

REPÚBLICA DE COLOMBIA
RAMA JUDICIAL DEL PODER PÚBLICO



JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO

Bogotá D.C., Veinte (20) de septiembre de dos mil diecinueve (2019)

Ref: Ordinario de APONTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA S. EN C. y CONEXCEL S.A. contra COMCEL S.A.

Expediente No. 110014003 020 2014 00607 00

El Despacho procede a dictar sentencia en el proceso ordinario declarativo y de condena de la referencia, el cual fue remitido por el Juzgado Tercero Civil del Circuito de Bogotá.

ANTECEDENTES

1. La sociedad CONEXCEL S.A., acudió por intermedio de apoderado judicial a esta jurisdicción a fin de que se hagan las siguientes declaraciones y condenas:

“IV. PRETENSIONES

4.1 DECLARATIVAS

4.1.1 *Relativas a la naturaleza y condiciones de ejecución contractual*

Primero: Que la sentencia que ponga fin a este proceso, se referirá a la celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato celebrado entre COMCEL Y CONEXCEL, en lo no resuelto o no reconocido por el Tribunal de

Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre CONEXCEL S.A. y COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A., integrado por los doctores Sergio Rodríguez Azuero -Presidente-, Luis Fernando Alvarado Ortiz y Nicolás Gamboa Morales, mediante el laudo arbitral del nueve (9) de mayo de dos mil once (2011), así como en la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y complementación del laudo formulada por las partes, del primero (1°) de junio de dos mil once (2011)., de conformidad con lo dispuesto en el artículo 147 numeral 2° del Decreto 1818 de 1998.

Segundo. Que se declare que entre COMCEL, como agenciado, y CONEXCEL como agente, se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial, para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de COMCEL, y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.

Tercero. Que como consecuencia de lo anterior, se declare que COMCEL está obligado a reconocer y pagar a CONEXCEL S.A. la prestación derivada del inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se declare que los contratos que dieron lugar a la agencia comercial que vinculó a las partes fueron de adhesión y por lo tanto, debe ser interpretado de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1624 del Código Civil- por remisión directa del C. de C., Art.822- en concordancia con el los artículos 95 numeral 1° y 333 de la Constitución Política.

Quinto. Que se declare que la relación contractual de agencia comercial, entre CONEXCEL y COMCEL fue regulada entre otros, en los siguientes documentos:

- (i) Contrato suscrito el 16 de enero de 1997 entre COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA -hoy CONEXCEL-.
- (ii) Contrato suscrito el 26 de octubre de 1998 entre COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.

- (iii) Contrato suscrito el 5 de octubre de 1999 entre OCCEL S.A -hoy COMCEL y CONEXCEL BULEVAR LTDA , -Hoy CONEXCEL-.
- (iv) Contrato del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, -antes CELCARIBE-.
- (v) Contrato del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL y COMCEL -antes CELCARIBE-.
- (vi) Contrato del 13 de abril de 2002 entre CONEXCEL y COMCEL - BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.
- (vii) Contrato firmado el 3 de abril de 2003 entre CONEXCEL y CELCARIBE, -Hoy COMCEL-.

Sexto. Que se declare que la vigencia de la relación contractual de agencia comercial entre las partes estuvo vigente de forma permanente y sin solución de continuidad entre el 16 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2010, o hasta la fecha que finalmente indique el señor juez.

Séptimo. Que se declare que CONEXCEL dio por terminada la relación contractual unilateralmente, por justa causa imputable a COMCEL.

Octavo. Que se declare que COMCEL no pagó un veinte por ciento (20%) adicional sobre la remuneración (incluyendo comisiones, residual o cualquier otra retribución)

Noveno. Que se declare que Comcel no le pagó a CONEXCEL ningún anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa aquella tuviera que pagarle a ésta a la terminación del contrato de agencia comercial.

Décimo. Que se declare que cualquier contabilización interna de COMCEL del pago o provisión de anticipos o indemnizaciones no implicó un mayor valor a pagar, y que cualquier subcuenta auxiliar creada por COMCEL (incluyendo sin limitar a ello las subcuentas auxiliares de 2605101210 y 5295050017) hacen parte

de las subcuentas del PUC de comisiones (incluyendo sin limitar a ello las subcuentas 260510 y 529505).

Undécimo. Que se declare que COMCEL no pagó efectivamente a CONEXCEL la cantidad equivalente al 20%, sobre el valor total de las comisiones por activaciones o de las comisiones por residual o de cualquier otra retribución pagada a CONEXCEL por su labor *"para cubrir anticipadamente cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa, deba pagar COMCEL al Centro de Ventas y Servicio a la terminación del contrato"*.

Duodécimo. Que se declare que conforme al Manual de Procedimiento y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos, COMCEL fue quien determinó las condiciones de selección de los abonados y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos.

Décimotercero. Que se declare que los contratos para la prestación del servicio de telefonía móvil celular y demás servicios comercializados por CONEXCEL, se celebraron entre COMCEL y los usuarios de dichos servicios, sin que CONEXCEL fuera parte en ellos conforme se estipuló en las cláusulas 7.5, 1.11, 1.13 y 1.16 de los contratos.

Décimocuarto. Que se declare que por el vínculo directo entre COMCEL y el suscriptor de los servicios de telefonía móvil celular o complementarios (cláusulas 1.11, 1.13 y 1.16 del contrato), era COMCEL el obligado a asumir la totalidad de las consecuencias derivadas de la celebración del contrato frente al suscriptor.

4.1.2 Relativas al incumplimiento contractual

Primero. Que se declare que COMCEL incumplió los contratos así como las normas que le son propias por incurrir en las siguientes acciones u omisiones:

- a. Disfrazar intencionalmente la naturaleza jurídica del contrato.
- b. Presionar para modificar unilateralmente las condiciones contractuales.
- c. Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente.
- d. Haber reducido unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor del agente, sin tener facultad para ello y pese al rechazo expreso de CONEXCEL.
- e. No haber pagado las comisiones de activación sobre todas las activaciones realizadas por CONEXCEL durante la vigencia de la relación contractual.
- f. No haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la denominada comisión residual a que se refiere el contrato, y por no haberle suministrado al agente la información sobre la cual efectuó la liquidación de esta comisión, pese a estar obligada a proceder en este sentido.
- g. Por estipular y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato.
- h. Por aplicar penalizaciones y sanciones estipuladas en el contrato (cláusulas 7.26.3.1. a 7.26.3.4, 7.30 a 7.32, 2.26.1 a 7.26.8 e inciso 2° del numeral primero 1° del anexo A) , pero sin demostrar previamente a CONEXCEL la configuración de las hipótesis en cada caso.
- i. Sancionar el agente con descuentos por fraudes imputables a terceros, contrariando la estipulación contractual y la ley.
- j. Imponer paz y salvos incondicionales a su favor.
- k. Cargar al agente el valor de la facturación dejada de pagar por los usuarios.
- l. Cargar al agente el valor del teléfono del usuario.
- m. Ocultar la información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual.
- n. Imponer a los agentes la obligación de digitar la totalidad de las activaciones en lapsos de imposible cumplimiento cuando había promociones especiales, para de esta manera, no pagar las comisiones de venta sobre las activaciones que se digitarán por fuera de plazo, a pesar de que la línea así activada si generaba provecho a COMCEL.
- o. Elaborar y diseñar el contenido de las actas de conciliación, compensación y transacción, haciendo aparecer como transados o conciliados temas no discutidos entre las partes.
- p. Redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato y negar el pago de lo ya causado.
- q. No pagar los subsidios de arrendamiento que se había obligado a pagar a CONEXCEL.

r. No allanarse a la cancelación oportuna de las hipotecas con que se gravaron inmuebles de propiedad de CONEXCEL y APONTE VILLAMIL, como se detalla a continuación, lo cual debió ocurrir a la terminación del contrato entre las partes o en la oportunidad que señale el señor juez.

(Ver CUADRO FL 722 de la demanda)

4.1.3 Relativas a la terminación unilateral del contrato.

Primero. Que se declare que CONEXCEL tuvo justa causa comprobada para terminar unilateralmente el contrato.

Segundo. Que como consecuencia de la anterior pretensión, se declare que COMCEL está obligada a reconocer y pagar a CONEXCEL la prestación de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Tercero. Que se declare que CONEXCEL ejerció válidamente el DERECHO DE RETENCION Y PRIVILEGIO en lo que tiene que ver con las prestaciones objeto de los documentos contractuales puestos en conocimiento del Señor Juez, de conformidad con lo dispuesto en el Artículo 1326 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se declare que, por la terminación del contrato, COMCEL perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a CONEXCEL a partir del 13 de enero de 2010.

Quinto. Que se declare que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por COMCEL a la terminación del contrato, no puede ser tenida como firme y definitiva y no constituye ni liquidación final de cuentas ni título ejecutivo para ejercer acciones legales en contra de CONEXCEL ni soporte válido para llenar pagaré alguno o para hacer efectivas las garantías hipotecarias conferidas por CONEXCEL y APONTE VILLAMIL para honrar obligaciones de CONEXCEL que se mencionaron en la pretensión (sic) anterior.

Sexto. Que se declare que COMCEL está obligado a la cancelación de los siguientes gravámenes y que por su renuencia debe asumir cualquier costo que de ello derive.

(Ver CUADRO, FL 724 Y 725, C.1)

Séptimo. Que se declare que COMCEL no tiene pagarés suscritos por CONEXCEL ni APONTE VILLAMIL para garantizar obligaciones suyas.

Octavo. Que se declare que CONEXCEL no tiene obligación alguna pendiente con COMCEL.

4.1.4 Relativas al abuso de la posición contractual dominante, al abuso de los derechos y prerrogativas pactados a favor de sí mismo por parte de COMCEL y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato.

Primero. Que se declare que en virtud de la exclusividad pactada contractualmente, CONEXCEL no podía prestar a persona distinta de COMCEL los servicios relacionados con las actividades de promoción y comercialización de los servicios de telefonía móvil celular y complementarios o de valor agregado, distribución de aparatos y accesorios y atención en posventa.

Segundo. Que se declare que COMCEL como agenciado, tuvo una posición de dominio contractual frente a CONEXCEL como ante durante la relación comercial que los vinculó.

Tercero. Que se declare, según sea el caso, la ineficacia, nulidad absoluta o invalidez, de las cláusulas que se indican a continuación y que forman parte del vínculo contractual entre COMCEL y CONEXCEL, integrado por todos los contratos señalados en las pretensiones anteriores, y de todas aquellas cláusulas que con el mismo texto se repitieron en los contratos siguientes, anexos, adendas, otrosíes, etc., que sean consecuencia directa o indirecta de las mencionadas cláusulas o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época en el mismo sentido.

- a. Las que sostengan que el contrato no es de agencia, sino de distribución, franquicia o cualquier otra modalidad de distribución diferente.
- b. Las que obliguen a CONEXCEL a mantener indemne a COMCEL.
- c. Las que impliquen renunciaciones a derechos por parte de CONEXCEL.
- d. Las que impliquen compensaciones ilegales por prestaciones e indemnizaciones a favor de COMCEL.

e. Las que impliquen que COMCEL no es responsable de ningún perjuicio derivado de la terminación del contrato.

f. Las que impliquen caducidades contractuales.

g. Las que impliquen exoneraciones de responsabilidad de COMCEL.

h. Las relacionadas con "Documentos de Terminación".

i. Las que impliquen que no habrá pago de comisiones causadas.

j. Las que impliquen imputación de dineros pagados dentro del plan CO-OP.

k. Las que impliquen renunciaciones a presentar reclamaciones por parte de CONEXCEL.

l. Las que impliquen aceptación anticipada de terceros con relación a la cesión de establecimientos.

m. Las que impliquen sustituciones integrales de relaciones previas.

Cuarto. Que se declare que las "Actas de Conciliación, Compensación y Transacción" no tiene efectos generales y que además fueron incumplidas por COMCEL puesto que hubo descuentos o penalizaciones sobre las comisiones supuestamente conciliadas.

4.2 DE CONDENA

Primero. Que se condene a COMCEL a pagar a favor de CONEXCEL la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Segundo. Que se condene a COMCEL a pagar a favor de CONEXCEL las sumas que están pendientes por, entre otros, los siguientes conceptos: comisiones en mora, activaciones en mora, residual pendiente, reembolso de dineros descontados injustificadamente a CONEXCEL, lo pagado por transporte de valores, el valor de los subsidios, los descuentos por equipos y consumos, etc.

Tercero. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL la indemnización de que trata el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio.

Cuarto. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL la indemnización de los perjuicios causados por daño emergente y lucro cesante.

Quinto. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL los intereses de mora correspondientes desde la fecha de causación hasta la de pago.

Sexto. Que se cancelen las hipotecas entregadas a CONEXCEL a favor de COMCEL.

Séptimo. Que cualquier suma requerida para la antedicha cancelación será sufragada por COMCEL.

Octavo. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL y APONTE VILLAMIL el valor de los perjuicios causados como consecuencia de la renuencia a levantar las antedichas hipotecas.

Noveno. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL y a APONTE VILLAMIL los inereses moratorios de las sumas causadas.

Decimo. Que se condene a COMCEL a pagar a CONEXCEL las costas del proceso.”

2. Sirven de sustento a las pretensiones, los argumentos fácticos que a continuación se sintetizan, (fls. 12 a 25, C. 1):

2.1. Que entre COMCEL Y CONEXCEL, se mantuvo una relación comercial continua e ininterrumpida con base en la cual la segunda promovió los servicios de Telefonía Móvil y Móvil Celular (TMC) y de valor agregado (SVA) desde el 16 de enero de 1997 hasta el 13 de enero de 2010.

2.2 Que la relación negocial se sostuvo bajo las modalidades de contratos descritos he el hecho 3.2 del libelo y a pesar de las denominaciones de los documentos el contrato fue uno solo y de agencia comercial por las siguientes razones principales: la promoción de los productos y servicios de COMCEL por parte de CONEXCEL fue una sola, ésta recibía comisiones, residuales, anticipos, bonos, bonificaciones y subsidios, entre otros, como remuneración por dicha promoción. CONEXCEL tenía su propia infraestructura administrativa y financiera

y los contratos con otros distribuidores y subdistribuidores han sido catalogados como agencia comercial.

2.3 Que en virtud de aquella CONEXCEL entregó garantías que se tradujeron en treinta y un (31) pagarés y 17 hipotecas sobre bienes de su propiedad, tal como se relacionaron en la demanda.

2.4 Que pese a que CONEXCEL llegó a ser el distribuidor más representativo de COMCEL en la zona de la Costa Atlántica, COMCEL incurrió en incumplimientos como disfrazar la naturaleza del contrato e inducir en error a CONEXCEL, mora en el pago de las comisiones, reducción injustificada de comisiones, exageradas cargas administrativas, entre otros.

2.5 Que con base en los anteriores comportamientos, CONEXCEL dio por terminado el contrato mediante comunicación del 8 de enero de 2010.

2.6 Que llevado el caso a tribunal de Arbitramento, éste declaró la existencia del contrato de agencia comercial, el incumplimiento de las obligaciones de COMCEL y las indemnizaciones respectivas, en fecha 9 de mayo de 2011, junto con la providencia que resolvió las solicitudes de aclaración y complementación, el 1° de junio de 2011.

2.5 Que en dicha decisión y en relación con los pagarés y las hipotecas constituidas el laudo resolvió parcialmente y la sujetó a lo dicho en la parte motiva que a su turno remitió a la imposibilidad de su levantamiento *"como quiera que no se encuentra probado en el Proceso la existencia de las mismas..."* (hecho 3.9 de la demanda, flo 710, c.1). En todo caso invalidó el acta de liquidación final de los contratos, que soportaba la permanencia de los pagarés y las hipotecas.

2.6 Que CONEXCEL solicitó entonces directamente, y en varias oportunidades a COMCEL que procediera a cancelar las garantías y a la

devolución de los pagarés. Frente a esta última, COMCEL respondió afirmativamente en comunicación del 1° de agosto de 2011, pero no así, respecto del levantamiento de gravámenes frente al cual adujo estar valorando su procedencia.

2.7 Que el 15 de diciembre de 2011, COMCEL, adujo, respecto al punto, que consideraba pertinente que las partes otorgaran un paz y salvo recíproco por todo concepto de manera concurrente y concomitante con ello, se levantarían las hipotecas constituidas, teniendo en cuenta que los gastos notariales y de registro correrían íntegramente a cargo de CONEXCEL S.A.

2.8 Que a la fecha de presentación de la demanda, CONEXCEL (sic) no ha pagado ni las sumas de que tratan el artículo 1° y 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, ni los perjuicios causados con su incumplimiento grave y reiterado.

3. Enterada en debida forma la empresa demandada, COMCEL S.A., contestó el libelo, sin embargo extemporáneamente por lo que no le fue tomada en cuenta. Adelantado incidente de nulidad, la decisión se mantuvo habida cuenta de haber actuado la parte demandada con posterioridad a su presunta ocurrencia en audiencia de conciliación y haber pedido la suspensión del proceso.

Evacuada la audiencia que regula el artículo 101 del Código de Procedimiento Civil, mediante auto de 9 de mayo de 2013, se abrió a pruebas el trámite y haciendo tránsito de legislación se dispuso lo pertinente en torno a la realización de la audiencia de que trata el artículo 373 de nuestra actual codificación general. Es del caso entrar a decidir de mérito, previas las siguientes,

CONSIDERACIONES

1. Verificada como se encuentra la existencia de los presupuestos procesales, que son las condiciones de posibilidad de una sentencia válida, se

ponen de presente como sigue: la competencia, por los factores que la determinan, se radicó en este Juzgado para decidir; las partes son capaces y comparecieron legalmente; la demanda fue presentada en debida forma; el procedimiento se adelantó sin incurrir en causal alguna de nulidad; no existe impedimento para proferir la decisión de fondo y finalmente, las garantías fundamentales propias del juicio fueron respetadas.

2. Corresponde en esencia, en el presente asunto, y conforme a la estructuración de la demanda precisar el marco del problema jurídico a desarrollar en los siguientes términos: Puede este juzgado entrar a analizar aspectos que en concepto de la parte demandante no fueron dirimidos con suficiencia mediante el fallo producido en un laudo arbitral sobre este mismo asunto en oportunidad anterior? Si la respuesta es afirmativa, puede de manera consecencial establecerse las indemnizaciones y los perjuicios causados en aplicación del artículo 1324 del código de comercio, una vez que el laudo anterior declaró la existencia de una agencia comercial? Y por último, puede hacerse pronunciamiento sobre el levantamiento de gravámenes hipotecarios, últimos pendientes de la relación negocial entre las partes y sobre los cuales no ha habido acuerdo?

Lo anterior respecto de los contratos que ya estudió el mencionado Tribunal de Arbitramento, esto es respecto de los contratos del 16 de enero de 1997, el 28 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999.

Pero además si bajo las mismas condiciones y argumentos del laudo puede decidirse por esta jurisdicción respecto de los contratos del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL Y COMCEL, del 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 también suscritos entre la entidad demandante y COMCEL S.A. y que no fueron estudiados en aquella oportunidad, que también constituyeron agencia y por ende generan todas las consecuencias jurídicas de su declaratoria.

Planteado así el asunto, debe iniciarse por analizar los efectos de un laudo arbitral producto de la cláusula compromisoria pactada entre las partes y al cual se sujetaron estas bajo los postulados del principio de la cosa juzgada.

Sabido es que el laudo produce efectos de cosa juzgada, y su inmodificabilidad es consecuencia de esta garantía procesal.

Doctrinariamente debemos rememorar a Guasp para quien la sentencia en firme es aquella que no puede ser impugnada o atacada en el mismo proceso en que se dictó; concepto que es aplicable, en principio, al laudo Arbitral, que puede llegar a ser firme por el transcurso del plazo legal sin haber sido impugnado por ninguna de las partes y por el fracaso de su anulación. Produce efectos idénticos a la cosa juzgada, alcanzando así las partes con el arbitraje los mismos objetivos que con la jurisdicción civil como equivalente jurisdiccional; lo que quiere decir que los efectos del laudo funcionan con el mismo alcance y eficacia que los de la cosa juzgada de una sentencia.

En el evento, lo que se pretende es que a través de este proceso, es acoger la decisión por este concluida pero además dar alcance o pronunciamiento sobre aspecto fundamental que en concepto de la parte demandante, no lo hizo o no fue abordado por el tribunal de arbitramento y el fallo que data el 12 de junio de 2015.

El laudo fue aportado al expediente en la forma y términos obrantes a folios 693 a 703 del cuaderno 1 de esta actuación, junto con la resolución de la aclaración y complementación razón por la cual, premisa fundamental de la que ha de partir este despacho es de la revisión del mismo, primordialmente, de los dos grandes aspectos pedidos en la demanda el reconocimiento de la cesantía comercial de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio y en segundo lugar, el levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados.

El numeral 1° del laudo reza:

1. "Declarar que entre, Comunicación Celular S.A.- Comcel S.A. como agenciado, y Conexcel S.A., como agente, se celebró y ejecutó una relación jurídica de agencia comercial, para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comunicación Celular S.A. – Comcel S.A. y para la comercialización de otros productos y servicios de la demandada.

(...)

4. Declarar que Comunicación Celular S.A – Comcel S.A. está obligado a reconocer y pagar a CONEXCEL S.A. la prestación derivada del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.”

Y a continuación, en el literal c denominado “Sobre las pretensiones de condena de la demanda”, el tribunal desplegó las condenas concretas correspondientes a la consecuencia de haber declarado la agencia comercial, incluyendo los valores claros por concepto de las indemnización de ley e intereses, negando por último las demás pretensiones de la demanda, entre las que se encontraba la concerniente a los gravámenes hipotecarios constituidos conforme a lo pedido en la pretensión No. 23 de lo allá demandado.

Quiere decir lo anterior, que adelantado el trámite arbitral, y contrario a lo que se afirma en los hechos de la demanda, si se precisó en calificación y cuantía determinada cada uno de los montos reconocidos por concepto de lo previsto en el artículo 1324 del Código de Comercio dentro del laudo y que respecto al levantamiento de gravámenes hipotecarios constituidos, éste fue negado por la misma decisión y luego la providencia que corrigió algunos conceptos. En ese orden y para los fines de este proceso, todas y cada una de las pretensiones que ahora por este proceso se pretenden respecto de los contratos numerados (i), (ii) y (iii) del numeral quinto de las pretensiones declarativas ya fueron decididas y no es dable para esta juzgadora volver sobre el punto.

Este solo aspecto da cuenta, de una total ausencia de técnica argumentativa para el momento de presentar la demanda, pues además de pretender nuevamente la valoración de hechos y pruebas ya analizados pretende dar un alcance distinto a la decisión del tribunal lo cual no resulta plausible siquiera a la luz de la constatación efectuada.

De nada sirve volver sobre comisiones reconocidas o pagos anticipados efectuados o no, aportando dictámenes y medios de prueba que en no resultan nuevos, si como se vio ya el tribunal hizo el análisis y ejercicio contable claro por el que arribó a las sumas de condena establecidas, razón suficiente para que este despacho deniegue la totalidad de las pretensiones solicitadas con base en la copia auténtica del laudo arbitral aportado al expediente por la propia parte actora.

3. Pero lo anterior, no cobija a los demás contratos contenidos en esta demanda y que no fueron objeto de resolución por parte de aquella decisión arbitral. Se referirá ahora este juzgado a la viabilidad de las pretensiones planteadas respecto de los siguientes contratos:

(iv) Contrato del 27 de julio de 1999 entre CONEXCEL y COMCEL, -antes CELCARIBE-.

(v) Contrato del 11 de mayo de 2000 entre CONEXCEL y COMCEL -antes CELCARIBE-.

(vi) Contrato del 13 de abril de 2002 entre CONEXCEL y COMCEL - BULEVAR LTDA, -Hoy CONEXCEL-.

(vii) Contrato firmado el 3 de abril de 2003 entre CONEXCEL y CELCARIBE, -Hoy COMCEL

A estos se dirigirá, el análisis siguiente:

El contrato de agencia comercial.

Importa puntualizar en relación al contrato de agencia comercial lo siguiente:

El Código de Comercio de 1971 consagró en el artículo 1317 el referido negocio como un contrato autónomo, por medio del cual 'un comerciante asume en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover o explotar

negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.

Conforme al artículo 1318 siguiente "Salvo pacto en contrario, el empresario no podrá servirse de varios agentes en una misma zona y para el mismo ramo de actividades o productos". Adicionalmente el contrato exige especificar las facultades del agente, el ramo sobre el cual versan sus actividades, el tiempo de duración de las mismas, el territorio en que se desarrollen y debe ser inscrito en el registro mercantil.

La Corte Suprema de Justicia, en no pocas oportunidades se ha referido a esta especial clase de contrato. En fallo de 24 de julio de 2012, exp. 1998-21524-01, ratificado en la sentencia de 10 de septiembre de 2013, con ponencia del H. Magistrado Fernando Giraldo Gutiérrez, dijo:

a.-) Que como su objeto es 'promover o explotar negocios' del agenciado, implica un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, orientado a conquistar, conservar, ampliar o recuperar clientela para aquél. Así mismo, que como la actividad se ejecuta en favor de quien confiere el encargo, actuando el agente por cuenta ajena, recibe en contraprestación una remuneración dependiendo, en principio, de los negocios celebrados.

b.-) Que los efectos económicos de esa gestión repercuten directamente en el patrimonio del agenciado, viéndose favorecido o afectado por los resultados que arroje; además de que la clientela pasa a ser suya, pues, la labor es de enlace únicamente.

c.-) Que existe independencia y autonomía del agente, por ser ajeno a la estructura organizacional del empresario, sin que ello impida que éste le imparta ciertas instrucciones para el cumplimiento de la labor encomendada, al tenor del artículo 1321 ibídem.

d.-) *Que tiene un ánimo de estabilidad o permanencia, en la medida que se refiere a la promoción continua del negocio del agenciado y no a un asunto en particular, lo que excluye de entrada los encargos esporádicos y ocasionales.*

e.-) *Que el compromiso debe cumplirse en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional”.*

Al tenor del artículo 1324 se fijan sus efectos luego de la terminación del contrato, consagrándose por la ley una cesantía comercial conforme a lo allí previsto.

3. Debe decirse que aunque no existe unanimidad sobre el punto, la jurisprudencia tanto de tribunales como de nuestra Corte Suprema y los tribunales de arbitramento, estos últimos sin ser vinculantes para la actual decisión, pero que se han ocupado de la agencia comercial, han marcado pautas generales frente a los litigios presentados de similares características al que ahora se estudia, como los siguientes:

- Prevalencia del contrato escrito. Como el contrato es ley para las partes (C.C., art. 1602), se presume que su texto es fiel reflejo de la voluntad de los contrayentes¹, salvo que exista evidencia de una voluntad contraria a la que las partes plasmaron por escrito. No basta, entonces, con afirmar que las partes convinieron una cosa, pero deseaban otra (en especial, si ninguna de ellas lo alegó durante la vigencia del contrato), ni que existió una suerte de acuerdo “implícito” que coexistió con el contrato que las partes suscribieron.

¹ CSJ, S. Civil, Exp. 2075, jul. 18/05, M. P. Silvio Fernando Trejqs Bueno

- La contabilidad de las partes (llevada en debida forma) da fe del contrato que ejecutaron. Según el artículo 1622 del Código Civil, un contrato debe interpretarse por la "aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes", ejecución de la cual queda rastro en los documentos contables. Por tanto, si hubiera ambigüedad en el texto contractual, habría que indagar si la contabilidad de las partes refleja el pago de comisiones, entendidas como valores pagados por la intermediación en la venta de un bien o en la prestación de un servicio, las cuales deben ser reconocidas como ingresos o gastos según sea la naturaleza. La falta de registros por concepto de causación y pago de comisiones al supuesto "agente" impide estimar la cesantía comercial, pues cuando el artículo 1324 del Código de Comercio dispone que la cesantía se calcula sobre "la comisión, regalía o utilidad", no se refiere a las utilidades del agenciado, sino a la remuneración del agente².

- Debe demostrarse el "actuar por cuenta ajena". El que pretenda demostrar la agencia tendrá que acreditar que actuó con el fin de promover y explotar los negocios de la empresa agenciada, y que el beneficio del negocio redundó preponderantemente en esta última y no del sedicente agente, pues "el agente, no asume esas contingencias porque realiza su actividad profesional para el *dominus negotii*, de ahí que el vínculo jurídico se establece directamente entre el comitente y el cliente, pues el agente es solo un intermediario"³. Ello con independencia de que, por cuenta del contrato, ambas empresas aumenten sus ingresos, pues para ello han contratado.

Pero si un comerciante adquiere productos para su posterior reventa, quedando a cargo de su colocación en el mercado, del riesgo de cartera, del riesgo comercial (por la subida o caída de precios) y también de las utilidades obtenidas, entonces actúa como propietario de su negocio y no como agente comercial.

Los anteriores parámetros y en esencia actuar por cuenta ajena deben ser probados en la agencia comercial. Pero algunos elementos que suelen

² Tribunal Arbitral de Automotora Nacional S.A. (Autonal S.A.) contra Sociedad de Fabricación de Automotores S.A. (Sofasa S.A.), laudo del 25 de abril del 2017.

³ CSJ, S. Civil, Rad. 11001-31-03-014-2004-00027-01, sep. 30/15. M. P. Ariel Salazar Ramírez. Las notas al pie son de la sentencia.

estar presentes en los contratos de agencia, lo están también en otros, por lo cual no sirven como elemento de distinción.

Como la agencia comercial es un contrato autónomo, "no puede entenderse probado con la simple demostración de otro de los contratos antes mencionados [refiriéndose a los contratos de construcción, distribución, suministro, compra al por mayor y depósito], porque éstos, como se dijo, no conllevan necesariamente la existencia de agencia comercial"⁴. No basta con demostrar un elemento de otro contrato, sino que el actor tiene que acreditar todos los elementos de la agencia.

Algunos de estos elementos comunes a otros contratos son: (i) la independencia del contratista, que no es exclusiva del contrato de agencia, sino que se presenta también en el contrato de suministro, por ejemplo (C. Co., art. 968); (ii) la fijación de metas, precios o zonas exclusivas de distribución, que no pugna con contratos de suministro, distribución o ventas al por mayor, y (iii) la promoción y explotación de una marca. En ninguno de estos casos existe una "mutación" del contrato celebrado a uno de agencia comercial, al menos no a la luz de los precedentes vigentes.

Si bien el pacto para explotar y promover negocios ajenos es un indicio de la existencia de la agencia, la Corte Suprema ha reconocido que "*la publicidad del producto y el prestigio de la marca de fábrica, son valores inmateriales que permanecen en la esfera del productor y constituyen su fuerza contractual real...*"⁵, sin que ello pueda entonces confundirse con la consecución de clientela para el productor o fabricante.

Descendiendo al caso en concreto, y desde el anterior marco teórico referenciado habrá de examinarse si los contratos adicionados a los primeros sobre los que ya se pronunció el laudo favorablemente cumplen o no con los derroteros esbozados partiendo de la no obligatoriedad del laudo respecto de

⁴ CSJ, S. Civil, Exp. 4701, oct. 31/95, M. P. Pedro Lafont Pianetta.
⁵ CSJ, S. Civil, Exp. 09211-01, dic. 15/06, M. P. Pedro Octavio Munar Cadena.

estos nuevos convenios.

Elemento primordial como lo precisó la jurisprudencia transcrita, es la actuación por cuenta ajena. Tuvo CONEXCEL S.A. que actuar por cuenta de COMCEL para beneficio de esta última como finalidad última y principal del contrato pactado, sin embargo, observa el despacho en el numeral 3., de los contratos allegados la siguiente convención:

"CLAUSULA PRIMERA: El presente contrato tiene por objeto la distribución y venta, por parte del DISTRIBUIDOR, del servicio de telefonía móvil celular que presta CELCARIBE, mediante aparatos terminales (teléfonos) y accesorios adecuados para el mismo, de propiedad del DISTRIBUIDOR, siempre y cuando dichos aparatos y accesorios se encuentren homologados por el Ministerio de Comunicaciones...

(...)

El DISTRIBUIDOR acepta y declara que el presente contrato no compromete a CELCARIBE por ninguna obligación contraída por el DISTRIBUIDOR con terceros. " (fl. 121, c.1)

En virtud de este contrato, COMCEL antes CELCARIBE concedió CONEXCEL, como DISTRIBUIDOR, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneja, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

Luego lo cierto es que no actuaba por cuenta de Comcel. La demandante adquiriría los productos y los distribuía en una zona determinada, o zona adjudicada para el efecto desde el inicio, lo cual impide la configuración del contrato de agencia comercial

Otro ejemplo, la cláusula tercera reza:

"Desde ya, el DISTRIBUIDOR reconoce y acepta expresamente: a) que el presente contrato no lo constituye, de ninguna forma, en Agente de CELCARIBE y que, por tanto no le son aplicables las normas relativas a la Agencia ni a la

Agencia comercial contenidas en los artículos 264 y 265 ni los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio de Colombia.”

El contrato no fue inscrito como lo exige la agencia, y en cuanto a la contabilidad llevada y de la que da cuenta, en particular, en debida forma de las comisiones recibidas por la demandante en desarrollo de su gestión, no se hace expresa diferencia entre lo reseñado y una simple remuneración dentro de un contrato de distribución, es decir, las comisiones, bonificaciones, residuales y demás ingresos salvo prueba que no se allegó al expediente no hacen parte de las comisiones de que trata un contrato de agencia pues ese no fue el querer de las partes pactado en el contrato

Este despacho, concluye de lo revisado contablemente que en efecto se pactaron y pagaron comisiones, que en determinado momento de la ejecución del contrato pero incluso estas englobaban las actividades cumplidas en zonas distintas incluso de la costa caribe conforme se lee del informe visto a folios 1 a 58 del cuaderno 1.c del expediente. Correspondía probar a la parte actora con claridad lo cumplido en la costa caribe y respecto de los contratos aca dubitados. No habiéndolo hecho, se constata que fueron ventas remuneradas en un contrato de distribución. Con apoyo en lo dicho, todos los contratos fueron ejecutados y pagados íntegramente

Lo anterior para indicar que el informe allegado se valora y se acoge en cuanto aportó al litigio la prueba de haber causado y pagado una remuneración que se tenía por convenida por los contratantes desde el contrato mismo, en la forma y términos por ellos estipulada. Pero no para derivar de aquellos la procedencia de la cesantía comercial pedida con la demanda.

Por último, la prelación del contrato escrito. Este despacho, considera que el texto es fiel reflejo del querer de las partes, es precisamente donde existen cláusulas oscuras o ambigüedad, donde el juez puede intervenir en una labor de interpretación, pero donde no existe tal oscuridad es la voluntad contractual la que prevalece. La ley solo entra a suplir la voluntad de los contrayentes en el evento de una carencia o vacío que requiere de su manifestación pero por el hecho de existir comisiones, actuar en obediencia de directrices de la empresa COMCEL S.A. puede deducirse la existencia sin mas de un contrato de agencia comercial que reemplace lo pactado claramente, menos

276

aún , cuando se excluyó conjuntamente la figura de agencia y la empresa actora CONEXCEL no demostró actuar por cuenta de su contraparte.

La interpretación de los contratos.

Parte el despacho, de la regla consagrada en los artículos 1602 y 1603 del Código Civil en cuanto al carácter vinculante interpartes de lo convenido entre ellas dentro de la relación comercial. Rezan estas normas:

“ARTICULO 1602. LOS CONTRATOS SON LEY PARA LAS PARTES. Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.

ARTICULO 1603. EJECUCIÓN DE BUENA FE. Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

El artículo 1618 del Código Civil señala que si los términos de un contrato son claros y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará al **sentido literal de sus cláusulas**. Por su parte, si las palabras parecieren contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas.

Sobre el alcance y la interpretación de la voluntad de las partes en los contratos ha dicho la H.Corte Suprema de justicia:

“Las similitudes entre las múltiples formas de colaboración que se pueden concertar para la expansión de los mercados, ya sea que busquen fortalecer actividades de distribución, comercialización o promoción, e incluso todas ellas en conjunto, quedan atemperadas por los aspectos puntuales que las diferencian y que se constituyen en la mejor manera de comprobar la verdadera voluntad de los contratantes, cuando se les otorga una denominación que no corresponde o son el producto de actos originados en acuerdos verbales entre las partes.

“Desde esa óptica, si entre un empresario y un intermediario, cualquiera

que sea la denominación que se le dé, se documentan los términos en que se acometerá la penetración del mercado, la labor de los jueces se focaliza en verificar si lo escrito se encuentra acorde con el marco normativo que rige la clase de contrato señalado, si en la ejecución se llevan a cabo aspectos ajenos a lo que se consignó y si existe una distorsión tal que lo desvirtúe en su esencia, debiendo prevalecer siempre el querer de los contratantes, sin que ni siquiera se requiera invocar su simulación o invalidación.

“Pero si los reclamos de la contienda se originan en hechos hilvanados, que se anuncian constitutivos de una determinada clase de pacto, es respecto de éste que se debe adelantar el escudriñamiento para acceder o no a lo pretendido.

En este sentido, memórese que *“...sea cual fuere la modalidad de intermediación por la que opten las partes, lo cierto es que cuando el fabricante decida acudir a terceros autónomos e independientes, con quienes establezca pactos estables y permanentes de comercialización de sus productos, tales negocios suelen tener en común diversos rasgos propios de su género, entre ellos, la gradual intervención del productor en la actividad del distribuidor, concretamente, a través de aquellos actos que le permiten asumir cierto control de algunos aspectos de la operación de promoción, publicidad y mercadeo. Puestas en ese orden las cosas, deviene palmario que a quien tenga interés en distinguir entre las diferentes modalidades de negocios distribución de la anotada naturaleza, flaco servicio le presta acudir a dichas trazas comunes como criterio diferenciador”⁶.*

Bajo los anteriores derroteros, la tesis que acá se defiende es que si bien el elemento diferenciador entre un contrato de agencia comercial y otro cualquiera de comercialización no está en todo caso, claramente delimitado ni desde la ley ni jurisprudencialmente, lo cierto es que en el evento puesto bajo consideración, las partes se sujetaron a un clausulado convenido conjuntamente como contrato de distribución, excluyendo expresamente cualquier forma de agencia comercial, lo que impide a esta juzgadora en cumplimiento de lo previsto por los artículos 1602 y 1603 del Código Civil señalados, adentrarse en interpretaciones diversas a lo que literalmente se consignó en los contratos.

⁶ Cfr. C.S.J.: Sal. Cas. Civ. Sent. 15-12-2006. MP. Pedro Octavio Munar Cadena Ref. No.76001 3103 009 1992 09211 01.

Y lo anterior atendiendo al principio de la buena fe contractual y la autonomía de los particulares según los cuales los intervinientes se sujetan a lo acordado en la forma y términos del contrato inicial. Intentar cambiar las condiciones de una contratación con posterioridad a su culminación atenta directamente contra aquellos principios.

Ahora bien, sostener que con base en pronunciamientos arbitrales anteriores, que analizaron contratos similares, de los que si se derivó la existencia de agencia no es siquiera viable en contratos, que por muy similares que parezcan y se hayan pactado entre las mismas partes, no lograron probar en este escenario la existencia indubitable del contrato de agencia. Ausente como se encuentra incluso la prueba de todos los contratos celebrados y la ambigüedad de las argumentaciones tendientes a desvirtuar lo expresamente pactado impiden resultados similares o iguales.

De allí entonces que una consideración dirigida a cuestionar un tipo de contratación convenida claramente debe suponer una incertidumbre por lo menos entre lo que se quiso decir y lo que efectivamente quedó plasmado en el contrato. O la evidencia de que en la ejecución del contrato mismo lo que se pactó como distribución configuraba plenamente los elementos de la agencia, pero nada de ello se pudo probar en el expediente. Si acaso se puede advertir que seguramente pudo tener elementos de la agencia pero que no por ello se convierte o ha de entenderse como tal.

Y a esta conclusión se llega, tras valorar como se advirtió los elementos probatorios oportunamente allegados, toda vez que no hay evidencia que dé cuenta que las actuaciones comerciales que realizó la empresa demandante para promover el objeto social del productor, en la forma que lo exige la agencia comercial: *“una actividad permanente de intermediación frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo...”*⁷.

Al cariz de lo expuesto, se concluye, como se anticipó, que el contrato de distribución base de las pretensiones principales no puede calificarse como de agencia comercial, puesto que como se vio se trató de un pacto para la reventa de los productos de la pasiva, donde el riesgo económico lo corría la

⁷ “Tribunal de Arbitramento de Daniel J. Fernández & Cía. Ltda., vr. FiberGlass Colombia S.A. Laudo Arbitral del 19 de Febrero de 1997”. SUESCÚN MELO, Jorge. “Derecho Privado Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo”. Tomo II, Segunda Edición. Editorial Legis. 2005, pág. 461.

demandante, sin que en su ejecución surgieran otras tonalidades contractuales con la virtualidad de modificar las obligaciones inicialmente pactadas por los extremos procesales, si bien se pactaron comisiones que luego comprendieron anticipos, bonificaciones, etc ello no dio lugar al cambio de denominación del contrato. Y a una segunda conclusión, se arriba con base en los informes periciales presentes en el expediente y es que por medio de tales comisiones y anticipos ya se produjeron y cancelaron, como se estipuló en el contrato, las sumas que por eventuales indemnizaciones o inconformidades entre las partes, solicitó la demandante a través del libelo, junto con los presuntos intereses pedidos y en consecuencia, no hay lugar a disponer pago distinto al que por esta sentencia se dispondrá a continuación.

Colofón de lo anterior, las pretensiones no tienen vocación de prosperidad, como quiera que no se acreditaron los presupuestos necesarios para que se configure el contrato de agencia comercial aludido desvirtuando el pacto de Distribución suscrito, situación que genera que las subsidiarias tampoco sean declaradas, como quiera que *"junto al contrato de DISTRIBUCIÓN suscrito entre CELOCCIDENTE Y CIA S.A. EN LIQUIDACION , y COMCEL S.A."*, no nació una relación contractual de Agencia Comercial exclusiva, ejecutada mediante los tres contratos allegados con la demanda, ya que no se demostró fundamentalmente la característica esencial del mismo como lo es, que la demandante actuará siempre como representante o agente de la entidad demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste. Lo anterior sin que tampoco pueda pronunciarse el despacho sobre el levantamiento de gravámenes hipotecarios por medio de este proceso.

Se condenará en costas a la parte demandante.

Colofón de lo anterior, lo que atañe a las declarativas de agencia comercial, su vigencia, su incumplimiento por parte de COMCEL S.A., la forma de terminación del contrato, las garantías constituidas y las condenas en concreto, se encuentran claramente definidas en el laudo arbitral y por lo tanto resulta inane cualquier pronunciamiento posterior respecto de los contratos iniciales. Pero en los aquí cuestionados se negará las declaraciones pedidas.

Finalmente se condenará en costas a la parte demandante.

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el **JUZGADO CUARENTA Y SIETE CIVIL DEL CIRCUITO DE BOGOTÁ, D.C.**, , administrando justicia en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

PRIMERO: NEGAR ÍNTEGRAMENTE las pretensiones de la demanda.

SEGUNDO: CONDENAR en costas a la parte demandante APNTE VILLAMIL ZULUAGA Y CIA EN C. y CONEXCEL S.A. Se fijan como agencias en derecho la suma de \$ 8'000.000.-.

Cópiese, notifíquese y cúmplase.

La Jueza,


AURA ESCOBAR CASTELLANOS

	República De Colombia Rama Judicial Del Poder Público Juzgado Civil del Circuito de Bogotá, D. C.
POR ESTADO	
El anterior auto se notificó por estado	
Nº. <u>110</u>	Fecha: <u>20 SET 2019</u>
Secretaría (o): 	