

Magistrado Ponente: Marcos Román Guío Fonseca
Número de Radicación: 13001310300420090032202
Tipo de Decisión: Confirma sentencia
Fecha de la Decisión: 21 de julio de 2022.
Clase y/o subclase de proceso: Verbal- Responsabilidad Civil Contractual

RESPONSABILIDAD CIVIL EN MATERIA CONTRACTUAL/Proveniente de una relación negocial válidamente celebrada.

RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL/INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS/ El contratante cumplido debe acreditar: i) el incumplimiento de una obligación preexistente ii) el daño o perjuicio sufrido por el acreedor. iii) un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general la culpa, iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, v) la mora del deudor, ya que en los términos del artículo 1615 del Código Civil “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”. (CSJ, Sal. Cas. Civil. Sent. 3 de agosto de 2012, 1100131030092003-00526-01, Fernando Giraldo Gutiérrez).

AGENCIA COMERCIAL/Definición y características.

CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN / Definición y características

FRANQUICIA/ Definición y características.

FUENTE FORMAL/Artículo 1317 del Código de Comercio

FUENTE JURISPRUDENCIAL/ SC3645-2019, Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-0; SC1121-2018, Radicación: 05001-31-03-016-2007-00128-01; CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297); SC3645-2019, Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01, SC3712-2021; SC3645-2019 Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01.

**TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA CIVIL - FAMILIA**

**Magistrado Sustanciador
MARCOS ROMÁN GUÍO FONSECA**

Apelación de Sentencia
Proceso: Verbal- Responsabilidad Civil Contractual
Demandante: Cocell Ltda.
Demandado: Comcel S.A
Radicación Única: 13001310300420090032202

Cartagena de Indias D.C. y T., veintiuno (21) de julio de dos mil veintidós (2022). *(Proyecto discutido y aprobado en sesión no presencial de 19 de julio de 2022).*

Se entra a resolver el recurso de apelación formulado por la parte demandante contra la sentencia de 10 de marzo de 2022, proferida por el JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de responsabilidad civil contractual promovido por COCELL LTDA. contra COMCEL S.A.

I. ANTECEDENTES

1. COCELL LTDA., por conducto de apoderado judicial, promovió proceso de responsabilidad civil contractual contra COMCEL S.A., solicitando, se condene a la demandada a pagar la doceava parte del promedio de la comisión, asimismo, los perjuicios materiales y morales ocasionados a los socios de la empresa demandante.

Como soporte fáctico de las pretensiones, se compendia:

a) Que COCELL LTDA., suscribió contrato de agencia comercial o franquicia con COMCEL S.A, por el término de un año, en el cual, pactaron en la cláusula diecisiete la terminación anticipada del contrato de distribución.

b) La demandada le exigía de manera verbal que se invirtiera dinero para la apertura de nuevos puntos con el fin de incrementar las ventas, ya que no terminaría el contrato de distribución en un año, por lo que, procedió a invertir \$800.000.000oo, en establecimientos comerciales ubicados en puntos estratégicos de la ciudad, exigencias que estaban en el manual de procedimiento.

c) La sociedad demandada explotó comercialmente dichos locales y le pagaba comisión, ya que instaló puntos de recaudo en los establecimientos de comercio, estando los mismos bajo su supervisión.

d) En marzo de 2005, COMCEL S.A. le comunicó que no encontraba unas relaciones de dinero del C.P.S, que funcionaba en el local comercial y de propiedad de COMCEL S.A., para recaudar dineros de facturas del consumidor de planes, por lo que, procedió a presentar denuncia, sin embargo, los funcionarios de la sociedad demandada concurrieron a las oficinas, evacuando a los clientes y manifestando que negociarían con otro distribuidor.

e) El 19 de mayo de 2005, la demandada dio por terminado el contrato de centro de pagos y servicios, sin que, el mismo se haya suscrito por la demandante, además, le cerró el canal de venta sin haber concluido el contrato, lo que le originó pérdidas de \$500.000.000oo.

f) Ante lo anterior, le remitió comunicación a la parte demandada reprochando su actitud, pero solo le manifestaron las irregularidades en el centro de pagos y servicios, que no guardaba relación con el contrato de distribución.

g) Desde octubre de 2004, la demandada le adeuda por comisión la suma de \$150.000.000oo.

h) La empresa COMCEL S.A., por el tiempo que estuvo contratando, dejó de entregar los dineros por comisiones de los clientes equivalente a \$120.000.000.00, actos violatorios de los artículos 830 y 831 del Código de Comercio.

2. Una vez notificados, COMCEL S.A., a través de vocero judicial, se opuso a todas y cada una de las pretensiones, señalando, que entre las partes no se ha suscrito contrato de agencia comercial alguno, y que, por el contrario, la empresa demandante, es quien le ha ocasionado innumerables perjuicios.

Respecto a los hechos, señaló, ser cierto que entre COCELL LTDA. y CELCARIBE S.A., sociedad absorbida por COMCEL S.A., se suscribió y celebró contrato de franquicia, el cual fue liquidado y transado entre las partes, haciendo el mismo tránsito a cosa juzgada, por lo que, la sociedad demandante declaró paz y salvo de todo concepto a la demandada.

De igual forma, manifestó ser cierto que entre las partes se suscribió un contrato de distribución, acordando la posibilidad de una terminación anticipada de dicho contrato, sin que este sea igual a un contrato de franquicia o agencia comercial.

Por otra parte, señaló, no ser cierto que hubiese efectuado exigencias de inversión de dinero a la parte demandante, sin embargo, adujo que toda inversión que pudo haber realizado fue asumida de manera unilateral y para sus propios establecimientos de comercio.

Con relación a los puntos de recaudo, manifestó que CELCARIBE S.A., autorizó a la demandante a recibir en sus establecimientos los dineros que consignaban los usuarios, y a realizar su posterior traslado en los plazos acordados, sin embargo, la demandante incumplió sus obligaciones de distribuidor, por lo que, dio por terminado la autorización

para operar como centros de pagos y servicios, lo cual, estaba consagrado en la cláusula 7.8 del contrato de distribución.

Formuló las excepciones de mérito de: i) inexistencia de contrato de agencia comercial entre COCELL LTDA. y COMCEL S.A., ii) inexistencia de las obligaciones reclamadas, iii) ausencia de responsabilidad de COMCEL S.A., iv) inexistencia de daños y perjuicios imputables a COMCEL S.A, v) terminación del contrato de distribución con justa causa imputable a COCELL LTDA., vi) culpa exclusiva de COCELL LTDA., vii) pago y cobro de lo no debido, viii) compensación, ix) transacción, x) prescripción, xi) genérica.

3. Mediante auto de 7 de septiembre de 2009, el JUZGADO CUARTO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, admitió la cesión de derechos litigioso que hizo la representante legal de COCELL S.A. a German Vargas Jiménez del 40% de la demanda.

II. EL FALLO DE INSTANCIA

La juez de instancia negó las pretensiones demandadas, empezando por hacer alusión al contrato de agencia comercial y los elementos axiológicos que deben probarse para que pueda prosperar la pretensión en cabeza de la sociedad actora.

De conformidad con el material probatorio allegado al expediente, encontró acreditado que en el año 2002, CELCARIBE y COCELL suscribieron contrato de franquicia, siendo el mismo liquidado y transado entre las partes. De igual forma, que entre las partes en el 2003, celebraron un contrato de distribución, el cual subsistió una vez fue liquidado el contrato de franquicia.

En ese sentido, no encontró demostrado la existencia de un contrato de agencia comercial, lo que fue acompasado con las pruebas documentales y versión de la representante legal de la empresa

demandante OLGA CURE, quien señaló que entre las partes existía un contrato de distribución.

Seguidamente, abordó un análisis jurisprudencial de los elementos que conforman el contrato de agencia comercial, y la distinción de este último con el contrato de distribución, concluyendo que, para el caso, la parte demandante desempeñaba actividades propias del contrato de distribución, puesto que, COCELL le compraba a la demandada equipos y tarjetas prepago para luego revenderlas, fuera que COMCEL le dio autorización a COCELL para funcionar como punto de recaudo de pagos de servicios, lo que fue ratificado por LORENA CURE, coordinadora del centro de pagos y servicios de COCELL, no siendo estas actividades inherentes al contrato de agencias comerciales.

De otro lado, encontró demostrado que COMCEL otorgaba garantías que respaldaban las obligaciones de venta de productos y funcionamiento de recaudos de pago por parte de la demandante, y por el contrario, no evidenció en la foliatura que las partes hayan convenido las zonas prefijadas para el explotación comercial, lo que ratifica la existencia de un contrato de distribución, estando el mismo consignado en la cláusula cuarta de dicho contrato, excluyendo de forma expresa la denominación de cualquier otro negocio jurídico.

Aduce que en la redacción de las pretensiones de la demanda se presentaron defectos antitécnicos, ya que la parte demandante no solicitó la declaratoria de existencia de un contrato de agencia comercial, pero si elevó unas pretensiones que están ligadas a que se examine la presencia de dicho contrato.

En el caso de estar acreditado la existencia del contrato de agencia de comercial, las pretensiones no podían salir avante, ya que los dictámenes periciales que fueron aportados para cuantificar los

perjuicios materiales son deficientes, por carecer de soportes financieros, técnicos y contables, además, la inspección judicial no evidencia que hubiera soporte contable por parte de la demandante.

Y, por último, enfatizó que la pretensión relacionada con los perjuicios morales solicitados a los socios de COCELL era improcedente, por cuanto la demandante es una persona jurídica.

III. LA APELACIÓN

1. Ante la jueza de instancia el recurrente presentó sus reparos específicos contra el fallo, estableciendo en concreto:
 - a. Insiste que es una agencia comercial como se indicó en la demanda.
 - b. Que al analizar el contrato se verifica que recibía el producto y le pagaban comisiones.
 - c. En el expediente aparecen todas las comisiones establecidas en los últimos años.
 - d. El peritazgo del ingeniero está sustentado en facturas que obran en el expediente, reafirmando que es una agencia comercial.

2. Mediante proveído de 26 de abril de 2022, fue admitido el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante, atendiendo lo dispuesto en el 14 del Decreto 806 de 2020, otorgando el término de 5 días a la parte apelante para sustentar su recurso, los que se sintetizan:

- a) Entre COCELL LTDA. y CELCARIBE S.A., se suscribió un contrato que fue cedido a COMCEL S.A., el cual siguió rigiendo y que

siempre ha tenido valor para las partes, como se encuentra reconocido con escrito de 3 de enero del 2005 (fl.19 del cuaderno principal).

Que no es justo que la Juez deje sin efecto un contrato de franquicia, como siempre lo reconoció CELCARIBE S.A., como consta en varios escritos y documentos que se encuentran anexos a la demanda, como el que se aprecia a folios 21 y 22 del cuaderno principal, con el cual se pretendía dar por terminado el único contrato de franquicia que existió entre las partes, diciendo:

“Insisto en que es suficiente hacerle un análisis al contrato suscrito entre mi poderdante y CELCARIBE S.A, el cual fue cedido a COMCEL S.A, para darse cuenta de que la naturaleza del contrato es de franquicia y no de distribución.

Hay aspectos en el contrato, que muestran, sin ninguna duda, plenamente que se trata de uno de franquicia.

Si observamos con atención y serenidad el contenido del contrato suscrito con mi poderdante, vemos que siempre se habla en él de comisión; tanto así es que se observa, anexo al contrato suscrito entre las partes el día 7 de mayo de 2003, documento que se denomina ANEXO A PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR, que en todos sus puntos 1, 2, 2.1, 2.3, 2.3, 3.1.3.2, 3.3, 3.4, 4,5,6,7 y 8 hablan y explican cómo eran el pago de comisiones, a pesar de estar clara la relación contractual de mi poderdante con COMCEL S.A, y la clase de contrato que existió, que aunque se quiso denominar de una forma diferente, siempre fue de agencia o franquicia; y a pesar de esto, la señora Juez no reconoce la calidad del contrato y desvirtúa toda la demanda, sin previo análisis de fondo del contrato.”

b) Los testimonios rendidos en el proceso demostraron que a raíz del contrato de franquicia, la parte demandada obró de manera arbitraria causando perjuicios a su buen nombre. Asimismo, le exigió suscribir un

pagaré hipotecario, el cual, se encontraba como prueba en el proceso ejecutivo 336 de 2005 que cursó en el JUZGADO TERCERO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, sin que, el mismo fuera valorado por la juez de instancia.

c) Se omitió realizar el estudio al dictamen pericial rendido por Rafael Ceballos Calvo.

De igual forma, reprocha que la Jueza considerara que el dictamen realizado por el contador Adolfo Lara Montes carecía de sustento probatorio, cuando aportó con la demanda las facturas de cobros y pagos a COMCEL S.A.

Solicita que se revoque la sentencia, y se declare que existió un contrato de agencia o franquicia entre COMCEL S.A y COCELL LTDA.

3. La parte demandada solicita confirmar la sentencia de instancia, al considerar que la misma cumplió con las formalidades impuestas por la ley procesal vigente y fue debidamente sustentada a través de argumentos sólidos y precisos.

Que en su escrito de sustentación la parte demandante se esfuerza e insiste en que el contrato celebrado entre demandante y demandada no es de agencia comercial, sino de franquicia, contrariando incluso lo que indicó a título de reparo al momento de formular el recurso de apelación, más adelante señala que el contrato “siempre fue de agencia o franquicia”, es decir, para la parte actora el contrato de agencia es igual al contrato de franquicia.

Considera que la parte demandante incurre en una serie de contradicciones, y no tiene claro que tipo de contrato existió entre las partes, que, ciertamente, no fue de agencia comercial.

IV. CONSIDERACIONES

1. De manera antelada, advierte la Sala, que no se avizora ninguna causal de nulidad y que están configurados los presupuestos procesales necesarios para proferir una decisión de fondo, los que por haber sido analizados por el *a quo*, y estar de acuerdo, los damos por superados.

A su vez, acorde con el principio de congruencia previsto en el artículo 328 del Código General del Proceso, la apelación se sujetará únicamente a los reparos concretos presentados por el apoderado de la parte demandante ante el *a quo*, y sustentados en esta instancia.

2. Como *total*, parte la Sala por decir, que la responsabilidad civil propende por el resarcimiento integral de perjuicios irrogados a una persona, los que pueden derivarse de la existencia de una relación comercial, en el entendido que los contratos han sido considerados como una fuente de obligaciones conforme al artículo 1494 del Código Civil.

Y precisamente, cuando la obligación de indemnizar perjuicios proviene del contrato, fuera de entrar a probar su existencia, se hace necesario acreditar otros elementos como: i) el incumplimiento de una obligación preexistente ii) el daño o perjuicio sufrido por el acreedor. iii) un factor de atribución de la responsabilidad, por regla general la culpa, iv) la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño, v) la mora del deudor, ya que en los términos del artículo 1615 del Código Civil “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”. (CSJ, Sal. Cas. Civil. Sent. 3 de agosto de 2012, 1100131030092003-00526-01, Fernando Giraldo Gutiérrez)

En el caso bajo examen, la sociedad actora, reclama indemnización de perjuicios derivados de un contrato de agencia o “franquicia” (hecho 1 de la demanda), por haber cerrado los canales de “distribución”, sin dar por terminado dicho contrato (hecho 5 de la demanda) y cancelado las comisiones desde octubre de 2004 (hecho 7 de la demanda).

En ese contexto, debió la parte actora partir por probar la existencia del contrato aludido, como única manera de poder precisar el contenido y alcance de las obligaciones contraídas por los contratantes, así como para determinar el grado de culpa que se le debe endilgar a la demandada. Sin embargo, la parte se quedó corta en dicha tarea, con mayor veras, cuando desde la misma demanda introductoria se presenta confusión frente a la naturaleza del contrato celebrado, la que persiste al momento de formular los reparos y sustentación contra el fallo de instancia, ya que indistintamente plantea la existencia de un contrato de agencia comercial, franquicia o distribución, los que sin asomo de duda, son autónomos e independientes, y gozan de identidad propia lo que permite diferenciarlos uno del otro.

Así, la agencia comercial, es una de las manifestaciones de colaboración empresarial y de conquista de mercados, definido con claridad en el artículo 1317 del Código de Comercio como “*un comerciante, asume en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del*

mismo". Y en cuanto a sus características más sobresalientes han sido precisadas por la Corte Suprema de Justicia, al decir:

"5.4.1. Los requisitos de permanencia e independencia, implican que el agente, para dichos propósitos, es dueño de una empresa organizada, distinta a la establecida por el agenciado a efectos de sortear los procesos fabril o mercantil. En el manejo de una y otra industria, por tanto, entre los intermediarios y los empresarios no puede haber interferencias o intromisiones recíprocas de ninguna índole. (...)

5.4.2. Frente a las características de estable y duradero, el encargo conlleva que sea remunerado, pues conforme al artículo 1323 del Código de Comercio, al agente corresponde, en línea de principio, dada su autonomía e independencia empresarial, asumir el costo de la distribución y los gastos de la agencia.

Según el canon 1324, ibídem, la remuneración del agente se deriva de la «comisión, regalía o utilidad» pactada; y de acuerdo con al precepto 1322, ejúsdem, siempre estará a cargo del empresario, así éste ejecute en forma directa el negocio en el territorio asignado o resulte fallido por un hecho suyo, o desistido de común acuerdo. (...)

*5.4.3. En síntesis, la agencia comercial: (i) es una forma de intermediación; (ii) el agente tiene su propia empresa y la dirige autónomamente; (iii) la actividad del agente se encamina a promover o explotar los negocios de un empresario en un territorio determinado; iv) la intervención del agenciado en la ejecución del encargo encomendado es apenas natural; v) el desempeño de la labor exige permanencia y estabilidad; y (v) el gestor tiene derecho a una remuneración."*¹

Y cuando del contrato de distribución se trata, el distribuidor, obra con autonomía e independencia, asumiendo su propio riesgo en la reventa de la mercancía debido a que maneja con criterio propio el negocio. Esas diferencias marcadas las ha venido dejando sentadas la Corte, al afirmar:

"se distinguen en que (i) la venta de la mercadería ajena, hecha por el agente, se hace por cuenta del principal, apoyada en el mandato, mientras el

¹ SC3645-2019, Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-0

*distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta y riesgo, facturándole al cliente y lucrándose con la diferencia²; (ii) en punto a sus finalidades, el de agencia busca procurar al proponente un resultado derivado de la actuación del agente, en tanto la distribución halla por objeto que la producción llegue con mayor facilidad a distintos lugares, ampliando su clientela³; (iii) la forma de actuación de los auxiliares independientes difiere por cuanto el agente no adquiere la propiedad de las mercaderías en cuya colocación interviene, cosa que sí acontece en la distribución⁴.*⁵

En otro de sus pronunciamientos dijo:

“(...) cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes, aunque, sin lugar a dudas, este último se beneficie de la llegada del producto al consumidor final (...)»⁶.

Un simple distribuidor, al actuar en causa propia, es distinto del agente, porque debe asumir todas las contingencias de la operación, por ejemplo, la pérdida o el deterioro de las mercancías, el no pago de ellas, la insolvencia o iliquidez de los clientes, o la inestabilidad de los precios en el mercado.

La contraprestación de la actividad es otro de los elementos que distancian al revendedor en una agencia, pues los distribuidores no la derivan del empresario, sino que, por sí, la amasan y construyen, sacando provecho de la diferencia de precios entre las operaciones de compra y de reventa.”⁷

² MARZORATI, Osvaldo J. *Sistemas de Distribución Comercial. Agencia. Distribución. Concesión. Franchising*. Ed. Astrea. Buenos Aires. 2011. Págs. 81-83. En similar sentido: GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II*. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

³ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II*. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

⁴ GHERSI, Carlos Alberto. *Contratos Civiles y Comerciales. Parte General y Especial. Tomo II*. Ed. Buenos Aires. 1994. Pág. 95.

⁵ SC1121-2018, Radicación: 05001-31-03-016-2007-00128-01

⁶ CSJ. Casación Civil. Sentencia de 31 de octubre de 1995 (CCXXXVII-1270/1297).

⁷ SC3645-2019, Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01

Y en cuanto a la franquicia, ha sido definida como una estrategia contractual de comercialización en virtud de la cual un empresario autoriza a otro el uso de su modelo de negocio, incluyendo, especialmente, su *know how* y demás derechos de propiedad industrial, a cambio de una remuneración. En esa medida, la franquicia usualmente se celebra para el uso y comercialización de marcas, patentes o *know how*, en aras de favorecer la penetración de un producto a una nueva zona o nicho de mercado⁸.

En el asunto que concita la atención de la Sala, se planteó que entre las partes originarias existió una franquicia que degeneró en distribución o agencia comercial, concluyendo, *la quo*, que el contrato real fue de distribución.

No obstante lo anterior, en los reparos formulados ante el juez de instancia, se indicó sin ambages, que el contrato que realmente existió entre las partes era de agencia comercial, lo que marca la competencia del superior, así que la Sala se limitará a verificar si en el asunto fue acreditado o no la existencia de dicha relación comercial, como elemento esencial de la responsabilidad civil contractual reclamada.

3. Para tal efecto, el haz probatorio incorporado al proceso en debida forma permite esclarecer el asunto. Veamos.

3.1. En el expediente reposa el contrato celebrado el 7 de mayo de 2003 entre los representantes legales de CELCARIBE S.A., y COCELL Ltda., cuyo objeto fue definido así:

⁸Contratos Innominados. Escuela Judicial Rodrigo Lara Bonilla. Pág. 167.

3. Objeto del Contrato:

En virtud de este contrato, CELCARIBE, concede a COCELL LTDA, como DISTRIBUIDOR CV -CELCARIBE, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que CELCARIBE 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 CELCARIBE a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos.

Respecto de la naturaleza del contrato suscrito, se indicó que:

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 agenda comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna 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 inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por CELCARIBE según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a CELCARIBE en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresa e instalaciones son de propiedad de CELCARIBE, que es asociado o tiene una relación con ésta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y las condiciones establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas.

A su vez, se indicó que:

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 CELCARIBE. 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. Por cada contrato

que celebre CELCARIBE, el distribuidor tendrá derecho a la comisión que periódicamente fije CELCARIBE.

Y finalmente, se estipuló:

38. Acuerdo Integral.

El presente contrato y sus anexos constituyen el acuerdo integral entre las Partes respecto del objeto aquí definido y reemplaza y deja sin efecto cualquier acuerdo, contrato o entendimiento, verbal o escrito, anterior, entre las partes que verse sobre el mismo objeto. En consecuencia, con la firma del presente contrato las partes dan por terminado el contrato de franquicia de fecha 20 de septiembre de 2.002 (el "Contrato de Franquicia") y acuerdan proceder de buena fe a su liquidación y a la firma de un acta de Transacción, Conciliación y Compensación que las deje a paz y salvo total, firme y definitivo respecto del Contrato de Franquicia.

De donde se desprende, tal como concluyó la jueza de instancia que, frente a la prueba documental, que para nada fue reprochada, el contrato celebrado entre la demandante y CELCARIBE fue denominado “contrato de distribución” estableciéndose un objeto propio del mismo, y excluyendo cualquier otro tipo de relación comercial, especialmente, la generada del contrato de agencia comercial. Y huelga señalar que CELCARIBE fue absorbido por la sociedad COMCEL hoy demandada, según se desprende de escrito de 3 de enero de 2005, en el cual se informa sobre la respectiva fusión (fl 19 C. P), y escrito de 17 de mayo de 2005, mediante el cual la sociedad COMCEL comunica a COCELL su deseo de no renovar el referido contrato de distribución (fl 81-82 C. exp. de mérito).

Sin embargo, más allá de la denominación otorgada en el contrato escrito, lo cierto es que, en la práctica fueron pactadas varias funciones que si bien, pueden ser consideradas afines al contrato de agencia comercial, no resultan concluyentes para fincar dicho contrato y descartar la distribución.

3.2. De acuerdo con el testimonio rendido por LORENA DE JESÚS CURE GÓMEZ, quien manifestó haber detentado el cargo de coordinadora de centro de pagos y servicios de COCCEL, en el inmueble funcionaba un centro de pagos y servicios, indicando que para ello *“Comcel solicitaba un inmueble como garantía, el inmueble tenía que tener las especificaciones exactas, en cuanto al área, solicitaban apartamentos como el departamento de activaciones con las medidas que ellos pedían, sala de venta, servicio al cliente, y las áreas debían ser unas áreas grandes, el valor del inmueble creo que tenía que ser como doscientos millones para tenerlo en garantía, exigían la ubicación o una buena ubicación, muchas exigencias en cuanto al montaje, pedían los muebles que se tenían que comprar en determinada empresa o dónde ellos dijeran, por ser el primer centro de pagos y servicios que iba a colocar COMCEL en Cartagena se debían cumplir exactamente las exigencias o lo que ellos*

pedían, tan es así que la casa donde se montó el centro de pago y servicios es grandísima y ahora se ve un centro de pago y servicios en un solo salón.” Y agregó “el negocio era de Cocell Ltda de Olga Cure Gómez, los avisos si eran de Comcel, pero el resto era de Cocell Ltda.”

Al preguntársele si ahí funcionaba un centro de pagos y servicios, respondió que *“Si, ellos tenían que aprobar el sitio, el barrio, ellos tenían que aprobar previamente eso” y añadió “todos los dineros se enviaban por medio de una empresa recaudadora, el cual se hacía diario, la empresa Brinks”.*

Y sobre el manejo de dicha labor, señaló *“se manejaba un programa controlado por comcel donde toda transacción o venta se reflejaba en él, las comisiones eran consignadas y las ventas eran consignadas y toda transacción legalizada, si yo consignaba (sic), se enviaba por fax la consignación, toda operación que se hacía se reflejaba en los programas que controlaba comcel, al consignarcorrijo (sic) por su parte comcel debía consignar las comisiones que ellos mismos nos mandaban por medio de otro programa reflejando los pagos y penalizaciones según los memorandos diarios que ellos enviaban”*

Al ser interrogada sobre que otra actividad se ejercía en el lugar, además de funcionar como centro de pago, indicó *“venta de planes, ventas de equipos prepagos, venta de tarjetas” y añadió que “las tarjetas prepagos eran de cocell ltda, compradas a comcel de contado, en cuanto a los euipos (sic) mobiliarios y computadores eran de coccel, exigidos por comcel: marca y lugar donde se podían comprar, y los teléfonos que se vendían prepago eran de cocell ltda comprados a comcel, los equipos de popospagos (sic) sieran (sic) de comcel s.a, entregados en consignación a cocell.”*

Así las cosas, fueron varias las actividades desarrolladas por la sociedad demandante en virtud de la relación comercial habida inicialmente con CELCARIBE, dentro de ellas se estipuló la venta de planes de telefonía de propiedad de CELCARIBE, tal como lo informó la testigo LORENA CURE, para lo cual se estableció un plan de

comisiones del distribuidor, como lo refleja el anexo A del denominado contrato de distribución suscrito entre las partes, en el que textualmente se indicó:

“CELCARIBE reconocerá a EL DISTRIBUIDOR las comisiones calculadas y determinadas a continuación, respecto de los abonados activados en la red de CELCARIBE (el "Servicio") en virtud de su actividad de comercialización del servicio de telefonía móvil celular, que se ha obligado a realizar por su propia cuenta, en su propio nombre, con su propia organización, personal e infraestructura y a su propio riesgo y costo, con la autorización y sujeto a la aceptación de CELCARIBE. (...)

“Para los planes Postpago, con respecto a cada Abonado activado en el Servicio, CELCARIBE reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión, que de tiempo en tiempo y de acuerdo con las características de cada plan determine CELCARIBE , 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. (...)

En relación con los planes prepago, CELCARIBE reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones que de tiempo en tiempo, determine CELCARIBE para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.”

Y aunque se dejaba entrever aspectos propios de la agencia comercial, como denominar comisión a la retribución por el servicio, lo cierto es que, las distintas actividades desplegadas por la demandante no estaban perfiladas a la explotación y promoción de negocios ajenos, no gozaba de independencia y autonomía, fuera que adquiría bienes para la reventa. En término de la Corte Suprema de Justicia *“Del contrato de agencia surge para el agente una típica prestación de hacer, caracterizada como promoción y explotación de negocios ajenos, procurando por esa vía la progresión del mercado del empresario...*

La tarea del agente está orientada a acreditar una marca, conquistar una clientela y ampliar las oportunidades de venta de los bienes o servicios que provea el agenciado, a través de un conjunto de actividades –v.gr. elaboración de bases de

datos de clientes, estudio de las condiciones del mercado, confección de piezas publicitarias, programación de jornadas de demostración, atención en la posventa, etc.– que pueden ubicarse en la fase de preparación del negocio (promoción), o en la de su perfeccionamiento (explotación), pero que siempre persiguen ganar un mercado para el empresario...”

En verdad, en este caso tal y como lo refiere la deponente ratificando el contrato escrito, la obligación que asumió la actora no fue la de acreditar la marca de la demandada, posicionarla en el mercado, conquistar clientela, simplemente, se comprometió al recaudo de servicios y reventa de bienes.

3.3. Si vamos nuevamente al contrato suscrito entre las partes el 7 de marzo de 2003, se logra descartar de tajo la tipificación del contrato de agencia comercial reclamado.

7.2 EL DISTRIBUIDOR cumplirá y mantendrá las políticas, metas y los estándares de mercadeo y de ventas que, a juicio de CELCARIBE, 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 CELCARIBE 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 CELCARIBE, 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 CELCARIBE 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.

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 CELCARIBE le proporcione a EL DISTRIBUIDOR.

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 CELCARIBE.

EL DISTRIBUIDOR, entregará en las instalaciones de CELCARIBE la totalidad de los documentos originales exigidos por la ley, los reglamentos, actos administrativos, las autoridades competentes, el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES y las instrucciones que se le impartan, según se trate de personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeros con fotocopias de sus documentos de identidad o de sus representantes legales, dentro de las 24 horas siguientes a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.

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 CELCARIBE , 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 CELCARIBE , a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado. EL DISTRIBUIDOR, entregará a CELCARIBE en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de CELCARIBE ; a más tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, junto con los demás documentos de venta.

CELCARIBE no tendrá relación jurídica laboral, de trabajo ni de ninguna naturaleza con el personal del DISTRIBUIDOR, quien será el único y exclusivo responsable del cumplimiento de sus obligaciones legales, prestacionales y asistenciales, obligándose a mantener permanentemente indemne a CELCARIBE de todos estos aspectos.

7.10. EL DISTRIBUIDOR conoce las inversiones en tiempo, esfuerzos y recursos económicos considerables realizados por CELCARIBE para penetrar y acreditar en el mercado los productos y servicios y para mantenerlos dentro del nivel de aceptación, calidad, eficiencia y consolidación en la economía del País. También es consciente de la significación , imagen y posicionamiento actual de CELCARIBE en el mercado y de su designio de conservación y ensanche futuro y de igual forma conoce, acepta y valora lo concerniente al aprovechamiento de todos estos aspectos y del nombre de CELCARIBE con la designación que se le hace de DISTRIBUIDOR.

Por esta razón EL DISTRIBUIDOR, asume una prestación de resultado de ejecución mínima de la distribución, garantiza y se obliga a realizar:

7.10.1 Cuatrocientas (400) cuotas mínimas mensuales de activaciones netas si estuviere calificado como CENTRO DE VENTAS (CV)

7.16 EL DISTRIBUIDOR acuerda exhibir, en forma permanente y visible los centros o puntos de ventas (CV) y canales de distribución autorizados, un aviso externo de DISTRIBUIDOR de CELCARIBE y avisos internos del DISTRIBUIDOR de CELCARIBE , ajustándose en todo a lo indicado en el Manual de Imagen Corporativa de CELCARIBE . En ningún caso, salvo expresa, previa y escrita autorización de CELCARIBE , EL DISTRIBUIDOR podrá colocar ningún aviso al lado o encima del de CELCARIBE .

Todo este conjunto de obligaciones deja en evidencia que la actividad desplegada por COCELL no se realizaba de manera independiente y autónoma, como requiere el contrato de agencia, y para ello, basta observar las estipulaciones contenidas en el referido contrato de “distribución”.

Dicho de otro modo, si bien la demandante contaba con una estructura física propia, lo cierto es que la ejecución de la actividad encomendada requería de la aprobación y control de la sociedad demandada, debiendo cumplir con todas las instrucciones y estándares de mercadeo y venta que estableciera CELCARIBE, actualmente COMCEL.

Nótese, que COCELL estaba supeditado a las instrucciones que impartiera CELCARIBE en el desarrollo y ejecución del contrato, la organización de su empresa debía cumplir con los estándares establecidos por CELCARIBE, entre ellos, papelería, publicidad e identificación de personal. Además, requería previa autorización para la apertura de puntos de venta, locales o establecimientos comerciales o el traslado del negocio a otro lugar. No podía establecer condiciones distintas o adicionales a las establecidas por CELCARIBE para la prestación del servicio, ni mucho menos modificar las tarifas previamente establecidas por CELCARIBE, es decir, toda actividad realizada por parte de la sociedad demandante estaba supeditada a la aprobación de la sociedad demandada, lo que traduce que la sociedad demandante no tenía independencia ni autonomía para realizar la comercialización y promoción de la actividad de venta encomendada, lo que descarta uno de los elementos esenciales de la agencia.

3.4. Ahora, de acuerdo a lo referido por la testigo LORENA DUQUE, en dicho establecimiento funcionaba además un centro de pago de servicios, esto es, un centro de recaudo de dinero por los servicios de telefonía prestados por la sociedad demandada COMCEL, actividad que no se acompasa con el objeto propio de la agencia comercial, que se itera corresponde al *“encargo de promover o explotar negocios, en virtud del cual el agente se obliga a conseguir, ampliar o reconquistar un mercado para los bienes y servicios que produce o presta el empresario”*⁹, sino que, en el caso, el encargo se supedito al simple recaudo del dinero para ser posteriormente entregada a su propietario, recibiendo una retribución pactada como comisión, pero se *itera*, para nada su labor consistía en posicionar en el mercado la marca de la demandada, ampliar la clientela o promocionar negocios ajenos.

⁹ SC3712-2021

3.5. Esa misma deponente dice que COCELL realizaba la compra de equipos y tarjetas a COMCEL para la reventa, actividad que tampoco corresponde a la esencia misma del contrato de agencia, pues, claramente no se encuentra dentro de su objeto la “reventa” de bienes, comoquiera que representa una actuación en beneficio propio, ya ha dicho la Corte que “«(...) cuando un comerciante difunde un producto comprado para el mismo revenderlo, o, en su caso, promueve la búsqueda de clientes a quienes revenderles los objetos que se distribuyen, lo hace para promover y explotar un negocio que le es propio, o sea, el de la reventa mencionada; pero tal actividad no obedece, ni tiene la intención de promover o explotar negocios por cuenta del empresario que le suministra los bienes”¹⁰, en este caso, la parte no desarrollaba actividades por cuenta ajena, sino que en la reventa asumía su propio riesgo.

4. Y por otro lado, los dictámenes periciales estaban perfilados a demostrar la magnitud del daño, mas no a esclarecer la tipología del contrato suscrito entre las partes, fuera que el pronunciamiento del a quo se trató más bien de una *obiter dicta*.

De otro lado, el recurrente no precisa cuál es la influencia directa o indirecta de las pericias para esclarecer la naturaleza del contrato, en su caso, la agencia comercial.

5. Finalmente, no sobra decir que la franquicia como contrato realmente celebrado por las partes, se abordó al sustentar el recurso, pero no se mencionó como reparo, en ese orden, la Sala se abstiene de hacer pronunciamiento sobre el particular conforme a lo prescrito por el artículo 328 del Código General del Proceso

¹⁰ SC3645-2019 Radicación: 15001-31-03-001-2009-00236-01

En suma, el fallo de instancia deberá ser confirmado y se condenará en costas a la parte recurrente conforme lo prescribe el artículo 365 del Código General del Proceso.

V. DECISIÓN

En razón y mérito de lo expuesto, la Sala Civil - Familia del Tribunal Superior del Distrito Judicial de Cartagena, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

VI. RESUELVE

PRIMERO. CONFIRMAR la sentencia proferida el 10 de marzo de 2022, por el JUZGADO NOVENO CIVIL DEL CIRCUITO DE CARTAGENA, dentro del proceso de responsabilidad civil contractual promovido por COCELL LTDA. contra COMCEL S.A., por las razones plasmadas en la parte motiva de la presente providencia.

SEGUNDO: CONDENAR en costas en esta instancia al apelante vencido, fijar como agencias en derecho la suma equivalente a tres salarios mínimos legales mensuales vigentes.

TERCERO: ORDENAR remitir el expediente a su lugar de origen.

NOTIFIQUE Y CÚMPLASE

Firmado Por:

Marcos Roman Guio Fonseca
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional
Sala 003 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar

John Freddy Saza Pineda
Magistrado Tribunal O Consejo Seccional

**Sala 001 Civil Familia
Tribunal Superior De Cartagena - Bolivar**

**Oswaldo Henry Zárate Cortés
Magistrado
Sala Civil Familia
Tribunal Superior De Bolivar**

Este documento fue generado con firma electrónica y cuenta con plena validez jurídica, conforme a lo dispuesto en la Ley 527/99 y el decreto reglamentario 2364/12

Código de verificación: **3993406dfe301fa46280c94d93d55e1e861faa7fe05b6013c36e4c34c7970f18**

Documento generado en 21/07/2022 01:26:35 PM

**Descargue el archivo y valide éste documento electrónico en la siguiente URL:
<https://procesojudicial.ramajudicial.gov.co/FirmaElectronica>**