Honorable Despacho.

II. **OPORTUNIDAD PARA PRESENTAR RECURSO DE APELACIÓN**

El Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá profirió sentencia en la cual se negaron las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención por presuntamente no configurarse los elementos de responsabilidad contractual alegados y en consecuencia ordenando la terminación del presente proceso, providencia que data del día 30 de octubre de 2020 notificada mediante auto del día 24 de agosto de 2022 fijado por estado electrónico No. 093 del día 25 de agosto de 2022.

De otra parte, los artículos 320 y subsiguientes del Código General del Proceso establecen que el recurso de apelación procede en contra de las sentencias de primera instancia que dicte el Juez con el fin de ser revocada o reformada la decisión y establece que el recurso deberá interponerse y sustentarse dentro de los tres (3) días siguientes a su notificación, razón por la cual, el suscrito apoderado presenta el recurso en referencia dentro del término legal, conforme se advierte con la siguiente:

2

ACTUACIÓN	FECHA
Sentencia proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá	30 de octubre de 2020
Notificación de la sentencia por estado electrónico	25 de agosto de 2022
Inicio del término para interponer recurso de apelación en contra de la sentencia	26 de agosto de 2022
Finalización del término para interponer recurso de apelación en contra de la sentencia	30 de agosto de 2022

En ese sentido y atendiendo que el último día para interponer recurso de reposición en contra de la sentencia notificada por su Señoría fenece el día treinta (30) de agosto de la presente anualidad, es que resulta completamente procedente la radicación del presente escrito.

III. PROCEDENCIA DEL RECURSO DE APELACIÓN

De acuerdo con el presente título, vale resaltar que el suscrito apoderado se encuentra en plena facultad de recurrir a la sentencia proferida auto proferido por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, ya que la decisión resulta completamente desfavorable a mi prohijada en su condición de demandante dentro del presente proceso, de conformidad con lo establecido en el artículo 320 del Código General del Proceso, que en su tenor literal establece:

“ARTÍCULO 320. FINES DE LA APELACIÓN.

El recurso de apelación tiene por objeto que el superior examine la cuestión decidida, únicamente en relación con los reparos concretos formulados por el apelante, para que el superior revoque o reforme la decisión.

Podrá interponer el recurso la parte a quien le haya sido desfavorable la providencia:

respecto del coadyuvante se tendrá en cuenta lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 71.” (Negrilla y subraya ajena al texto original)

3

En ese orden de ideas, de conformidad con la decisión proferida por el Despacho referenciado, al indicar: *“PRIMERO: NEGAR las pretensiones de la demanda principal y la demanda de reconvención, por no configurarse los elementos de la responsabilidad contractual alegada, según los argumentos expuestos en la parte motiva de esta providencia. TERMINAR, en consecuencia, el presente trámite.”*, es que se sustenta, en los siguientes términos:

IV. FUNDAMENTOS DE DISENSO

INTERPRETACIÓN ERRADA RESPECTO A LA CONCURRENCIA DE LOS CONTRATOS CELEBRADO ENTRE LAS PARTES

Como primigenio vale resaltar que la sentencia del día 30 de octubre de 2020 presenta unas condiciones precarias en cuanto a su imagen, las cuales se advierten al verificar el escrito digitalizado, sin embargo, pesar de este déficit de resolución, este apoderado se servirá citar varios de sus apartados a fin de vislumbrar los argumentos expuestos por parte del A Quo y los yerros que estos contienen.

De acuerdo con el presente título, el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá indica, lo siguiente:

De lo anterior concluye el Despacho que el anterior contrato, esto es, el denominado 'llave en mano' terminó para dar paso a la administración delegada. Si ello fue así, habría que concluir que para el extremo demandado al extinguirse la inicial relación contractual reconoció su cumplimiento por parte de RUELO AMARILLO. Por demás, el cambio de contrato, según lo manifestado por la demandante obedeció al deseo del representante legal de la demandada de querer contratar a su hermano, lo que se corrobora con su dicho cuando reconoció el parentesco y reconoció que fue él quien contrató los servicios de electricidad y de obra metálica (fls. 762-763).

Gráfico 1. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 7.

Del extracto anterior, se logra colegir que el Fallador parte de una presunción al indicar que: “habría que concluir”, a efectos de considerar que el contrato de obra denominado LLAVE EN MANO culminó a satisfacción de las partes por el solo hecho de que el señor **JOSE DANILO CASTAÑO GIRALDO**, representante legal de la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** solicitó a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** celebrar contrato de ADMINISTRACIÓN DELEGADA respecto del contrato de obra originario.

4

Contrario a lo anterior, el Juez Ronald Zuleyman Rico Sandoval incurre en completo error al presumir que la celebración de otro contrato traduce a que el contrato originario se cumplió y con ello “darle paso al de administración delegada”, sin tener en cuenta que este segundo se dio paralelamente a la ejecución del contrato de obra, como bien se expuso en el hecho séptimo (7) del escrito de demanda, conforme se advierte con la siguiente:

7. Que en desarrollo del contrato de obra suscrito por las partes, el contratante solicitó se realizara una modificación parcial, frente a la modalidad del contrato, así las cosas, el contratante también se encargaba de efectuar ciertos pagos a los proveedores de materiales y servicios, de acuerdo con una relación de facturas que se pasaban a nombre de CORA S.A., con lo cual el contrato original se convirtió en alguna medida en una ADMINISTRACIÓN DELEGADA.

Gráfico 2. Escrito de demanda, página 2.

De acuerdo con lo anterior, es claro que el suscrito apoderado, desde un inicio advirtió a su Señoría que, en virtud de la nueva solicitud por parte del contratante, esto es, la **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**, requirió nuevamente de la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** a fin de

llevar a cabo un contrato para la AMDINISTRACIÓN DELEGADA en aras de que no solo fuera mi prohijada quien estuviese a cargo de la construcción de la bodega ubicada en la Carrera 28 A No. 75 A 17 en la ciudad de Bogotá, sino que se sumarían otra serie de obligaciones que concurrían con la ejecución del contrato de obra, es decir, las partes actuando en plena capacidad de obligarse establecieron un segundo contrato, de conformidad con lo establecido en el artículo 1495 del Código Civil, que en su tenor literal dispone:

“ARTICULO 1495. <DEFINICION DE CONTRATO O CONVENCION>.

Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar,

***hacer o no hacer alguna cosa.** Cada parte puede ser de una o de muchas personas.”*

(Negrilla y subraya ajena al texto original)

En línea de lo anterior, las partes celebraron contrato del cual se pretendía que mi mandante se sirviera realizar el pago correspondiente a los diferentes proveedores, materiales y servicios, ya que estos eran realizados en un principio a órdenes y a cargo del señor **JOSE DANILO CASTAÑO GIRALDO**, pero en virtud de este nuevo contrato se reitera al Despacho que no solo se delegó la ejecución de la obra civil sino que conjuntamente se cumplía con el deber de administración delegada, motivo por el cual, respetuosamente este argumento resulta traído de los cabellos ya que en palabras del Fallador de primera instancia, presume que el contrato de obra se cumplió junto a sus respectivas obligaciones y resultado de esto, se celebró el contrato de administración, siendo este argumento desacertado y contrario a la realidad.

5

INDEBIDA VALORACIÓN PROBATORIA

En cuanto a las facturas No. 0089 y No. 0090

En lo que a este punto concierne, esta representación argumentara el por qué de la falta de valoración probatoria por parte del Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, esbozando en el mismo orden en que el Fallador expuso en su sentencia.

De acuerdo con el “4. Caso en concreto” de la providencia recurrida se señala lo siguiente:

Lo primero que debe advertirse es que según lo relatado por la demandante y lo complementado por el demandado, entre ellos se celebraron varios contratos. En esta oportunidad no se analizará lo concerniente a la supuesta reparación de la casa del representante legal de la demandada, José Danilo Castaño Giraldo, por versar sobre una relación jurídica diferente a la que suscita este debate así como por vincular a una persona diferente de la demandada en esta litis. Además, resulta importante destacar que no existe prueba que acredite que en desarrollo de los contratos que RUBIO AMARILLO celebró con CORA S.A. se hubieren incorporado los costos de la referida obra.

Gráfico 3. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 6 – párrafo 1.

De la ilustración anterior se advierte que no se tendrá en cuenta y/o analizara lo referente a la reparación hecha por la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** en casa del representante legal, es decir, en favor del señor **JOSE DANILO CASTAÑO GIRALDO** porque presuntamente versa sobre una relación diferente y no allegó prueba que así lo acredite, hecho con que raya con la verdad si se tiene en cuenta lo expuesto en el hecho quinto (5) del escrito de demanda, tal y como consta así:

5. Que por petición de el señor JOSÉ DANILO CASTAÑO, dentro de la obra de la bodega ubicada en la carrera 28A No. 75A-17, se incluyeron gastos correspondientes a remodelaciones realizadas en su casa, remodelaciones que tuvieron un costo de \$ 45'972.830, de conformidad con las facturas que se anexan, con números 0090 y 0089.

Gráfico 4. Escrito de demanda, página 2.

Lo anterior, traduce a que las remodelaciones se realizaron en la casa de habitación del representante legal del extremo procesal, la cual se encuentra ubicada en la Carrera 28 A No. 75 A 17 en la ciudad de Bogotá, siendo esta misma nomenclatura la correspondiente a la ubicación en que se encuentra la bodega objeto del contrato de obra celebrado en un principio entre las partes.

6

Aunando a lo anterior, en aras de dar constancia, fe y allegar el material probatorio, se relacionaron las facturas No. 0089 y No. 0090 que dan cuenta de los gastos en que incurrió la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** para dar cumplimiento a sus obligaciones, para el caso en específico, la remodelación de la casa del señor **JOSE DANILO CASTAÑO GIRALDO**, siendo estas descritas y allegadas conforme al contenido literal del acápite pruebas del escrito de demanda, conforme se advierte:

PRUEBAS

Solicito al señor Juez, tener, apreciar y valorar como tales las siguientes:

DOCUMENTALES

104. Cuenta de cobro CORA, favor de ANGELA DEL PILAR, por valor de \$7.006.400

105. Cuenta de cobro CORA, favor de ANGELA DEL PILAR, por valor de \$38.966.430

Gráfico 5. Escrito de demanda, páginas 5 y 10.

De otro lado, en auto del 2 de febrero de 2012 proferido por el Juzgado 41 Civil del Circuito que en su momento era el Despacho que conocía del presente proceso, se inadmitió demanda y otorgando el término legal para que este apoderado allegara una serie de documentos que no se habían aportado en un primer momento en el escrito de demanda, entre ellos, las facturas No. 0089 y No. 0090, sin embargo, se resalta que estas si fueron aportadas en su momento, a pesar de ello, en cumplimiento de lo ordenado, las mismas se remitieron, las cuales se pueden verificar a Folio 355 del cuaderno principal y con la siguiente ilustración:

SEÑOR
JUZGADO 41 CIVIL DEL CIRCUITO
E. S. D.

Juzgado 41 Civil del Circuito
Recibido por
Anexo SI NO
Fecha: 12 FEB 2012
C.E. Puentes 128 Pds
Sin Union Gues
A.T. J.M.P.

REF.: Proceso declarativo abreviado por incumplimiento de contrato por parte de CORA S.A.
Número de proceso: 110013103041 20120001400
ASUNTO: SUBSANACIÓN DE DEMANADA

PABLO TOMÁS SILVA MARINO, mayor de edad y vecino de esta ciudad, identificado con la cédula de ciudadanía número 80.496.633 de Chía y portador de la Tarjeta Profesional No.88.882 del C. S. de la J., obrando en mi condición de apoderado especial de la señora **ÁNGELA DEL PILAR RUBIO**, igualmente mayor de edad y vecina de esta ciudad, identificada con cédula de ciudadanía número 51.793.658 de Bogotá, con el debido respeto me dirijo ante su despacho para subsanar la demanda ordinaria por incumplimiento de contratos, contra CORA S.A., identificada con Nit. Número 830.063.500-2, y representada legalmente por el señor **JOSÉ DANILO CASTAÑO GIRALDO**, identificado con cédula de ciudadanía número 19.316.321 de Bogotá; lo anterior, de conformidad con el requerimiento realizado por su despacho, mediante Auto de fecha 2 de febrero de 2012, así:

1. Se aporta al presente proceso, Fotocopia atenta de los siguientes contratos:

a. Fotocopia auténtica contrato de obra de construcción de una bodega en el predio de carrera 28A No. 75ª-17 de Bogotá .

b. Fotocopia auténtica contrato de obra de una bodega en el predio de la calle sesenta y siete a (67A) número treinta y seis cuarenta y uno (836-41) de Bogotá.

c. Fotocopia auténtica contrato de administración delegada.

d. Contrato civil de obra por \$3.000.000

Del mismo modo, se anexa copia autentica de los siguientes documentos:

a. Factura de venta número 0076

b. Factura de venta número 0078

c. Factura de venta número 0089

d. Factura de venta número 0090

7

Gráfico 6. Escrito de subsanación de demanda, página 1.

Y, de las cuales se traen a colación a efectos de corroborar su existencia, el número y el valor correspondiente visibles a Folio 133 y 134 del cuaderno principal, así:

ANGELA DEL PILAR RUBIO
C.C. 51.793.658
CALLE 17A No. 10-10

FACTURA DE VENTA
0089

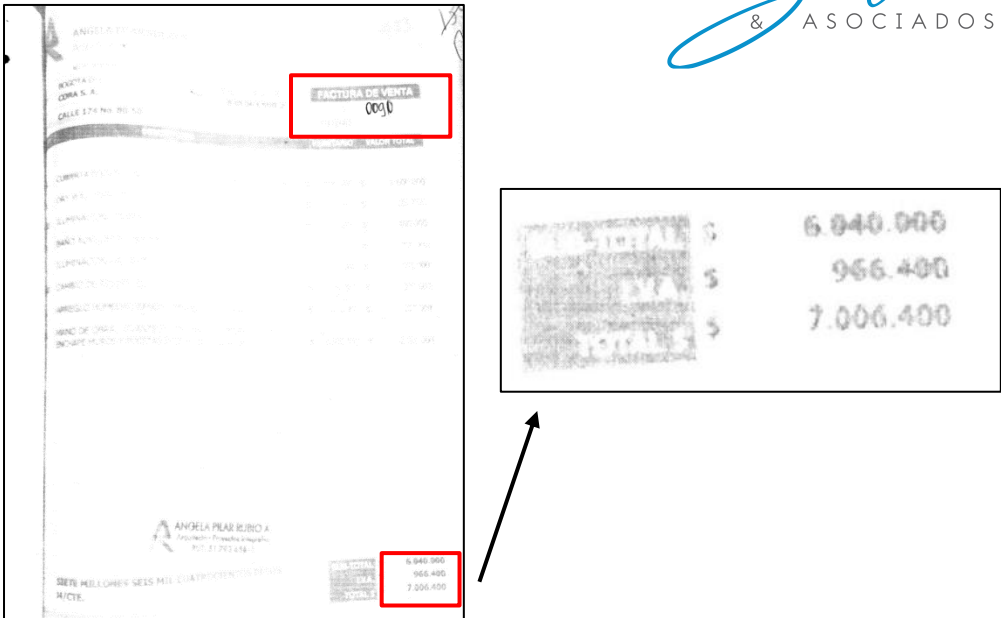
ITEM 1

ITEM 2

ANGELA DEL PILAR RUBIO
C.C. 51.793.658
CALLE 17A No. 10-10

FACTURA DE VENTA
0089

SUBTOTAL \$ 33.591.750
IVA \$ 5.374.680
TOTAL \$ 38.966.430



De las pruebas aportadas por el demandado y su falta de alcance

Ahora, en lo que respecta al citado tenor, el Fallador indicó:

Lo primero que debe advertirse es que con la contestación de la demanda se aportaron unos planos que debieran haber alusión a la obra contratada y entregada cuya eficacia probatoria estaría supeditada al escrutinio técnico de un experto según lo previsto en el artículo 233 del Código de Procedimiento Civil, por lo que, ante la ausencia del mismo, de tales piezas documentales no es posible derivar incumplimiento alguno.

8

Gráfico 8. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 7.

De lo anterior se logra colegir, que el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, advierte que el si bien en la contestación de demanda la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**, aportó una serie de planos, estos no cumplieron en estricto sentido su objetivo, ya que estos debían estar bajo el escrutinio de un tercero experto que diera constancia de la obra contratada y ejecutada, es decir, si lo que pretendía el extremo procesal demandado era demostrar que presuntamente mi mandante había incurrido en incumplimiento del contrato, lo cierto es que no logró demostrar si quiera con prueba sumaria que en efecto la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** había faltado a sus obligaciones propias, situación que fue advertida por el mismo Juez.

Sumado a lo anterior, el demandado en el escenario de la demanda de reconvención allega un dictamen pericial que no cumplía con los criterios mínimos a efectos de decretarse y practicarse, conforme lo advirtió el A Quo, de acuerdo con lo siguiente:

Ahora bien, sobre el llamado dictamen pericial arrojado con la demanda de reconvención lo primero que debe advertirse es que el mismo no identifica a la persona que lo realizó como un experto, ya que tan solo se dice que quien lo elaboró es ingeniero civil pero de este hecho no hay prueba en el paginario. Pero, además,

Gráfico 9. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 7.

Al identificarse lo anterior, se entiende que respecto al documento de “Concepto preliminar de hallazgos realizado por el Ing. JUAN MANUEL FALLA OSORIO” aportado por el demandado, tampoco cumplió con el objetivo de pretender demostrar en el proceso que en efecto mi mandante había estado inmersa en presuntos incumplimientos del contrato y que ello se viera reflejado en el documento relacionado anteriormente, hecho que tuvo presente el Juez y que aun así trajo consigo un fallo completamente desacertado.

En cuanto al peritaje practicado

De otro lado, como muy bien lo dice el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, en el presente proceso se tuvo en cuenta la pericia rendida por el señor HILMAR FANNY CASTRO HERRERA, Ingeniero Civil que hace parte de la lista de auxiliares de justicia y que fue designado a efectos de corroborar si en efecto la obra ubicada en la Carrera 28 A No. 75 A 17 en la ciudad de Bogotá, cumplió o no con el objeto contratado, quien mediante informe remitido al Juzgado Trece (13) Civil del Circuito de Descongestión de Bogotá, Despacho que en su momento avocaba conocimiento del presente proceso, le informó:

RESPUESTA. Revisados los planos estructurales cumple las condiciones del decreto 926 de 2010 o NRS 2010, y visitada la obra se pudo establecer que la cimentación y demás elementos estructurales así como la cubierta en estructura metálica está cumpliendo las condiciones y especificaciones técnicas en el plano E0-1 hasta el plano E-05; En el plano A-3 a excepción de la placa del tercer piso se construyo en concreto simple sobre elementos steel y fundida en el sitio, actualmente está sin terminar el piso baldosa.
RESPUESTA. Verificados los planos estructurales, la obra en general y en especial la estructura metálica si cumplió con lo establecido y diseñado según el plano E-03 aprobado por la curaduría Urbana No.2 El tipo de material usado se eligió perfiles H simples y compuestos que son resistente a compresión y estan unidos a través de chapas soldadas., para las vigas y jácenas metálicas a esfuerzo a flexión se eligieron perfiles en IPE, IPN diseñados para absorber estos esfuerzos, son los adecuados para el montaje de esta obra. Y analizando los planos estructurales aprobados y realizados en la obra se ejecuto con lo programado.
RESPUESTA. Según análisis de los documentos para la obtención de la licencia de construcción No. L08-2-0965, la Arquitecta Ángela Pilar Rubio Amarillo si cumplió con los requisitos de ley por tales razones fue expedida la citada licencia de construcción de lo contrario hubiera sido rechazada, de igual forma la curaduría Urbana también liquido los impuestos de delineación Urbana con sus correspondientes ajustes de acuerdo a las áreas del proyecto arquitectónicos y áreas para usos, como también los ajustes por cambio de vigencias de un año a otro. Analizando el estudio presentado ante la Curaduría Urbana No.2 con Licencia de Construcción No. LC 08-2-0965 con fecha de expedición 30 de Diciembre de 2008 y fecha
RESPUESTA. Como he manifestado en los puntos anteriores la obra en general y de acuerdo a la presentación actual el proyecto se desarrollo de acuerdo a los planos desarrollados aprobados la curaduría No.2 es importante aclarar que las instalaciones eléctricas en la construcción no es posible conceptuar la forma comparativa por no existir planos eléctricos porque este documento no es exigido para la licencia de construcción.

Gráfico 10. Informe pericial rendido por el auxiliar de Justicia, Ingeniero Civil Hilmar Fanny Castro Herrera.

Conforme a lo anterior, se vislumbra que en efectos la obra cumplió los objetivos trazados y resultando con ello que la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** cumplió a cabalidad con todos y cada uno de sus contratos y obligaciones, siendo los anteriores términos acogidos por el Fallador de primera instancia, de acuerdo con lo siguiente:

Ahora bien, aun cuando la demandante tenía la obligación de hacer actas parciales de entrega las cuales no obran en el proceso, ello en sí no implica un incumplimiento contractual ya que la pericia rendida dentro del proceso fue clara en señalar que "la cimentación y demás elementos estructurales así como la cubierta en estructura metálica está cumpliendo las condiciones y especificaciones técnicas", salvo la placa del tercer piso que está sin terminar por la falta de baldosa (fl. 794). Sin embargo, el representante de CORA admitió que estuvo muy pendiente del desarrollo de la construcción de tal forma que los cambios o modificaciones que se hicieron la mayoría fueron de común acuerdo con Ángela Pilar" (fl. 762).

Gráfico 11. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 8.

10

De acuerdo a lo anterior, se resalta los argumentos expuestos por el profesional en la materia y que incluso el Fallador se sirvió citar en la sentencia proferida el día 30 de agosto de 2020, en los cuales claramente se aprecia que los elementos estructurales cumplieron las condiciones y especificaciones técnicas que se requerían en el presente caso, esperando que bajo esta misma línea junto a lo que hasta el momento se había sustentado en la providencia, sirvieran de fundamento para efectivamente identificar que mi mandante había cumplido las obligaciones de los diferentes contratos y por el contrario el demandado era a quien se le atribuía la calidad de deudor e incumplidor de las obligaciones inicialmente convenidas.

En cuanto al material probatorio aportado por el suscrito apoderado

En lo que concierne a este punto es de resaltar y si bien puede comprobar con el expediente digital del proceso, esta representación ha aportado a los diferentes despachos que en su momento han conocido del presente proceso un sin número de documentos, archivos, facturas, cuentas de cobro, contratos y/o demás información que dan cuenta sobre el efectivo cumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** para con la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**

En ese sentido, podrá verificarse que en el cuaderno principal del procesal reposan 370 folios y en el segundo cuaderno se comprende un total de 354 folios, para tener un total de 724

Folios, de los cuales esperaba el suscrito apoderado se hubiesen tenido en cuenta en forma total, integral y bajo un profundo examen de juicio al momento de proferir la sentencia del día 30 de octubre de 2020, sin perjuicio de ello, su Señoría indicó lo siguiente:

La anterior situación permite colegir que ante el incumplimiento de la carga probatorio de ambos extremos de la litis no puede afirmarse que exista un la ante por pagar en favor de RUBIO AMARILLO. Además, debe resaltarse que la misma demandante en su interrogatorio afirmó que existían problemas de contabilidad en el cruce de la facturación con la demandada, situación de hecho que debió motivar a la demandante para insistir y obtener prueba técnica que esclareciera ese asunto. Sin embargo, se insiste, no hay medio de convicción que conduzca a determinar algún tipo de incumplimiento contractual en cuanto a pagos en cabeza del demandado.

Gráfico 12. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 8.

Conforme con el anterior aparte y siendo este último párrafo de la sentencia la que en resumen definió la decisión, donde se indica que presuntamente los extremos procesales no dieron cumplimiento a la carga probatoria y que en su momento se afirmó por mi mandante que siempre existieron problemas contables sin tener en cuenta un análisis integral, pues este inconveniente se daba en virtud de que la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** allegaba las diferentes facturas, soportes y demás sustentos a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** y siendo esta quien reprochaba las respectivas cuentas.

Motivo por el cual, resulta completamente errado el sustento único y precario en que se fundó la decisión de la sentencia del día 30 de octubre de 2020.

CUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES CONTRACTUALES A CARGO DE ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO

En lo referente a este punto, es necesario resaltar que esta representación durante los últimos diez (10) años, tiempo que a la fecha lleva este proceso y fruto de que el mismo ha estado en manos de cuatro diferentes despachos, ha sido enfático en demostrar mediante diferentes i) hechos; ii) pruebas; iii) dictámenes; iv) interrogatorios; v) contestaciones; vi) memoriales; vii) descorre de excepciones; viii) alegatos de conclusión y lo manifestado en las diferentes audiencias que en su momento se llevaron a cabo, el claro cumplimiento de las obligaciones que en su momento en estuvieron a cargo por parte de la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** y a su vez el indudable incumplimiento por parte de la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**, habiendo sido este sentir objeto de pronunciamiento por parte del Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, cuando precisó:

Empero, con la demanda sí se aportó un acta de obra suscrita por el representante legal de la demandada, José Danilo Castaño Giraldo y Lubin Linares, secretario de la reunión (fs. 125-126), donde se cuenta que para el 2 de febrero de 2009 se reportaba un atraso en la obra en cuanto a estructuras de columnas por falla de compra de materiales. Sobre esta prueba documental habría que señalar que si bien se habla de un retraso o demora en la ejecución de la obra, la misma estaría referida a la conducta de los subcontratistas o encargados de la construcción y por eso se indicaron como asistentes a la reunión Alberto Castaño Giraldo y José Manuel Castillo Ardila. Nótese, además, que para este punto de la ejecución contractual RUBIO AMARILLO fungía como administradora delegada y no como directa encargada de la obra. Es decir, la demora que por este aspecto pudo haberse generado no será imputable a la demandante y demandada en reconvenición, sino a los contratistas que directamente contrató el representante legal de CORA S.A.

Gráfico 13. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 7.

De acuerdo con lo anterior, Fallador indicó que conforme acta del día 2 de febrero de 2009 suscrita por el representante legal de la sociedad demandada, se advirtió que los retrasos de la obra obedecían a los contratistas y no a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO**, pues era mi mandante quien cumplía el rol de administradora delegada y no como encargada directa de la obra.

12

Como si lo anterior no fuere suficiente, en párrafos siguientes de la sentencia, se advierte lo siguiente:

De la anterior declaración se deduce que el incumplimiento achacado a la demandante no fue tal en tanto que las modificaciones en la obra fueron consentidas, amén que el mismo representante de la demandada estuvo pendiente del desarrollo de la obra.

Gráfico 14. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, página 8.

De acuerdo con este argumento y de lo dicho hasta el momento, manifiestamente se extracta que en efecto mi prohijada dio cumplimiento a sus obligaciones y si en los casos en que se presentaron modificaciones, las mismas fueron aceptadas y/o consentidas por el mismo demandado, por lo cual, se esperaría que amen a los argumentos expuestos en la *ratio decidendi*, se exteriorizara la respectiva decisión, sin embargo, este y muchos de los argumentos del Fallador tan solo fueron un dicho de paso, ya que en reiteradas oportunidades el mismo Despacho advirtió que mi prohijada no había incurrido en incumplimiento del contrato, como si lo estuvo el demandado ya que no cumplió con la contraprestación pactada.

FALTA DE APLICACIÓN DE PRUEBA DE OFICIO ANTE LA AUSENCIA DE PRUEBA CONTABLE Y LA FALTA DE DETERMINAR SI EXISTIÓ O NO UN FALTANTE DE PAGO

De acuerdo con el presente, el Juez señalo, que:

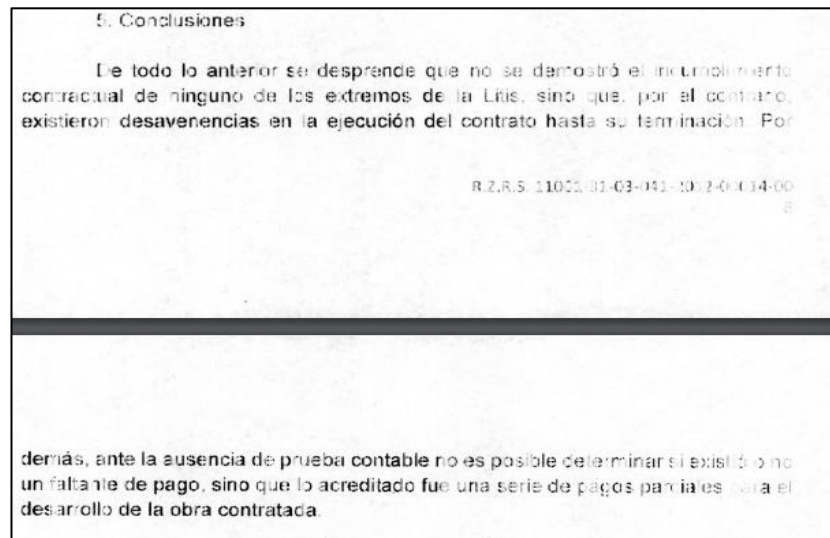


Gráfico 15. Sentencia del día 30 de octubre de 2020 proferida por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá, páginas 8 y 9.

13

En virtud de lo manifestado por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá resulta necesario resaltar que todo operador judicial cuenta con una herramienta dispuesta en el ordenamiento jurídico, en la cual, ante la aparente duda y sea necesario la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes, pudiendo recurrir a la prueba de oficio, dispuesta en el artículo 169 del Código General del Proceso, que dicta:

“ARTÍCULO 169. PRUEBA DE OFICIO YA PETICIÓN DE PARTE.

***Las pruebas pueden ser decretadas a petición de parte o de oficio cuando sean útiles para la verificación de los hechos relacionados con las alegaciones de las partes.** Sin embargo, para decretar de oficio la declaración de testigos será necesario que estos aparezcan mencionados en otras pruebas o en cualquier acto procesal de las partes.*

Las providencias que decreten pruebas de oficio no admiten recurso. Los gastos que implique su práctica serán de cargo de las partes, por igual, sin perjuicio de lo que se resuelva sobre costas.” (Negrilla y subraya ajena al texto original)

En ese orden de ideas, mal haría el operador judicial de todo proceso judicial en limitarse a proferir un fallo sin antes haber culminado un verdadero ejercicio de análisis, convencimiento y búsqueda de la verdad dentro del presente proceso.

REPROCHE EN LA CONCLUSIÓN DE LA SENTENCIA DEL 30 DE OCTUBRE DE 2020

Verificados todos y cada uno de los puntos expuestos por el A Quo en el escrito de sentencia, se funda una interpretación en el sentido de advertir en reiteradas oportunidades que el cumplimiento de las obligaciones estuvo siempre a cargo de la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** y por el contrario en varios intentos la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** intentar demostrar que siempre y cumplió y por el contrario aduce que mi representada no cumplió los términos en que se habían ceñido inicialmente, los cuales a la final no se logran demostrar y mucho menos desvirtuar lo manifestado por esta representación.

Sin embargo, extrañamente advierte el suscrito apoderado que de las nueve (9) páginas en que se pronuncia la sentencia, tan solo tres (3) páginas se fundan en lo que se pretende concluya la decisión, consideraciones en las cuales todo el tiempo se asumió a la línea del cumplimiento de obligaciones contractuales por parte de mi mandante y para terminar en un último párrafo que revoca todo lo dicho anteriormente y trayendo consigo un fallo dudoso, inconsistente y frágil en todo el sentido, por consiguiente, disintimos de manera respetuosa pero categórica la decisión proferido por el Juzgado Primero (1) Civil del Circuito Transitorio de Bogotá.

14

3. SOLICITUDES

De acuerdo a lo expuesto a lo largo del presente recurso de apelación, solicito respetuosamente se revoque la sentencia apelada en su integridad y en su lugar:

1. Se declare que la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** por intermedio de su dueño y representante legal, el señor JOSE DANILO CASTAÑO GIRALDO, incumplió el CONTRATO DE OBRA suscrito con la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO**.
2. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**, cancelar a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO**, la suma

de DOSCIENTOS TREINTA Y SIETE MILLONES TRESCIENTOS TRES MIL TREINTA Y SIETE PESOS (\$237.303.037).

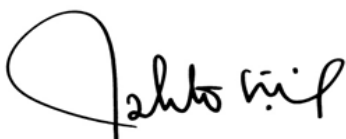
3. Que se declare que la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** debe a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** la suma de 6.341.080, por concepto de IVA no cancelado, en razón de las facturas No. 0089 y 0090.
4. Que como consecuencia de la anterior declaración, se ordene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** cancelar a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** la suma de 6.341.080.
5. Que se declare que la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.**, no ha cancelado el valor correspondiente al 5% del contrato de administración delegada de las partes eléctricas.
6. Que se condene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** al pago de la suma de 3.590.604 por concepto del 5% del contrato de administración delegada de las partes eléctricas.
7. Que se declare que la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** no ha cancelado el valor correspondiente al 5% del contrato de administración delegada de la ornamentación y estructuras metálicas.
8. Que se condene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** al pago de la suma de 8.855.361 por concepto del 5% del contrato de administración delegada de la ornamentación y estructuras metálicas.
9. Que se declare que el contrato de obra generó sobre costos del valor adicional por el valor aproximado de 167.440.209, los cuales en su momento fueron ajustados y reconocidos por el propio contratante y su interventor; el señor LUBIN LINARES, costos que fueron asumidos por la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO** y al día de hoy no han sido cancelados.
10. Que en razón de lo anterior, se condene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** a pagar la suma de 167.440.209 por concepto de gastos adicionales, en relación del contrato de obra suscrito entre las partes.

11. Que se declare que mi poderdante suscribió contrato civil de obra, para la demolición parcial y retiro de escombros de la obra ubicada en la Carrera 28 A No. 75 A 17 en la ciudad de Bogotá, por valor de 3.000.000.
12. Que se condene a la sociedad **CORPORACIÓN INTERNACIONAL DE REPARACIÓN AUTOMOTRIZ CORA S. A.** a cancelar a favor de mi poderdante la suma de 3.000.000 por los servicios prestados por la la demolición parcial y retiro de escombros de la obra ubicada en la Carrera 28 A No. 75 A 17 en la ciudad de Bogotá.
13. Del mismo modo, se condene a pagar los perjuicios causados a la señora **ÁNGELA PILAR RUBIO AMARILLO**, por el incumplimiento del contrato suscrito entre las partes, los cuales son fácilmente demostrables.
14. Que se condene en cosas al demandado.

En consecuencia, por las consideraciones esbozadas solicito a su Despacho se sirva remitir el expediente ante el Superior Jerárquico a fin de conocer del presente recurso de apelación en contra de la sentencia proferida el día 30 de octubre de 2020 notificada mediante auto del día 24 de agosto de 2022 fijado por estado electrónico No. 093 del día 25 de agosto de 2022 y se revoque así el fallo proferido por el A Quo.

16

Del señor Magistrado,



PABLO TOMÁS SILVA MARIÑO
C.C. 80.496.633 expedida en Chía
T.P. 88.882 del C. S. de la J.
procesos.silvayasociados@gmail.com

Señor

JUEZ CATORCE (14) CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ

ccto14bt@cendoj.ramajudicial.gov.co

E. S. D.

Referencia: Proceso declarativo de **ANTOLÍN ESPAÑA FERREIRA** contra la **SOCIEDAD COLOMBIANA DE ARQUITECTOS BOGOTÁ Y CUNDINAMARCA**, y la **ASOCIACIÓN DE EGRESADOS DE LA UNIVERSIDAD DE LOS ANDES - UNIANDINOS**.

Radicación: 2018-00120.

Asunto: Recurso de apelación contra sentencia de fecha 11 de marzo de 2020.

WILSON GÓMEZ HIGUERA, actuando en mi calidad de apoderado de **ANTOLÍN ESPAÑA FERREIRA**, encontrándome dentro del término legal, acudo respetuosamente ante su Despacho con el fin de presentar los reparos a la sentencia dictada por el Despacho en desarrollo de la audiencia celebrada el 11 de marzo de 2020.

I. Oportunidad procesal y soporte normativo:

Esta actuación se lleva a cabo de conformidad con lo dispuesto por el Artículo 322 del C.G.P., que en su numeral Tercero, dispone que: *“Cuando se apele una sentencia, el apelante, al momento de interponer el recurso en la audiencia, si hubiere sido proferida en ella, o dentro de los tres (3) días siguientes a su finalización o a la notificación de la que hubiere sido dictada por fuera de audiencia, deberá precisar, de manera breve, los reparos concretos que le hace a la decisión, sobre los cuales versará la sustentación que hará ante el superior”*.

En desarrollo de la audiencia se expusieron, brevemente, los reparos a la decisión, el suscrito procede a hacerlo de forma escrita, en aplicación de la norma antes citada. Además, si tenemos que la audiencia se celebró el día miércoles 11 de marzo de 2020 y, desde el día viernes se suspendieron términos en ocasión el simulacro de aislamiento preventivo iniciado por la Alcaldía de Bogotá y posteriormente decretada por el Presidente de la República y en concordancia con suspensión de términos decretada por el consejo superior de la Judicatura hasta el día 30 de junio de 2020 a las 12:00pm, este escrito puede radicarse, oportunamente, hasta el martes 1 de julio de 2020.

II. La Providencia atacada:

El Juez de primera instancia, después de exponer, extensamente, su disertación jurídica y aclarar de manera afirmativa que entre las partes del litigio, existió una relación en donde UNIANDINOS en asesoría con la Sociedad Colombiana De Arquitectos, convocaron a un concurso de anteproyectos para el diseño de la nueva sede de UNIANDINOS en Bogotá, en donde se le ofrecieron a los concursantes – arquitectos, unos premios asegurando que se regirían por las bases del concurso y la norma urbana; que en base a ello al derecho fundamental a la igualdad y la buena fe en concordancia con la confianza legítima, una vez que los concursantes aceptaron la oferta, los convocantes no podían cambiar las condiciones, exigencias y reglas del concurso.

Pese a lo anterior, el Ad quo negó las pretensiones de la demanda, y condenó en costas a la parte actora, argumentando que dentro del proceso no se aportó ninguna prueba que condujera a demostrar que los diseños de los concursantes que ocuparon el primer y el segundo lugar, incumplieron las bases del concurso y la normatividad urbana.

III. Reparos en contra de la Sentencia.

- Error fáctico, en la apreciación del contenido del proceso y los indicios que obraban dentro del mismo.

El proceso judicial que nos ocupa se hubiera podido decidir muy fácilmente si el Juzgador de instancia hubiera apreciado detalladamente la contestación de la demanda y los documentos aportados al expediente antes de dictar sentencia, este proceder le hubiera permitido encontrar que:

- Los demandados, siempre quisieron disfrazar el objeto del concurso, aduciendo que el concurso se trataba de un concurso de ideas y no de anteproyectos, lo que evidentemente querían hacer incurrir en error al juez haciéndole creer que simplemente nos encontrábamos frente a un concurso de ideas que no debía cumplir con la norma urbana pues no querían materializarlo, no obstante, dentro del proceso se demostró que se trataba de un concurso de anteproyecto¹ donde su objeto era escoger el proyecto que se adaptara a las necesidades exigidas para poder ejecutarse y, un anteproyecto sólo se puede ejecutar si cumple con la normatividad urbana, de lo contrario no podría obtener una licencia de construcción

- Los demandados siempre intentaron alegar y excusar su error, manifestando que el respecto escrito de la norma no era un criterio determinante para la calificación de los diseños².

- La parte demandada, trajo como excusa en cuando a la destinación de los usos, que el concurso permitía que a los anteproyectos seleccionados se les hicieran cambios “no sustanciales” para efectos de materializarlos en una licencia urbanística. Un elemento esencial o sustancial de un diseño de arquitectura es, sin duda, el hecho de que el inmueble se destine a un uso residencial o comercial. Quisieron engañar al Juez manifestando que, era fácil cambiar un espacio destinado para un bar, destinarlo para vivienda, para ellos es lo mismo diseñar para que un edificio tenga restaurantes, bares, salas de conferencia y demás, a diseñarlo para que allí haya apartamentos que habitarán personas de forma permanente.

- Las diferentes curadurías urbanas de Bogotá, aportaron al juzgado el documento que confirma que sobre los predios de uniandinos no han aprobado ninguna licencia de construcción, esto quiere decir, que pese a que han transcurrido más de 4 años no han podido construir o materializar el proyecto ganador, esto sucede, cuando los diseños presentados no cumplen con la normatividad urbana, pues no es posible, otorgar una licencia de construcción que atente con la norma e incluso que ponga en peligro la integridad de la comunidad en general.

Ésta información se corroboró también con el testimonio del Arquitecto Alberto, quien informó que actualmente están inscritos a un plan parcial, lo que en el mundo de la arquitectura equivale acogerse y esperar que la norma urbana cambie para obtener una licencia de construcción y poder ejecutar el proyecto. No es posible convocar un concurso de anteproyectos para después decir que la norma urbana no hay que cumplirla porque después la normatividad podría cambiar. Ésta absurda y arbitraria afirmación afecta la legalidad de los concursos. Precisamente, por ello, las bases fueron claras.

¹ Numeral 4.4.2.2 libro 4 pag7. Denominado “COMPONENTES DEL ANTEPROYECTO indica que: “En todos los casos, es de crucial importancia ceñirse a los parámetros normativos nacionales y distritales vigentes”.

² Numeral 3.8.2 Indica que: “Son criterios primordiales de evaluación los siguientes: * “El respeto estricto a la normativa urbanística y al cumplimiento íntegro y coherente del programa arquitectónico, será determinante en la valoración de las propuestas. * Será para el Jurado un criterio determinante, el respeto de los concursantes por las coordenadas exigibles en cuanto al cumplimiento del Programa de espacios y áreas. Si bien se asume que se trata de propuestas a nivel de Anteproyectos, ellas no deben implicar transformaciones sustantivas.”

Un indicio claro, que nos permite afirmar que los jurados tomaran una decisión arbitraria es que Uniandinos se ha visto perjudicada pues tiene un diseño que no puede construir, y por eso no ha podido obtener licencia de construcción. Que absurdo invertir todo ese tiempo y dinero para ahora tener que esperar una modificación de la norma urbana que le permita materializar un anteproyecto que debió ser rechazado.

- Falta de apreciación y valoración de pruebas.

Al expediente se aportaron los planos presentados por los concursantes que ocuparon el primer y segundo lugar del concurso, incluso se aportó el plano del tercer puesto y, el diseño arquitectónico del señor Antolín España Ferreira, extrañamente el Juez de instancia, centró su sentencia, argumentando que dentro del proceso no se demostró el incumplimiento de la normatividad urbana y las bases del concurso por parte de los ganadores del mismo.

Sin embargo, es de resaltar que, al proceso se aportaron los planos de cada uno de los concursantes premiados junto con el de mi representado en medio físico y magnético; para dar valoración a tales documentos, sólo hacía falta dedicación y diligencia, no se necesita experticia en el área arquitectónica para visualizar sobre un plano los usos habitacionales, pues los mismos se encuentran ilustrados con dibujos referentes a camas y mesas de noche, lo que de manera inmediata nos refleja e ilustra de manera didáctica los usos residenciales, pese a lo anterior, y para mayor claridad, cada diseño tiene una lista de espacios, con la distribución del diseño de manera enumerada con las referencias del listado, bastaba verificar los documentos aportados y un ejercicio a juicio del despacho para identificar que los usos habitacionales eran inferiores a los exigidos por la normatividad urbana, pues tampoco se trata de un cálculo matemático sino lógico.

Precisamente con respecto a dichas normas aplicables, el decreto 190 de 2004 Artículo 341 indica: “Zonas de uso residencial, en las cuales se delimitan las zonas de uso residencial exclusivo y zonas limitadas de comercio y servicios, localizadas en ejes viales, manzanas comerciales o centros cívicos y comerciales, no pueden ocupar más del 30 % del área bruta del sector normativo”

Diciéndolo de otro modo, era totalmente claro que los concursantes debían cumplir con las restricciones urbanas contenidas en el Decreto 190 de 2004 y no podían darle un uso comercial mayor al 30%, es decir que se debía dar un uso superior 70% de destinación residencial.

Como se expresó de manera verbal en audiencia de instrucción y juzgamiento, el primer puesto denominado BN4, no cumplió con los espacios permitidos pues destinó sólo el piso 8 y 9 para uso habitacional (en un 35% de cada piso), por lo cual el uso residencial no superó el 70% del diseño arquitectónico.

Teniendo en cuenta que las pruebas no fueron valoradas diligentemente, me permito desmenuzar y extraer los soportes de debió examinar el ad quoa para proferir su providencia.

Generación de relaciones urbanas a través de la ciudad de las artes

LISTADO DE ESPACIOS

1. Acceso principal	17. Ingreso parqueaderos
2. Lobby casa	18. Emisora Unidandina
3. Salidas de emergencia y accesos temporales	19. Salón Zubiría
4. Salas de espera	20. Salón Varela
5. Baños	21. Puente transición casa con nueva sede
6. Espacios exposiciones temporales	22. Control Hall de acceso
7. Teatrino	23. Salón Jumbo
8. Locales comerciales	24. Foyer
9. Galería de arte	25. Utilería
10. Salida de emergencia	26. Panelería
11. Sala de proyecciones teatrino	27. Terraza jardín
12. Salón para video conferencias	28. Corredor servicios
13. Sala de conciertos	29. Biblioteca - Hemeroteca - Sala de música
14. Terraza de comidas	30. Taller de artes y manualidades mediano formato
15. Camerinos	31. Bodegas y depósitos
16. Cuarto de aseo	32. Hall

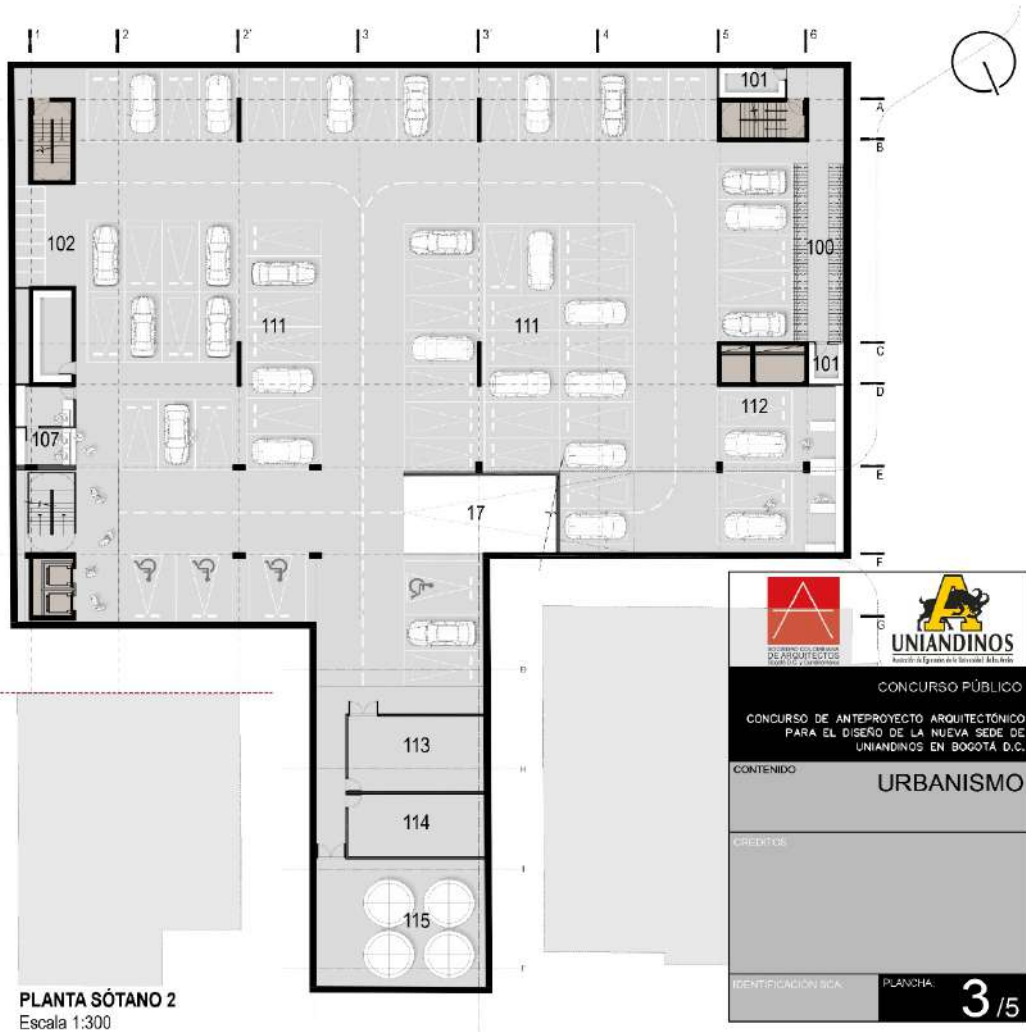


Ilustración 1. Sótanos

Ubicación: Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos3



Ilustración 2. Planta Denominada Piso 2.

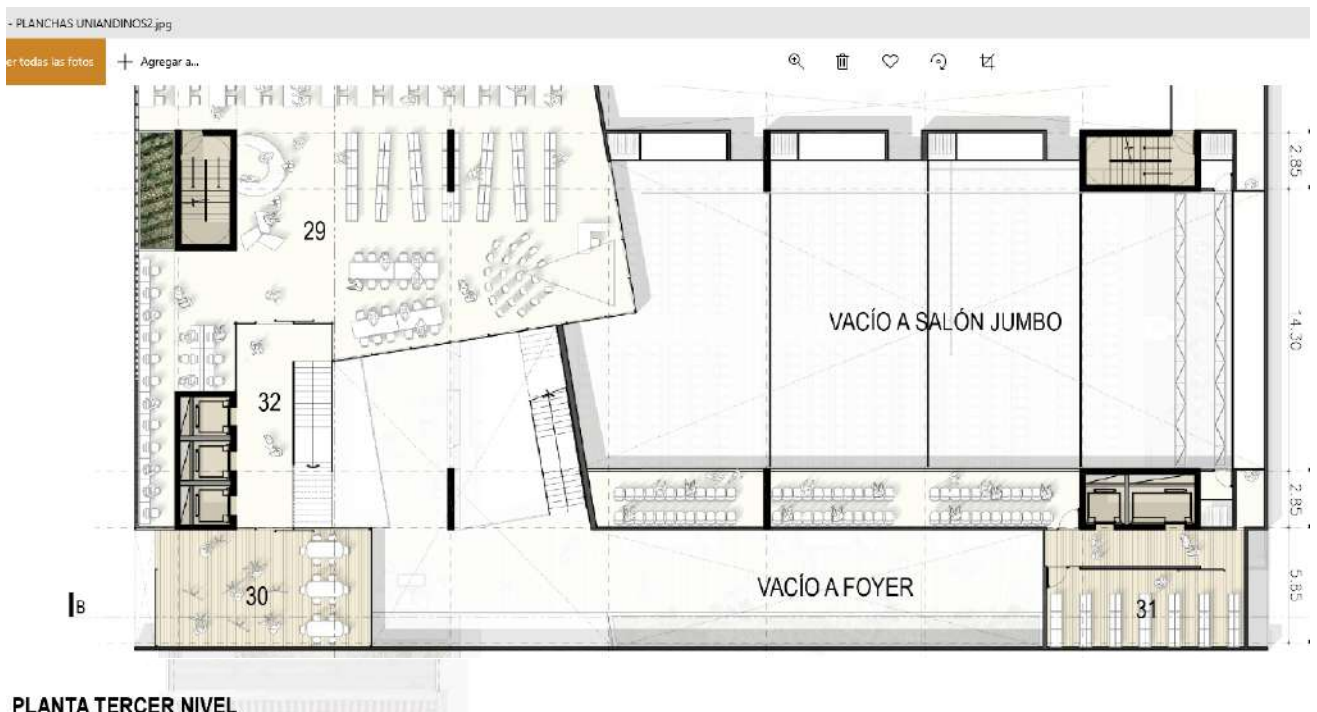


Ilustración 3 Planta Denominada Piso 3.

Ubicación ilustración 2y3: : Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos2

En los anteriores planos, se evidencia que en el piso denominado planta 2, se encuentran espacios destinados para baños, panaderías, utilerías, corredores, locales comerciales y el corredor, por su parte, la planta tercera, se encuentra el Salón Jumbo – biblioteca, hemeroteca, sala de música, taller de artes y bodegas. Lo que quiere decir, que el 100% de las plantas de denominadas del segundo y tercero nivel están destinadas a usos comerciales y complementarios.



Ilustración 4. Planta Denominada Piso 4.



Ilustración 5Planta Denominada Piso 4.

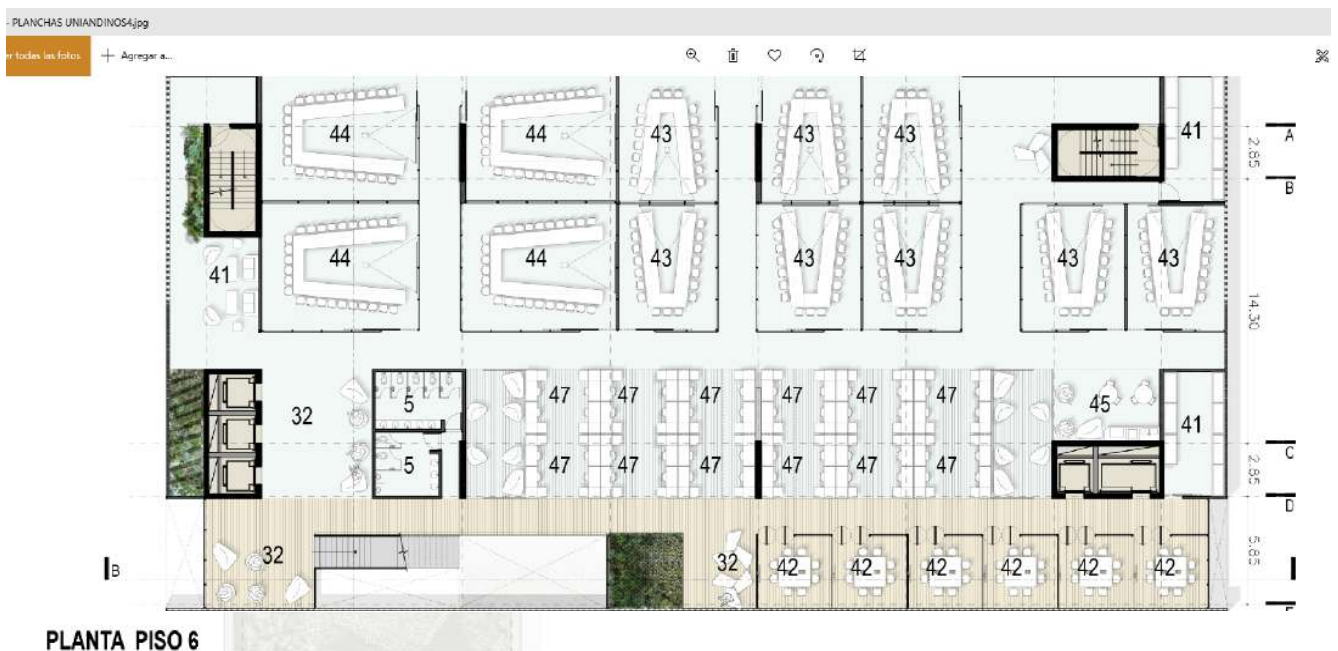


Ilustración 6Planta Denominada Piso 6.

Ubicación Ilustración 4-6: Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos4

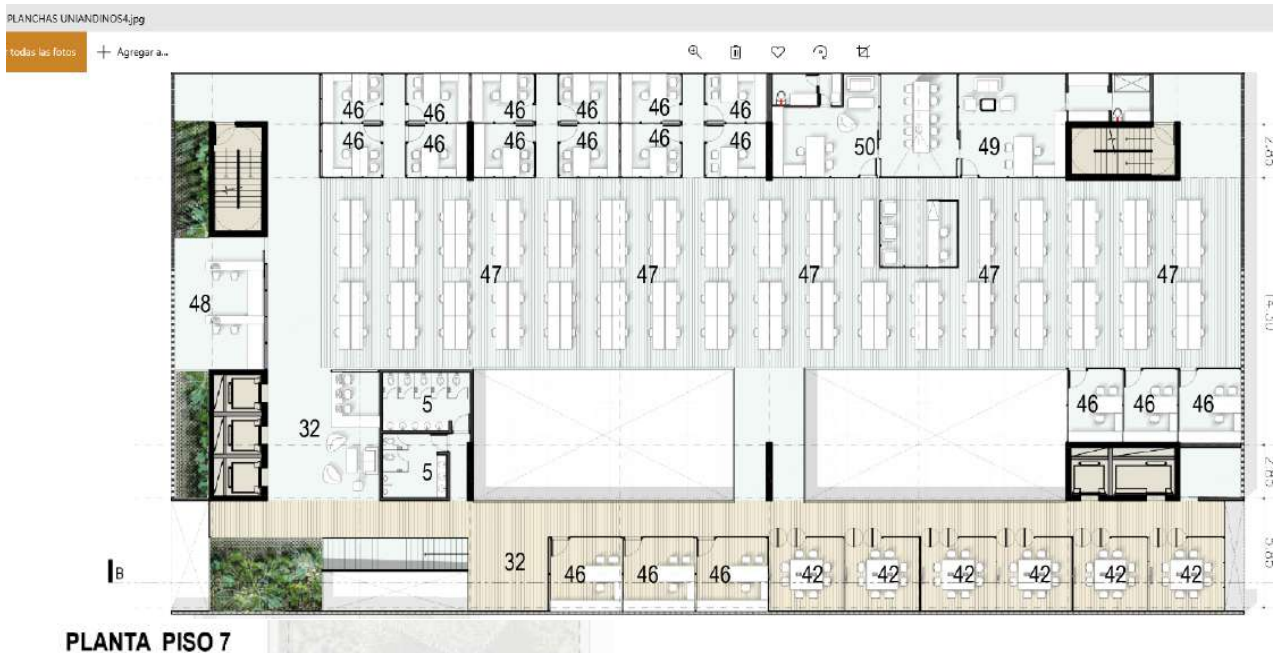


Ilustración 7. Planta Denominada Piso 7.

De las plantas denominadas piso 4, 5, 6 y 7 se encuentra espacios destinados para baños, depósitos, salones de juntas T1, T2 Y T3, cafetín, oficinas, Hall, centro de recursos tecnológicos, zona administrativa, espacios de estudios, lockes, presidencia, gerencia, teatrino y modulos privados. Lo que quiere decir, que el 100% de éstos pisos están destinados a usos comerciales y complementarios.



Ilustración 8Planta Denominada Piso 8.

Ubicación Ilustración 7y8: Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos2

En esta ilustración, podemos observar el denominado piso 8, donde gráficamente vemos la primera planta en la cual destinan un espacio a uso residencial, lo que en el listado se encuentra descrito como “apartaestudios para huéspedes”, no obstante, tal destinación no supera el 70% del uso destinado para este piso.



PLANTA PISO 9

Ilustración No9. Planta Denominada Piso 9.

Ubicación: Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos2

En ilustración No 9, podemos observar una fracción de espacio destinado a uso residencial, no obstante, tal destinación no supera el 70% del uso destinado para el piso número 9.

Por otro lado, Artículo 387 Núm. 2 indica que: “En predios mayores a 240 m²: Ocho pisos, con un índice de ocupación máximo de 0.70” y **Artículo 390**. Volumetría “Altura mínima entre placas de pisos: 2,20 metros” que el edificio no podía tener más de 17.6 metros, salvo lo indicado en El artículo 371 inciso J de la misma norma, en la cual nos indica que “si el predio hace cesión del área de antejardín como área de aprovechamiento urbano público es posible aumentar el índice de construcción y la altura hasta dos pisos más”.

Es decir, que los arquitectos se debían regir a las restricciones urbanas y sus proyectos no podrían superar los 8 pisos de altura permitida tal situación podría cambiar cuando en el diseño se cediera una parte del antejardín, por lo cual podría aumentar dos pisos más siempre y cuando se cumpla dicha situación, es decir, que podría existir diseños diez pisos sin que afecte la normatividad, sin embargo, en el primer puesto podemos observar lo siguiente:

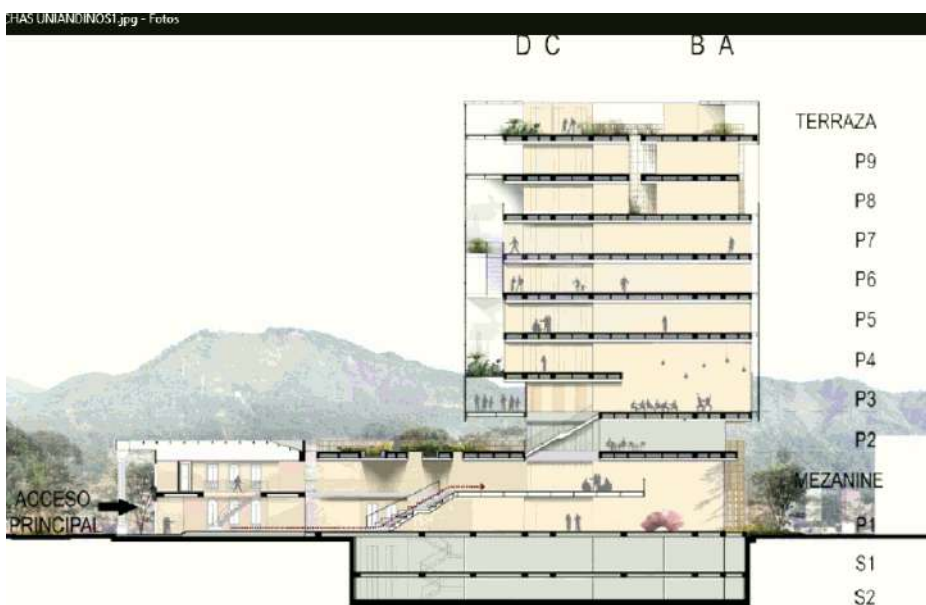


Ilustración 10

Ubicación: Cd Contestación de la demanda. Ruta: .8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Primer puesto código BN4\PLANCHAS JPG\PlanchasUniandinos1

Todos los participantes debían cumplir con el decreto 190 de 2004 que, regula el cumplimiento de la volumetría, es decir, si la norma urbana permitía solamente elevar una construcción de 8 pisos más 2 pisos más cumpliendo unas excepciones y condiciones, no podía considerarse como viable un diseño en el que se tiene 11 pisos, así se camuflen como terraza cubierta, porque este concepto, urbanísticamente hablando, es un piso más.

Diseño arquitectónico del segundo puesto:

- 5.1 ÁREAS ACADÉMICAS5.1A Salón para Video-Conferencias5.1B Sala de proyecciones-Teatrino5.1C Salón Jumbo5.1D Oficinas Modulares5.2G Oratorio ecuménico5.2H Emisora Uniandina5.3 ÁREAS RECREATIVAS5.3A Gimnasio, Zonas Húmedas, SPA, baños y lockers5.4k Apartaestudios para huéspedes5.4L Parquaderos-Vehículos5.4M Parquadero Bicicletas5.5 ÁREAS ADMINISTRATIVAS5.5A Capítulos
- 5.1E Biblioteca -Hemeroteca- Sala de música5.1F Sala de Juntas T15.1G Sala de Juntas T25.1H Sala de Juntas T35.3B Juegos Electrónicos5.3C Jaula de Golf / P. Green5.3D Squash-Raquet ball5.3E Salón de pilates5.3F Yoga5.3G Sala de juegos5.5B CSA5.5C CSA Contact Center5.5D Dirección de Servicio5.5E Desarrollo Profesional5.5F Comunicaciones5.5G Unidad Administrativa
- 5.1J Espacio para Educación Continuada5.2 ÁREAS CULTURALES5.2A Sala de Conciertos5.2B Espacios Exposiciones Temporales5.4 ÁREAS SERVICIOS COMPLEMENTARIOS5.4A Bar-Pub5.4B Comedor principal5.4C Cocina principal y servicios anexos5.4D Lockers y baños empleados5.5H Desarrollo Organizacional5.5I Presidencia5.5J Gerencia5.5K Dirección Comercial5.5L Alianza Social5.5M Galería, Cultura y Espacio alterno
- 5.2C Galería de Arte-Espacio alterno5.2D Salón de Danzas5.2E Centro de Recursos Tecnológicos5.2F Terraza de Observación Astronómica5.4E Locales comerciales5.4F Bodegas y Depósitos5.4G Cuartos fríos5.4H Cocinas Auxiliares5.4I Consultorio Médico5.5N Tesorería y Cartera5.5O Relaciones con la Universidad5.5P Sede Nacional5.5Q Informática5.5R Contabilidad

Cuadro No 3. Listado de Espacios. Proyecto WF1- Segundo puesto.
Ubicación Cd de la demanda\ 8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS\Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2

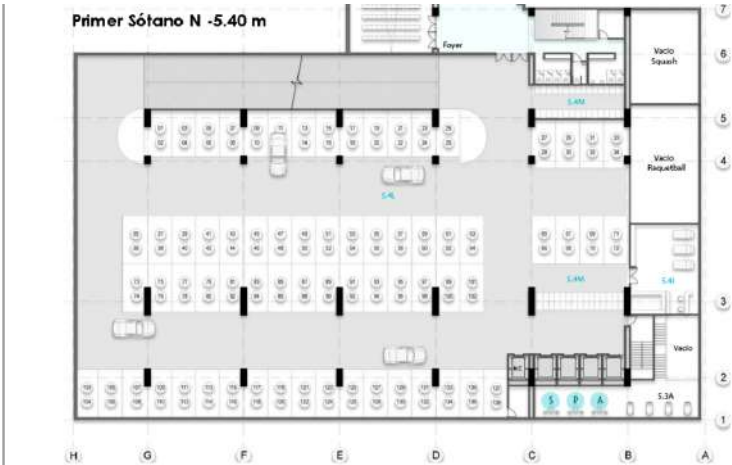


Ilustración 11.Primer sótano.
Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2



Ilustración 12.Segundo sótano.
Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2
Zonas destinadas a parquaderos.

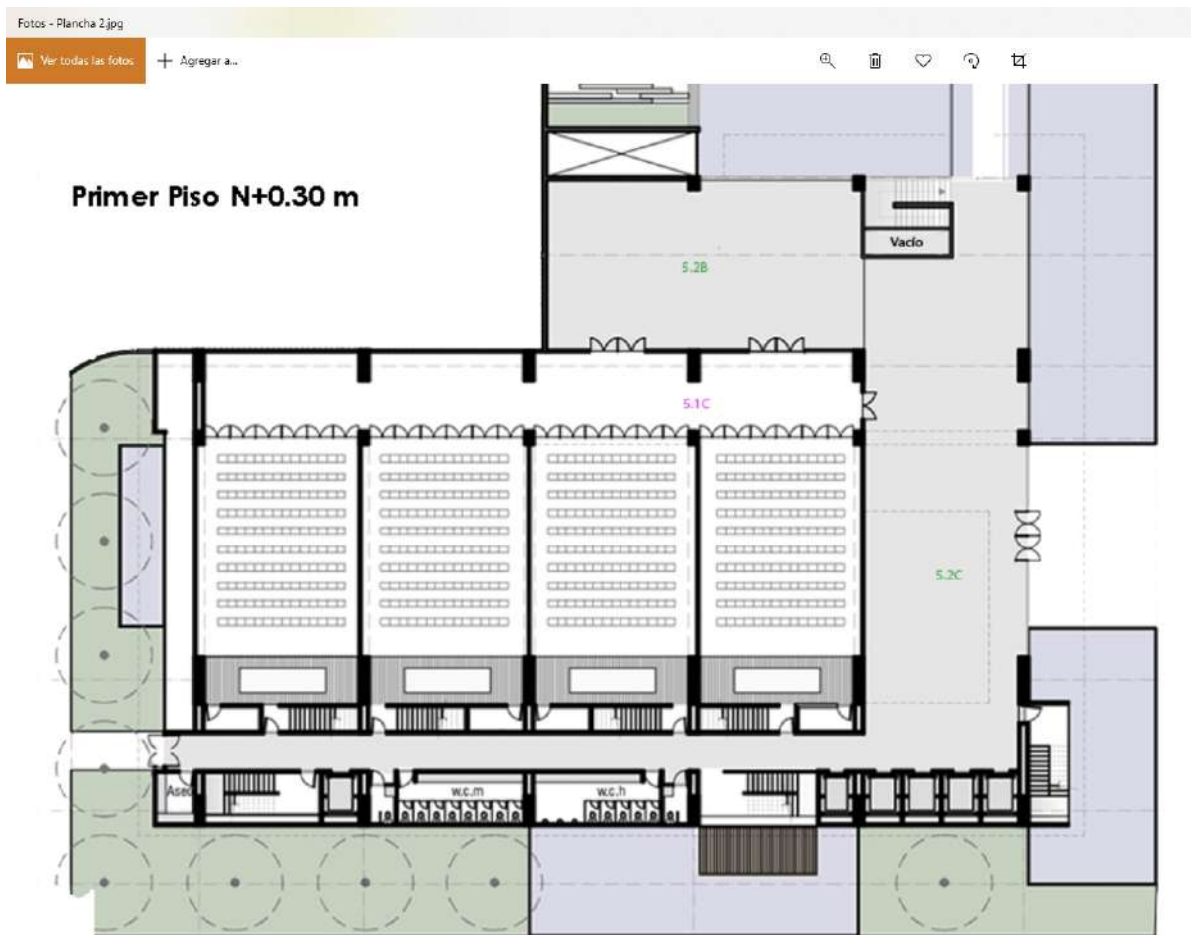


Ilustración 13. Primer piso.

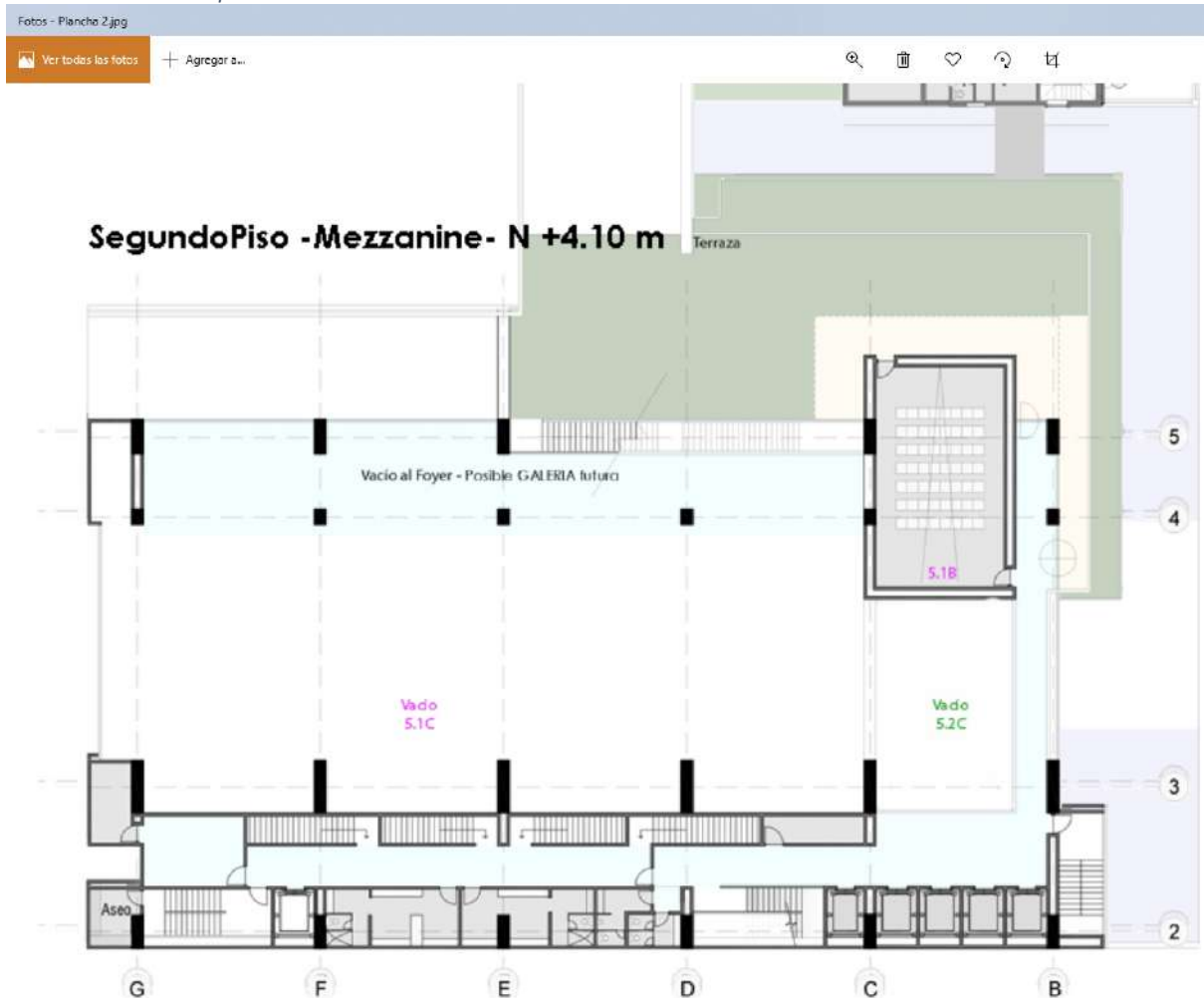


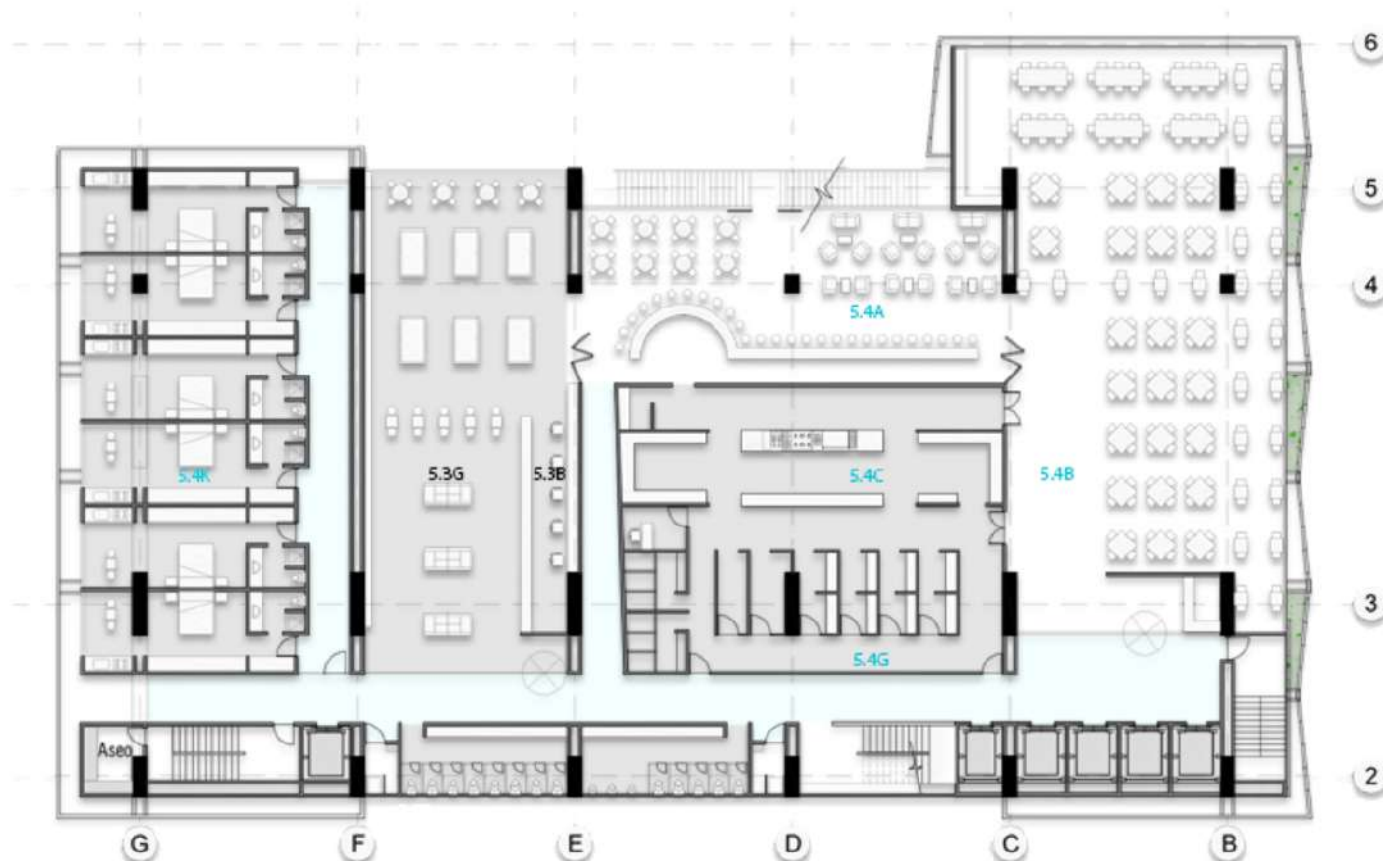
Ilustración 14 piso 2 - Mezzanine.

Ilustración 13 y 14: Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2

En estos dos primeros pisos podemos observar espacios con destinación para galerías de arte, el salón de eventos- salón Jumbo, Teatrino y espacios de

exposiciones temporales. Es decir, que el 100% de estas plantas están destinadas a usos Institucionales.

Tercer Piso N+7.90 m



Cuarto Piso N+11.70 m



Ilustración 15. pisos 3 y 4 Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2

En estas planchas, se encuentran los denominados pisos 3 y 4, en la cual destinan un espacio de estos pisos a uso residencial, lo que en el listado se encuentra descrito como “apartaestudios para huéspedes”. Paradójicamente también observamos en estos pisos un bar, sala de juegos electrónicos, biblioteca, contact center y algunos servicios administrativos. El uso residencial y complementario no

supera el 70% del uso destinado para este piso, pues nótese que la destinación de vivienda no se encuentra diseñado en la totalidad del tercer piso ni tampoco del piso cuarto.

Quinto Piso N+15.50 m



Ilustración 16 Piso 5.

Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2

En esta ilustración, podemos observar nuevamente un uso residencial destinado para el piso quinto del diseño, sin embargo, el uso residencial y complementario no supera el 70% del uso destinado para este piso, pues nótese que la destinación de vivienda no se encuentra diseñado en la totalidad de este nivel, incluso, tenemos destinación para salas de música, emisora, hemeroteca y algunos usos administrativos.

Sexto Piso N+19.30 m

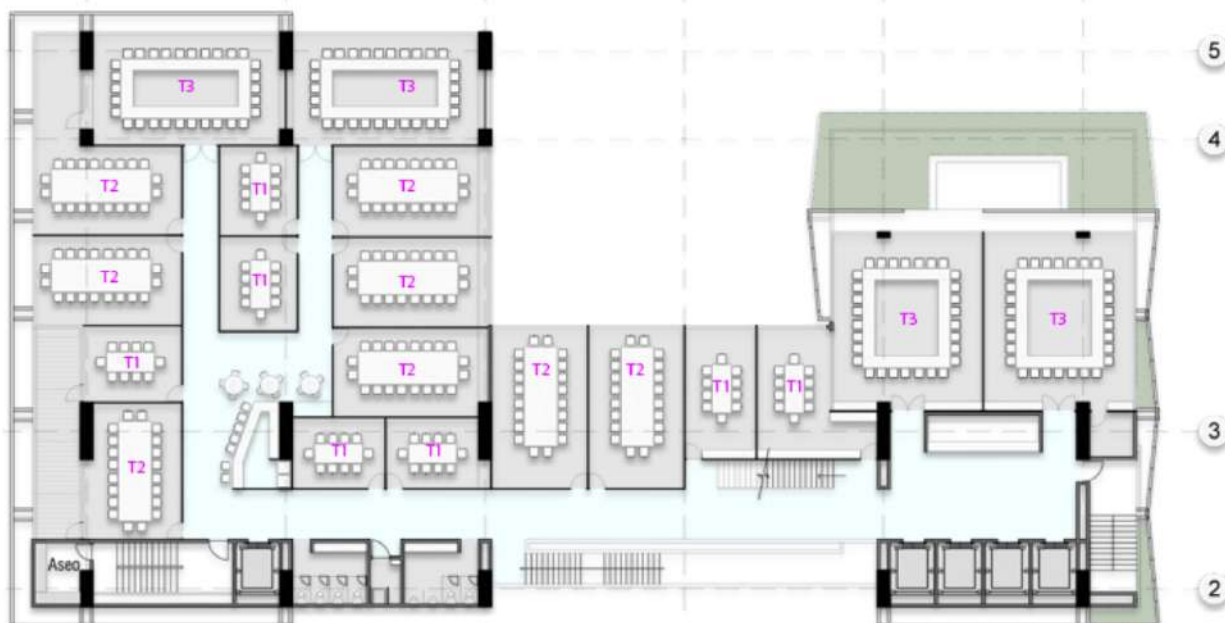


Ilustración 17 piso 6

Ubicación.8. PLANCHAS PROPUESTAS GANADORAS \Segundo puesto código WF1\planchas JPEG\Plancha2

En el piso sexto, podemos encontrar diseños destinados para un club House, salón de música / biblioteca, alianza social, cinco usos administrativos y tan sólo dos apartaestudios, de lo cual extraemos que ni 20% de este piso esta destinado a uso residencial.

Septimo Piso N+23.10 m



Octavo Piso N+26.90 m

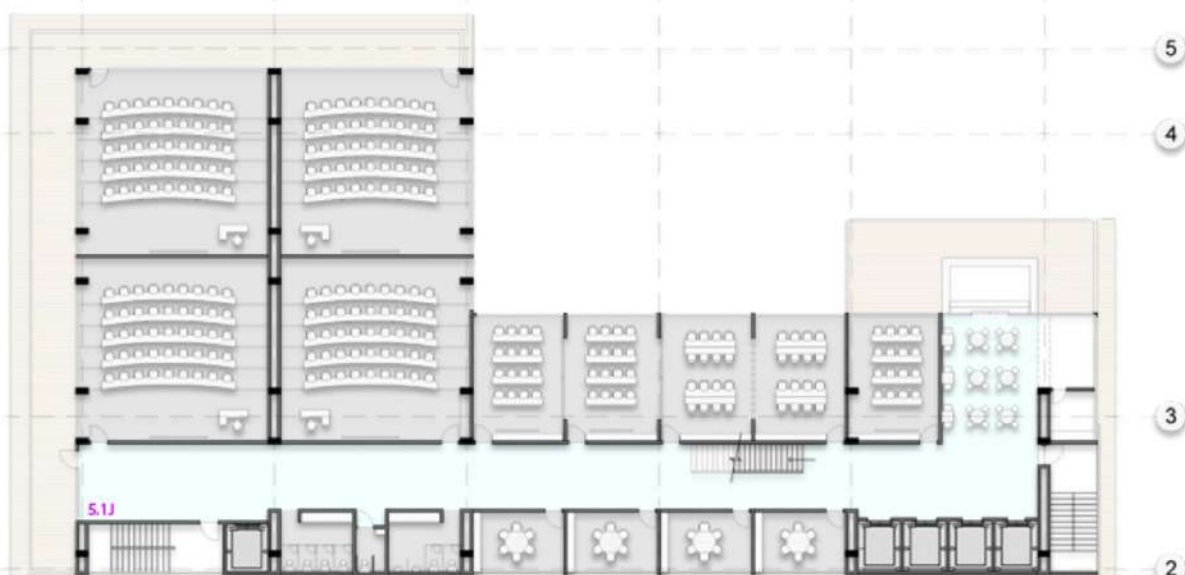
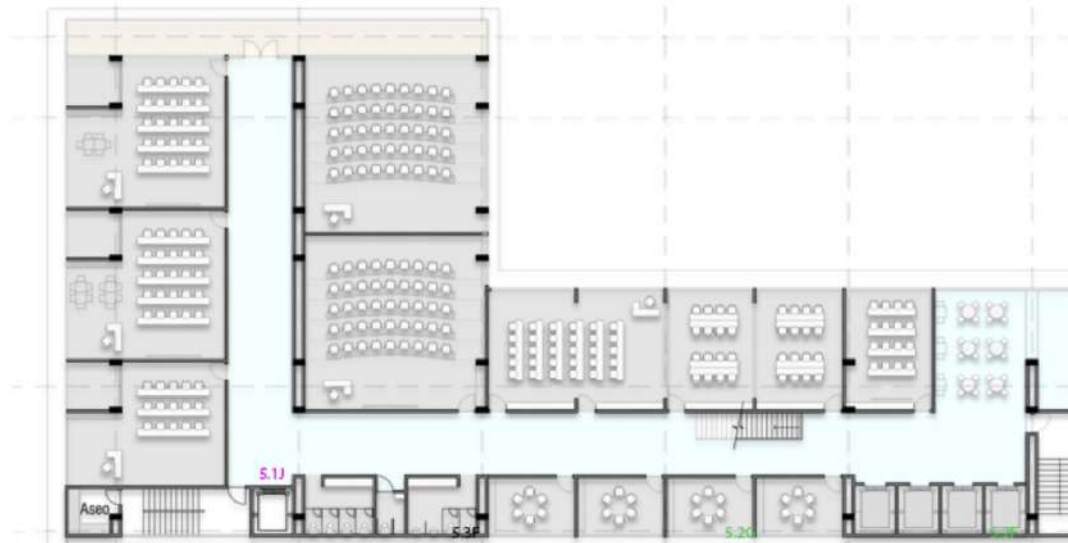


Ilustración 18 Piso 7, 8 y 9.

Noveno Piso N+30.70 m



En estas ilustraciones, podemos observar tres pisos en los cuales se destinó su totalidad a usos o espacios educativos.

Cubierta Superior N+34.50 m



A su vez, el numeral 4.4.4. de las bases se refiere a los usos del suelo permitidos en el predio, siendo este, otro de los requisitos sustanciales del anteproyecto:

“Uso principal: Dotacional – Equipamiento Colectivo – de tipo Educación no Formal según lo dispuesto en el Decreto 090 de 2003, así: Los lotes del Polígono 1, pertenecen a la UPZ 97 de EL REFUGIO / CHICO - EL LAGO.

“Uso principal: Residencial con Zonas Delimitadas de Comercio y Servicios. Según lo dispuesto en la UPZ 88 de EL REFUGIO / CHICO - EL LAGO, así: ... “Los lotes del Polígono 2, pertenecen a la UPZ 88 de EL REFUGIO / CHICO - EL LAGO la cual contempla el Uso habitacional para esta sección del ENGLOBE.”

Lo anterior quiere decir que los organizadores del concurso dejaron claro que en el lote del predio de la casa Uniandinos (Polígono 1) debía dejarse todo lo relacionado con espacios académicos, lúdicos, culturales y administrativos; para dejar el uso residencial en el polígono 2, porque este no aceptaba otros usos diferentes al residencial y complementarios a la actividad habitacional. Esto no lo cumplieron los proyectos calificados en los puestos 1 y 2, incumpliendo así, no solo la norma urbana sino las propias bases del concurso.

Mi representado, no pretende el premio otorgado a los concursantes que ocuparon el primer o segundo premio, sin embargo, es claro que este tipo de actuaciones, que burlan la buena fe de los particulares, deben ser objeto de una sanción, con la consecuente indemnización de perjuicios. En el proceso no se exigió una sanción diferente al pago de los valores correspondientes al tiempo y al trabajo realizado por el demandante en un concurso al que fue invitado para luego ser engañado, dicha suma de dinero pretendida no es caprichosa, si no por el contrario fue tasada por el mismo legislador en el decreto 2090 de 1989.

El trabajo del señor Antolín, dispendioso por la complejidad del concurso y en su compromiso por realizar un diseño que cumpliera con las bases y la normatividad urbana diseñó el siguiente anteproyecto.

Todos aquellos diseños que no se adaptaran, debían ser rechazados pues así lo plantea el anexo 6 de las causales de descalificación del concurso que dice: que serán desclasificados los “Cuando la propuesta incumpla algunas de las disposiciones establecidas en las Bases del Concurso de tal forma que de dicho incumplimiento se obtenga ventaja o provecho con relación a los demás Anteproyectos”

El principal defecto consistió en el incumplimiento del porcentaje mínimo de destinación del predio para uso residencial, pues incluyeron en esos espacios usos comerciales en porcentajes no permitidos. Adicionalmente, uno de ellos superó la altura máxima permitida.

Eso fue lo que ocurrió en el caso que nos ocupa. Mientras que unos concursantes, entre los que estaba el Sr. Antolín España, tuvieron que sacrificar la estética, armonía y funcionalidad de su anteproyecto para cumplir con un requisito del concurso; otros NO tuvieron en cuenta éste, y se dedicaron a que su presentación fuera la más agradable a los ojos y no a las normas del concurso.

El proyecto del señor Antolín España, reconocido en el mundo de los concursos arquitectónicos, presentó una propuesta viable, pues su diseño se limitó al número máximo de pisos permitido, un número total de 10 pisos, en el que se encuentran dos pisos no habitables.



Ilustración 20- Pisos Ilustración 20 Ubicación: CD Demanda “PLANCHAS 2-Model-00B”

Así mismo se puede observar en los anexos digitales presentados con la demanda que el diseño de mi representado, cumplió con los usos permitidos, pues veamos que cuenta con más del 70% de uso residencial distribuido entre los pisos 4,5, 6 y 7 sobre la carrera 17, es decir, cumple con las normas urbanísticas vigentes para el predio objeto de remodelación.

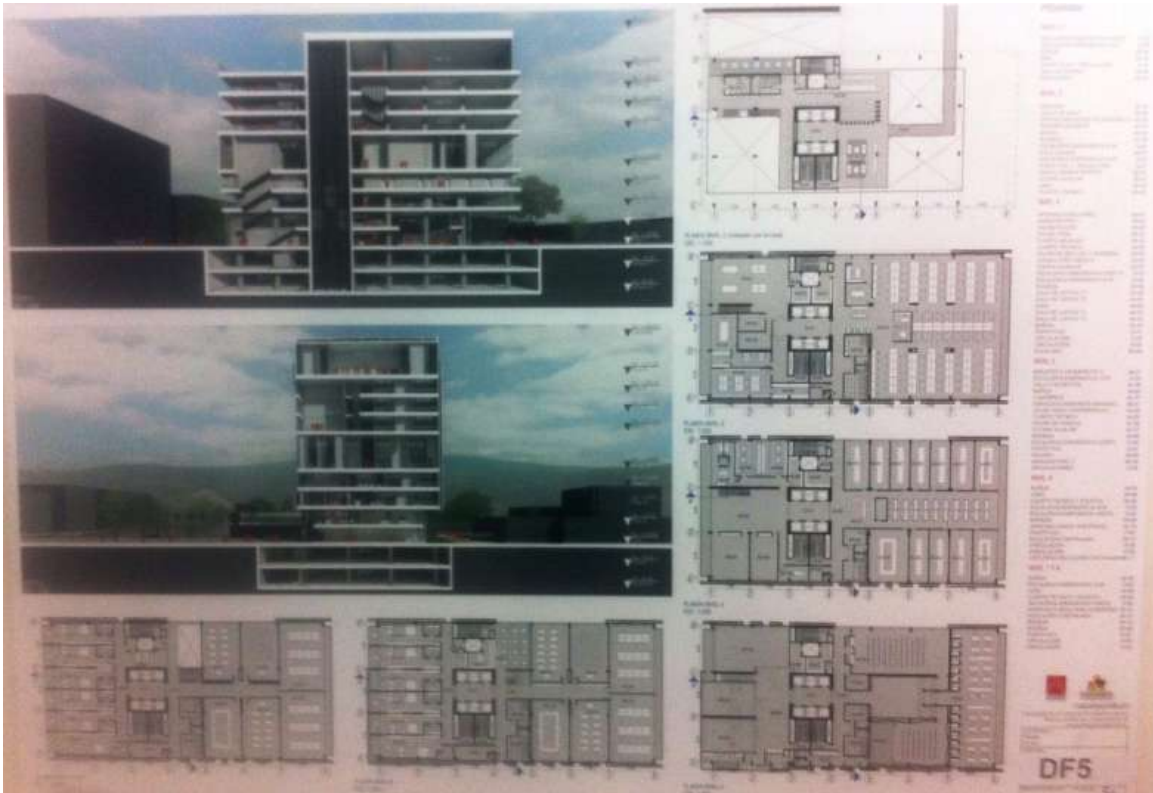


Figure 1 Ilustración 21 Ilustración 20- Pisos Ilustración 20 Ubicación: CD Demanda "Imagen 035"

El perjuicio no consiste, evidentemente, en reclamar el predio del primero, segundo, o tercer puesto. Esto sería absurdo y jamás se ha pedido en el proceso. El perjuicio es el equivalente al tiempo y demás recursos que invirtió el demandante para tratar de cumplir con las exigencias del concurso. Basta revisar con cuidado las bases del mismo para entender que no era fácil cumplir con todas las exigencias, y aterrizar la norma urbana para comprobar que este era el mayor reto. Sin esta limitante, seguro los concursantes hubieran presentado propuestas mucho más agradables, pero que no podían materializarse, como en este caso pasó.

El cálculo del perjuicio se basa en una norma muy clara, que determina el valor que tiene un anteproyecto en el mercado colombiano. Y es El Decreto 2090 de 1989, en su numeral 1.2.3. que se refiere a los honorarios de los anteproyectos así: "1.2.3. Honorario del anteproyecto, será el 15% del valor que se calcule como honorario del proyecto arquitectónico." Entendiendo que el monto del proyecto arquitectónico del contrato a adjudicar era de \$921'200.000, el 15% equivaldrá a \$138'180.000.

De mantenerse el fallo dictado tendríamos que los concursos privados no deben acogerse al derecho fundamental de la igualdad, la buena fe, el principio de la confianza legítima, Esto, llevado al ámbito jurídico general, llevaría a que cualquier persona pueda convocar a concursos, con unas normas y reglamentos, para que luego que los concursantes se acogieran a ellos, cambien las bases del concurso y escojan a dedo al ganador que ellos quieran o el proyecto que visiblemente fuera más bonito dejando a un lado la norma urbana, a sabiendas de que existe una facilidad legal para burlar lo pactado.

Ésta misma discusión se resuelve poniéndose en el lugar de los concursantes, que, si desde un principio se les indicara a los arquitectos que pueden distribuir los espacios y usos del inmueble como quieran, evidentemente, cada uno lo va a hacer de tal manera que su diseño privilegie lo estético, sin sacrificar este aspecto, pero

si al arquitecto se le impone adaptar el diseño a una restricción, evidentemente, va a tener que sacrificar lo estético para ceñirse a las disposiciones del concurso.

En el concurso se dio una oferta concreta porque estaban las partes en la libertad para hacerlo, debe tener en cuenta el despacho que los participantes, al tener claras las reglas del concurso, se obligan a cumplirlas, dentro de estas reglas, sin duda alguna, se encuentran las relacionadas con el deber de adaptar el anteproyecto a la norma urbana vigente, así debió entenderlo el Despacho, de forma clara y contundente, pues no se puede salvaguardar el ilegal derecho de quien, a sabiendas, cambió de parecer y desconoció las bases del concurso y la norma urbana.

En los anteriores términos se exponen los reproches a la sentencia, que se tramitaron vía apelación, recurso que será sustentado ante el superior jerárquico.

Cordialmente,



WILSON GÓMEZ HIGUERA

T.P. No. 115.907 del C. S. de la J.

C. de C. No. 79.950.684 de Bogotá.

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR - SALA CIVIL

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C

EN SU DESPACHO

**SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION
FRENTE A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Proceso: Declarativa de Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva

Demandante: Pedro Bernardo Herrera

Demandado: Álvaro Ovalle Rodríguez

Radicado: 022 2021 00064 00

JUAN CARLOS BRAVO MOLINA con C.C. 1.032.368.511. de Bogotá y T.P. 233172 del Consejo Superior de la Judicatura mediante el presente escrito y estando dentro término legal, presento la sustentación del recurso de apelación frente a la Sentencia proferida por el **Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá el día 15 de Septiembre del 2023.**

De forma puntual, la sustentación del recurso de apelación contra la Sentencia, se circunscribe a los siguientes reparos concretos.

La sentencia de primera instancia.

Proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, el 15 de Septiembre de 2023, niega las súplicas, al encontrar que el término de posesión, contado desde la celebración del contrato de compra venta de bien inmueble, el día 10 de Febrero del 2005, entre el señor PEDRO BERNARDO HERRERA, y JAVIER GONZALEZ JIMENEZ al Sr ALVARO OVALLE RODRIGUE, no cumplía a total satisfacción de este despacho el termino ininterrumpido de posesión absoluta sobre el inmueble

Y a pesar de demostrarse que el inmueble ha estado en ininterrumpido arriendo la mayor parte de tiempo desde su adquisición desde el año 2005, el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá a su turno se ocupó de desestimar nuestras pretensiones a la ausencia del segundo comprador y socio del Demandante, es decir el señor JAVIER GONZALEZ JIMENEZ,

Sin embargo en audiencia se le manifestó a el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogota que a pesar de no suscribirse la firma del señor GONZALEZ JIMENEZ en el contrato de compra venta del bien inmueble , si figura como comprador, y además figura como arrendador en uno de los contratos del inmueble.

El demandante PEDRO BERNARDO HERRERA en audiencia explicaba que el señor JAVIER GONZALEZ JIMENEZ, ha sido su socio de negocios por más de 20 años, a la fecha, tienen el gusto y privilegio de haber constituido una gran empresa encargada de la fabricación de todo tipo de (Tejas) denominada en el comercio como MAXTECH, Ubicada actualmente en Carrera 77J N° 65A-23 Sur, Bosa, La Estación, Bogotá, Colombia.

El demandante PEDRO BERNARDO HERRERA, ha obrado de manera clara y sensata con su socio JAVIER GONZALEZ JIMENEZ, que, a pesar de no haberse constituido como demandante en este proceso, no quiere decir, que lo quiera excluir de su derecho real y patrimonial, y para demostrar lo anterior el Sr JAVIER GONZALEZ JIMENEZ nos aporta una declaración, en la que ratifica su confianza y representación en los negocios económicos al Sr PEDRO BERNARDO HERRERA, y mas aun declara su voluntad expresa en ser representado por el Demandante incluso en la suscripción de los contratos de arrendamiento del inmueble de propiedad de ambos.

De otro lado Honorables Secretarios y Magistrados, a la luz de la verdad el Demandado ALVARO OVALLE RODRIGUEZ es consiente del negocio que se celebró y desde el principio de la existencia de este proceso, no quiso oponerse a las pretensiones y tampoco quiso actuar y contestar la demanda, a tal punto que el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, le nombro Curador Ad Litem.

Sin embargo, el Sr ALVARO OVALLE RODRIGUEZ, al ver la contradicción del Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, ya que se le había presentado todos los requisitos en orden de forma procesal y sustancial, para llevar a cabo y a feliz término la Pertenencia del Inmueble, y al desestimar nuestras pretensiones, el Sr OVALLE RODRIGUEZ, nos aporta una Declaratoria al Allanamiento de todas y cada una de las pretensiones conjuradas en la demanda que subyace en su contra, y además ratifica el negocio jurídico de Contrato de compra venta de bien inmueble el 10 de febrero del año 2005 a los señores, Demandante PEDRO BERNARDO HERRERA, y a su socio JAVIER GONZALEZ JIMENEZ

VALORACION DE PRUEBAS

1. **ALLANAMIENTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL** por parte del **DEMANDADO ALVARO OVALLE RODRIGUEZ**.
2. **DECLARACION EXTRAPROCESAL** del **Sr. JAVIER GONZALEZ JIMENEZ**, en la que describe la representación que le otorgo al Demandante **PEDRO BERNARDO HERRERA**, para lleva a cabo la administración del bien inmueble objeto del litigio, y la suscripción de los contratos de arrendamientos del inmueble y el proceso jurídico encaminado a obtener la titulación del inmueble.

Fuente Formal:

Artículos 771, 772, 773 y 774 del Código Civil.

Artículo 764 del Código Civil.

Artículo 2531 del Código Civil.

Artículo 5º de la Ley 791 de 2002.

Línea Jurisprudencial

S.T – 095 – 2011

S.T – 309 – 2011

S.T – 565 – 2016

S.T – 356 – 2018

PETICION ESPECIAL

Solicito de manera muy respetuosamente, se sirvan revocar la sentencia oral proferida en audiencia pública el día 15 de septiembre de 2023 en el asunto en referencia, y en su lugar, aprobar las pretensiones de la demanda.

De la anterior manera y de forma siempre respetuosa dejo oportunamente presentada la sustentación al recurso de apelación contra la sentencia proferida en este proceso. Con todo respecto,

ATTE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Juan Carlos Bravo Molina', with a horizontal line underneath.

JUAN CARLOS BRAVO MOLINA
C.C. 1032,368. 511.DE BOGOTA FIRMA
T.P. 233172 del C.S.J
Email: juanbravo2012@hotmail.es
Juanc.bravo@urosario.edu.co
[Cel 318 316 0560](tel:3183160560)

SEÑORES

TRIBUNAL SUPERIOR - SALA CIVIL

DISTRITO JUDICIAL DE BOGOTÁ D.C

EN SU DESPACHO

**SUSTENTACIÓN RECURSO DE APELACION
FRENTA A LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA**

Proceso: Declarativa de Pertenencia por Prescripción Extraordinaria Adquisitiva

Demandante: Pedro Bernardo Herrera

Demandado: Álvaro Ovalle Rodríguez

Radicado: 022 2021 00064 00

JUAN CARLOS BRAVO MOLINA con C.C. 1.032.368.511. de Bogotá y T.P. 233172 del Consejo Superior de la Judicatura mediante el presente escrito y estando dentro término legal, presento la sustentación del recurso de apelación frente a la Sentencia proferida por el **Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá el día 15 de Septiembre del 2023.**

De forma puntual, la sustentación del recurso de apelación contra la Sentencia, se circunscribe a los siguientes reparos concretos.

La sentencia de primera instancia.

Proferida por el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, el 15 de Septiembre de 2023, niega las súplicas, al encontrar que el término de posesión, contado desde la celebración del contrato de compra venta de bien inmueble, el día 10 de Febrero del 2005, entre el señor PEDRO BERNARDO HERRERA, y JAVIER GONZALEZ JIMENEZ al Sr ALVARO OVALLE RODRIGUE, no cumplía a total satisfacción de este despacho el termino ininterrumpido de posesión absoluta sobre el inmueble

Y a pesar de demostrarse que el inmueble ha estado en ininterrumpido arriendo la mayor parte de tiempo desde su adquisición desde el año 2005, el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá a su turno se ocupó de desestimar nuestras pretensiones a la ausencia del segundo comprador y socio del Demandante, es decir el señor JAVIER GONZALEZ JIMENEZ,

Sin embargo en audiencia se le manifestó a el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogota que a pesar de no suscribirse la firma del señor GONZALEZ JIMENEZ en el contrato de compra venta del bien inmueble , si figura como comprador, y además figura como arrendador en uno de los contratos del inmueble.

El demandante PEDRO BERNARDO HERRERA en audiencia explicaba que el señor JAVIER GONZALEZ JIMENEZ, ha sido su socio de negocios por más de 20 años, a la fecha, tienen el gusto y privilegio de haber constituido una gran empresa encargada de la fabricación de todo tipo de (Tejas) denominada en el comercio como MAXTECH, Ubicada actualmente en Carrera 77J N° 65A-23 Sur, Bosa, La Estación, Bogotá, Colombia.

El demandante PEDRO BERNARDO HERRERA, ha obrado de manera clara y sensata con su socio JAVIER GONZALEZ JIMENEZ, que, a pesar de no haberse constituido como demandante en este proceso, no quiere decir, que lo quiera excluir de su derecho real y patrimonial, y para demostrar lo anterior el Sr JAVIER GONZALEZ JIMENEZ nos aporta una declaración, en la que ratifica su confianza y representación en los negocios económicos al Sr PEDRO BERNARDO HERRERA, y mas aun declara su voluntad expresa en ser representado por el Demandante incluso en la suscripción de los contratos de arrendamiento del inmueble de propiedad de ambos.

De otro lado Honorables Secretarios y Magistrados, a la luz de la verdad el Demandado ALVARO OVALLE RODRIGUEZ es consiente del negocio que se celebró y desde el principio de la existencia de este proceso, no quiso oponerse a las pretensiones y tampoco quiso actuar y contestar la demanda, a tal punto que el Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, le nombro Curador Ad Litem.

Sin embargo, el Sr ALVARO OVALLE RODRIGUEZ, al ver la contradicción del Juzgado 22 Civil del Circuito de Bogotá, ya que se le había presentado todos los requisitos en orden de forma procesal y sustancial, para llevar a cabo y a feliz término la Pertenencia del Inmueble, y al desestimar nuestras pretensiones, el Sr OVALLE RODRIGUEZ, nos aporta una Declaratoria al Allanamiento de todas y cada una de las pretensiones conjuradas en la demanda que subyace en su contra, y además ratifica el negocio jurídico de Contrato de compra venta de bien inmueble el 10 de febrero del año 2005 a los señores, Demandante PEDRO BERNARDO HERRERA, y a su socio JAVIER GONZALEZ JIMENEZ

VALORACION DE PRUEBAS

1. **ALLANAMIENTO A LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL** por parte del **DEMANDADO ALVARO OVALLE RODRIGUEZ**.
2. **DECLARACION EXTRAPROCESAL** del **Sr. JAVIER GONZALEZ JIMENEZ**, en la que describe la representación que le otorgo al Demandante **PEDRO BERNARDO HERRERA**, para lleva a cabo la administración del bien inmueble objeto del litigio, y la suscripción de los contratos de arrendamientos del inmueble y el proceso jurídico encaminado a obtener la titulación del inmueble.

Fuente Formal:

Artículos 771, 772, 773 y 774 del Código Civil.

Artículo 764 del Código Civil.

Artículo 2531 del Código Civil.

Artículo 5º de la Ley 791 de 2002.

Línea Jurisprudencial

S.T – 095 – 2011

S.T – 309 – 2011

S.T – 565 – 2016

S.T – 356 – 2018

PETICION ESPECIAL

Solicito de manera muy respetuosamente, se sirvan revocar la sentencia oral proferida en audiencia pública el día 15 de septiembre de 2023 en el asunto en referencia, y en su lugar, aprobar las pretensiones de la demanda.

De la anterior manera y de forma siempre respetuosa dejo oportunamente presentada la sustentación al recurso de apelación contra la sentencia proferida en este proceso. Con todo respecto,

ATTE

A handwritten signature in blue ink, appearing to read 'Juan Carlos Bravo Molina', with a horizontal line underneath.

JUAN CARLOS BRAVO MOLINA
C.C. 1032,368. 511.DE BOGOTA FIRMA
T.P. 233172 del C.S.J
Email: juanbravo2012@hotmail.es
Juanc.bravo@urosario.edu.co
[Cel 318 316 0560](tel:3183160560)