REPÚBLICA DE COLOMBIA

RAMA JUDICIAL
TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
SALA SÉPTIMA CIVIL DE DECISIÓN

Bogotá D.C., diecinueve (19) de febrero de dos mil veinte (2020).

Magistrado ponente: **MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA**

Proceso No.	11001310300320140060703
Clase:	ORDINARIO – AGENCIA COMERCIAL
Demandantes:	CONEXCEL S.A. EN REORGANIZACIÓN y APONTE VILLAMIL ZULUAGA y CÍA. S.A.S.
Demandada:	COMUNICACIÓN CELULAR S.A. – COMCEL S.A.

Como se anunció en la audiencia del pasado 11 de febrero, se decide la apelación que formuló la parte demandante contra la sentencia de 20 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, mediante la cual les negó sus pretensiones.

ANTECEDENTES

1. En el subsanado libelo[1], Conexcel S.A. en Reorganización[2] (en adelante Conexcel[3]) y Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S.A.S. (en adelante Aponte Villamil), para dirimir las "diferencias relativas a la **comercialización de aparatos y servicios** en la **Costa Atlántica** [Celcaribe] y de **datos en todo el país**"[4], demandaron a Claro S.A. (en adelante Claro), cuyas pretensiones dividieron en dos secciones: la primera, **declarativas**, contenidas en cuatro capítulos, y la segunda, de **condena** con un capítulo, así:

---

[1] Ver folios 824-856, cdno. 1A.
[2] A partir del 23 de septiembre de 2014, según se deduce del auto de la Superintendencia de Insolvencia de la Supersociedades, obrante a folios 73-75, cdno. 1C.
[3] Antes Conexcel Boulevar Ltda. (fl. 699, cdno. 1).
[4] Ver folio 824, cdno. 1A.

1.2. Pretensiones declarativas.

1.2.1. En el primer capítulo sobre "***naturaleza y condiciones de ejecución contractual***", pidió declarar:

a) La "celebración, ejecución, terminación y liquidación del contrato celebrado entre Comcel y Conexcel", salvo lo "resuelto" o "reconocido por el Tribunal de Arbitramento constituido para resolver las diferencias entre"[5] ellas; **b)** que entre Comcel, como "agenciado", y Conexcel, como "agente", se celebró un convenio de "agencia comercial para promover la prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comcel" y la "comercialización de otros productos y servicios de la demandada; **c)** que, en consecuencia, se reconozca a Conexcel la prestación del inciso 1° del artículo 1324 del C.Co.; **d)** que el contrato fue de adhesión y debe interpretarse con base en los artículos 1624 del C.C., 822 del C.Co., 95 y 333 de la Constitución; **e)** que la relación contractual se integró por las convenciones celebradas el 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998, agosto de 2002 y 20 de junio de 2006 entre Conexcel y Comcel; **el 27 de julio de 1999[6], 11 de mayo de 2000[7], 13 de abril de 2002, 3 de abril de 2003 por Conexcel y Comcel** (antes Celcaribe) y el 5 de octubre de 1999 entre Conexcel y Occel S.A. (luego Comcel, hoy Claro); **f)** que el vínculo se extendió de 16 de enero de 1997 a 13 de enero de 2010, o cuando acá la justicia disponga; **g)** que Conexcel terminó de manera unilateral el acuerdo, por causa imputable a su opositora;

h) que Comcel no le pagó, de un lado, el 20% del valor adicional sobre remuneración (con inclusión de comisiones, residual o cualquier otra retribución), sino que sobre el 100% de ellas hizo una imputación irreal; de otro, no se le pagó "ningún anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación" causados a la culminación del acuerdo y, además, que le cancele el 20% del valor de las comisiones por activaciones, por residual u otras retribuciones, destinadas a cubrir anticipadamente el valor de cualquier prestación, bonificación e indemnización que deba pagar el demandado; **(i)** que

---

[5] Se trata del laudo de 9 de mayo de 2011 y su complementación de 1° de junio siguiente, proferido por los árbitros Sergio Rodríguez Azuero, Luis Fernando Alvarado Ortiz y Nicolás Gamboa Morales; folio 831, cdno. 1A.
[6] Fl. 136, cdno. 1.
[7] Ver folio 196, cdno. 1.

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 (sin limitarse a las subcuentas auxiliares de 2605101210 y 5295050017) hacen parte de las subcuentas del PUC de comisiones (sin limitarse a las subcuentas 260510 y 529505); j) que conforme al Manual de Procedimiento y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos aludidos, Comcel fue quien determinó los criterios de selección y evaluación financiera de los abonados y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos; **k)** que los acuerdos comercializados por el agente se celebraron entre el agenciado y los usuarios, según se acordó en las estipulaciones 7.5., 1.11, 1.13 y 1.16; y **l)** que por el vínculo directo entre Comcel y el suscriptor de los servicios ofrecidos (cláusulas 1.11, 1.13 y 1.16 del contrato), el demandado era el único obligado a asumir las consecuencias derivadas de estos tratos con los suscriptores.

1.2.2. En el segundo capítulo sobre el "***incumplimiento contractual***", pidió declarar que Comcel incumplió los contratos y normas propias por incurrir en las siguientes acciones u omisiones:

a) disfrazar intencionalmente la naturaleza jurídica del contrato; **b)** presionar para modificar de manera unilateral las condiciones convenidas; **c)** trasladarle funciones administrativas propias de Comcel; **d)** reducir unilateralmente los niveles de retribución (comisiones, bonificaciones e incentivos) fijados a favor del agente, sin tener facultad para ello, pese al rechazo de la demandante; **e)** no pagar todas las comisiones de activación realizadas durante el contrato; **f)** dejar de liquidar y cancelar la comisión por residual y no informarle al agente sobre cuál hizo la liquidación, no obstante su obligación; **g)** estipular, cobrar y aplicar penalizaciones referidas en las 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°, numeral 1° del Anexo A, sin demostrar previamente las hipótesis que las justifican; **h)** sancionar al agente con descuentos por fraudes imputables a terceros; **i)** imponer la firma de paz y salvos incondicionales; **j)** obligarlo a pagar tanto el teléfono como la facturación dejada de pagar por los usuarios; **l)** ocultar información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual; **m)** imponer la obligación de digitar las activaciones en tiempos irrazonables durante los periodos de promoción para no

pagar las digitadas por fuera del plazo; **n)** hacer pasar como transigidos temas no discutidos en las actas de transacción; **ñ)** redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato e incumplir el pago de los subsidios de arrendamiento; **o)** no pagar los subsidios de arrendamiento, y **p)** no allanarse a cancelar en tiempo las hipotecas que gravaron los 17 inmuebles de las demandantes, lo que debió ocurrir una vez se terminó el contrato entre las partes (fls. 834 - 836, cdno. 1B).

1.2.3. En el tercer capítulo sobre la "***terminación unilateral del contrato***", pidió declarar:

a) Que Conexcel terminó el contrato con justa causa; por ende, Comcel debe reconocer y pagar la prestación del inciso 2° del art. 1324 del C.Co.; **b)** que el agente ejerció el derecho de retención y privilegio en los términos del artículo 1326 *ibídem*; **c)** que Comcel perdió la facultad de aplicar penalizaciones y descuentos desde el 13 de enero 2010; **d)** que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo, ni puede servir de fundamento para diligenciar los pagarés en blanco, ni hacer efectivas las 17 garantías hipotecarias constituidas para respaldar los saldos pendientes a cargo del agente, por lo que debe cancelarlas y el costo que de ello se derive; y **e)** que Comcel no tiene cartulares suscritos por Conexcel ni Aponte Villamil y de tenerlos, debe devolverlos por no existir obligación alguna de su parte (fls. 837-838, cdno. 1B)

1.2.4. En el cuarto capítulo sobre el "***abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato***", pidió declarar:

1.2.4.1. Que por la exclusividad pactada, Conexcel no podía prestar sus servicios de comercializar telefonía móvil celular y distribución de aparatos telefónicos y atención de postventa a una persona distinta de Comcel, quien asumió una posición dominante durante toda la vigencia del contrato, de la cual abusó en su celebración y ejecución, razón por la cual pide la "**ineficacia, nulidad absoluta o invalidez**", de varias **cláusulas** de todos los

contratos atrás señalados y que se repitieron en los demás convenios, anexos, adendas y otrosíes, que sean consecuencia directa o indirecta de las mismas, o resulten conexas, o aparezcan en algún documento suscrito en cualquier época en el mismo sentido. Las estipulaciones son aquellas que:

a) Sostengan que el contrato no es de "agencia, sino de "distribución, franquicia o cualquier otra modalidad de distribución diferente"; **b)** que obliguen a Conexcel a mantener indemne a Comcel; **c)** que **impliquen**: renuncias a derechos por parte de Conexcel; compensaciones ilegales por prestaciones e indemnizaciones a favor de Comcel; ausencia de responsabilidad para Comcel por algún perjuicio derivado de la terminación del contrato; caducidades contractuales; exoneraciones de responsabilidad de Comcel; que no habrá pago de comisiones causadas; imputación de dineros pagados dentro del plan CO-OP; renuncias a presentar reclamaciones por parte de Conexcel; aceptación anticipada de terceros con relación a la cesión de establecimientos; sustituciones integrales de relaciones previas, y **d)** las relacionadas con "documentos de terminación". (fls. 839 y 840, cdno. 1B).

1.2.4.2. Que se declare que las "actas de conciliación, compensación y transacción" no tienen efectos generales y que además fueron incumplidas por Comcel, puesto que hubo descuentos o penalizaciones sobre comisiones al parecer transadas (fl. 840, *ib.*).

1.3. Pretensiones de condena.

La parte demandante solicitó ordenarle a Comcel: **a)** pagarle a Conexcel: la prestación prevista en el inciso 1° del artículo 1324 del C. de Co.; las sumas pendientes por comisiones y activaciones en mora, residual, el reembolso de dineros que le fueron descontados de manera injustificada a la mencionada sociedad; la indemnización de que trata el inciso 2°, *ídem;* la indemnización de los perjuicios causados por daño emergente y lucro cesante; los intereses de mora correspondientes desde la fecha de causación hasta el pago; **b)** "solo en caso" de que el tribunal arbitral que conoce de similar pretensión por vía de reconvención (fl. 825, cdno. 1B), **cancelar las hipotecas**

que le fueron entregadas por Conexcel y que cualquier suma para ese propósito sea cancelada por su oponente, y **c)** pagarle a Conexcel y a Aponte Villamil el valor de los perjuicios causados con motivo de la renuencia a levantar los aludidos gravámenes y los intereses moratorios por las sumas causadas, con la consecuente condena en costas.

2. Para soportar su demanda, Conexcel y Aponte Villamil adujeron que el 16 de enero de 1997 la primera celebró con Comcel S.A. (hoy Claro S.A.) un contrato de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) hasta el 13 de enero de 2010, convención respecto de la cual, junto con las suscritas el 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, "**ya se pronunció el Tribunal de Arbitramento Conexcel S.A. vs." Comcel** (fl. 826, cdno. 1B).

Que también fueron suscritos contratos para similar propósito el 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000[8] y 3 de abril de 2003, entre Conexcel y Celcaribe S.A. (hoy Claro S.A.); en agosto de 2002 Comcel y Conexcel suscribieron contrato de **comercialización de control de datos**; y el [2]0 de junio de 2006 signaron otros para: **(i)** la **prestación de servicios suplementario de transmisión de dato dentro de la banda de comunicación celular**, y **(ii)** la **distribución de equipos *Blackberry Handheld*** (fl. 826, cdno. 1B); sin embargo, se trató de una sola convención de agencia comercial, que se caracterizó por: promocionar los productos de Comcel, recibo de comisiones, residuales, anticipos, bonos, bonificaciones y subsidios, como remuneración por la promoción; Conexcel tenía su propia infraestructura como empresario independiente; antes de la terminación de su relación negocial (26 de enero de 2010), no hubo penalidad alguna por parte de la demandada.

Que para garantizar el cumplimiento de las obligaciones de Conexcel, ésta firmó como garantía múltiples pagarés en blando con carta de instrucciones; ambas demandantes otorgaron hipotecas abiertas sin límite cuantía a su opositora respecto de los 17 inmuebles relacionados a folio 827 y 827 del cdno. 1B; Conexcel fue

---

[8] Ver folio 196, cdno. 1.

el agente comercial más representativo de Comcel, con 190 puntos en el país.

Adujeron que Comcel, como se invocó en las pretensiones, entre muchas cosas, disfrazó la naturaleza del contrato e indujo a error a Conexcel; incurrió en mora en el pago de las "comisiones"; redujo injustificadamente sus comisiones; le impuso de manera exagerada cargas administrativas relacionadas con descuentos, penalidades y fraudes o inconsistencias documentales inexplicables; fraccionó de manera irreal las "comisiones"; ocultó la base sobre la cual calculaba el residual; le impuso paz y salvos irreales y activaciones en plazos imposibles de cumplir; abusó del derecho mediante facultades abusivas; trasladó funciones administrativas al agente; no le pagó los subsidios de arrendamiento entre noviembre de 2019 y enero de 2010 y le impuso "actas de conciliación y transacción" (fls. 828 y 829, cdno. 1B).

Que ante el incumplimiento de la demandada, Conexcel le pidió revisar y compensar los perjuicios causados, con resultados negativos, por lo que le terminó el contrato de agencia comercial a Comcel el 8 de enero de 2010, con ocasión de lo cual se instaló un Tribunal de Arbitramento, quien el 9 de mayo de 2011 declaró la "existencia de un contrato de agencia mercantil en lo de su competencia, el incumplimiento de las obligaciones de Comcel y las indemnizaciones de orden legal" (fl. 824, *ib.*), además de declarar la nulidad del acta de liquidación, pues "no puede ser tenida como firme y definitiva, ni constituye liquidación final de cuentas, ni soporte para diligenciar pagaré alguno", pero no accedió a cancelar "las garantías" por no encontrar probada su existencia (fl. 830).

En cuanto a los contratos "Celcaribe" y de "Datos" de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, agosto de 2002, 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006, el panel arbitral se abstuvo de pronunciarse por ausencia de cláusula compromisoria (fl. 830), con fundamento en lo cual la demandada devolvió tan solo unos pagarés, sin cancelar las hipotecas constituidas como garantía del contrato de agencia; además, Comcel no le ha pagado las sumas de que tratan los incisos 1° y 2° del artículo 1324 del C. de Co. (fl. 831).

3. Una vez enterado del proceso, Comcel, en forma extemporánea[9], excepcionó: **a)** *"falta de competencia de la jurisdicción civil ordinaria para pronunciarse sobre laudos arbitrales o asuntos denegados en la justicia arbitral. Existencia de cosa juzgada. i. Existencia de cosa juzgada sobre las controversias referentes a los contratos que Conexcel suscribió con Occel y Comcel para las regiones orienta y occidental;* ***ii.*** *Existencia de cosa juzgada sobre lo referente a las hipotecas y pagarés"*; **b)** *"falta de legitimidad de la sociedad Aponte Villamil Zuluaga y Cía. S. en C. contra Comcel. Inexistencia del contrato de agencia comercial"*; **c)** *"prescripción"*; **d)** *"novación y prescripción sobre los contratos suscritos entre Conexcel y Celcaribe"*, y **e)** *"transacción"* (fls. 1166-1183, cdno. 1B).

4. La sentencia de primera instancia.

La juez negó las pretensiones de la demanda, porque la parte actora no demostró la característica haber actuado siempre como "representante o agente de la demandada, en función de conquistar un mercado para el productor y por cuenta de éste", como tampoco podía pronunciarse en torno al levantamiento de las [17] hipotecas (fl. 279, cdno. 1C).

Para ello, comenzó por recordar los "efectos de cosa juzgada" de todo laudo; luego, con miramiento en el que fuera proferido el 9 de mayo de 2011 [corregido el 1° de junio siguiente] obrante a folios 289 a 325 del cdno. 1 y 371 a 697 del cdno. 1A[10], y para resolver los temas a atinentes al: ***(i)*** reconocimiento de la cesantía comercial que regula el artículo 1324 del C. de Co. y ***(ii)*** levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados, sostuvo que tales pretensiones, edificadas en los contratos de 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999 [tendientes a promover la "prestación del servicio de telefonía móvil celular de la red de Comcel" y la "comercialización de otros productos y servicios de la demandada"] suscritos entre los aquí contendientes, no era "dable a esta juzgadora volver sobre el punto", menos cuando lo ambicionado es valorar

---

[9] formuló recurso de reposición contra el auto admisorio fundado, de un lado, en que este litigio era inviable porque sus pretensiones ya habían sido resueltas en dos laudos arbitrales (de 9 de marzo de 2011 y 12 de junio de 2015), es decir, hubo cosa juzgada, y de otro, porque la cláusula compromisoria inmersa en buena parte de los contratos fundamento de esta acción, le impedía a la jurisdicción ordinaria resolver la controversia (fls. 940 - 942, cdno. 1B).

[10] Controversia de la cual conocieron los árbitros Luis Fernando Alvarado, Sergio Rodríguez Azuero y Nicolás Gamboa.

"hechos y pruebas ya analizados", sin que pueda dársele un "alcance distinto a la decisión" de los árbitros (fl. 268, cdno. 1C).

Por lo anterior, consideró que no era viable volver sobre comisiones o pagos no reconocidos por la demandada con dictámenes para nada novedosos, máxime cuando medió un análisis y ejercicio contable que le permitió al tribunal de arbitramento arribar a las sumas de condena allí establecidas.

En lo concerniente a los contratos de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (desprovistos de cláusula compromisoria), se adentró a su estudio del negocio de la "agencia comercial" al amparo de las pautas normativas y jurisprudenciales (fl. 270, cdno. 1C), para considerar que analizado el querer de las partes de cara a las cláusulas 1ª y 3ª de esas convenciones, Conexcel "no actuaba por cuenta de Comcel", pues "la demandante adquiría los productos y los distribuía en una zona determinada, o adjudicada para el efecto desde el inicio, o cual impide la configuración del contrato de agencia comercial" (fl. 274, *ib.*).

Lo anterior, porque **(i)** "el contrato no fue inscrito como lo exige la agencia"; **(ii)** la contabilidad llevada [por la parte actora], no se diferencia de "una simple remuneración dentro de un contrato de distribución, es decir, las comisiones, bonificaciones, residuales y demás ingresos"; aunado a que si bien se pactaron y pagaron comisiones, "estas englobaban actividades cumplidas en zonas distintas del Caribe", sin que el extremo demandante hubiere allegado prueba de las "actuaciones comerciales" que dijo realizó (de manera permanente frente a la clientela o frente a un mercado para conquistarlo o ampliarlo) en la Costa Caribe respecto de los contratos acá alegados, por lo que había que colegirse que las ventas remuneradas se basaron en un "contrato de distribución" y que la cesantía comercial no se causó (fls. 275 y 278), y **(iii)** debía darse prelación al contrato escrito como fiel reflejo del querer de las partes, del que sin advertir oscuridad o ambigüedad, no le era dable al juez interpretar, máxime cuando se "excluyó conjuntamente la figura de [la] agencia y Conexcel no demostró actuar por cuenta de su contraparte" (fl. 276, cdno. 1C).

Sobre este último aspecto (interpretación de los contratos), la juzgadora, con soporte en los artículos 1602, 1603 y 1618 del C.C. y la jurisprudencia, insistió en que "las partes se sujetaron a un clausulado convenido conjuntamente como contrato de distribución", lo que impedía interpretar de manera diferente lo que "literalmente [allí] se consignó" (fl. 277), so pena de atentar contra la buena fe contractual y la autonomía de los particulares.

Resaltó que no por el hecho de que la justicia arbitral hubiere colegido estar en presencia de contratos de agencia comercial, aquí tenía que arribarse a la misma conclusión, máxime cuando ni siquiera se allegaron "todos los contratos celebrados" (fl. 278), lo que por contera impedía analizar si se configuraron los elementos de la agencia comercial.

Agregó que no se acreditaron los presupuestos para la configuración del contrato de agencia comercial y, por ende, desvirtuar el de distribución, las pretensiones subsidiarias (se infiere que la declaración de "ineficacia" y "nulidad absoluta" de algunas cláusulas de las tres convenciones allegadas con la demanda); que junto al acuerdo de "distribución suscrito" con Comcel, "no nació una relación de agencia comercial exclusiva", pues lo que involucró fue la "reventa de los productos" de la pasiva y el riesgo económico lo corría la demandante, sin que las comisiones, anticipos y bonificaciones pactadas -que por cierto ya habían sido pagadas-, involucraran un cambio de convenio.

5. Los recursos de apelación.

Con el propósito de que sea revocada la sentencia y se acceda a las pretensiones, las demandantes plantearon los siguientes reparos concretos:

5.1. Conexcel.

(i) Se encuentran acreditados los elementos esenciales de un contrato de agencia comercial (que regula el artículo 1317 y ss. del C.

de Co.) para el área de la **Costa Atlántica**[11] **(a)** se celebró entre comerciantes; **b)** hubo independencia del agente comercial; **c)** existió estabilidad o permanencia del vínculo negocial, **d)** Celcaribe, hoy Comcel -quien se sabe asume una posición propia en el mercado de telefonía móvil celular y, por ende, asume los riesgos- le encargó a Conexcel promover y explotar el negocio del primero; **e)** la zona prefijada; **f)** la remuneración que Comcel le pagó a Conexcel, y **g)** la actuación del agente por cuenta del agenciado), con renovación automática hasta 13 de enero de 2010, y así debió declararse con fundamento en el principio del "contrato realidad" y, además, por la "antinomia" (contradicción en el entramado de cláusulas, pues mientras unas hablaban de "distribución", otras de la configuración de los elementos de la "agencia comercial") y falta de contestación de la demanda y de una alegación en contrario, según lo prevé el artículo 95 del CPC, hoy 97 del CGP.

Agregó que si 24 laudos arbitrales y dos providencias de este Tribunal (de 24 de agosto y 24 de octubre de 2018[12]), con soporte en idénticos contratos, concluyeron que existió un "contrato de agencia comercial", en este escenario debió arribarse a la misma conclusión, so pena de desconocer la igualdad y la confianza legítima (fl. 310, cdno. 1C).

(ii) Debió condenarse a Comcel a la prestación mercantil que regula el artículo 1324 del C.C., a partir de la terminación del aludido convenio, 13 de enero de 2010, cuya cuantía ($5.425'335.428,oo) demostró con la falta de objeción al **juramento estimatorio**, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarla (fl. 312, cdno. 1C).

(iii) También debieron reconocerse los intereses **moratorios** sobre la indemnización en comento a partir de la aludida calenda, conforme lo ordena el artículo 65 de la Ley 45 de 1990, en concordancia con el numeral 1° del artículo 1608 del C.C., lo que para el 8 de septiembre de 2019 ascendía a $7.949'455.642,oo (fl. 313, cdno. 1C).

---

[11] Dice la parte actora que el contrato para esa **zona costera** compartía las mismas cláusulas diseñadas por las partes para las zonas de **Oriente** y **Occidente** respecto de las cuales la justicia arbitral concluyó la existencia de **contrato de agencia comercial** (fl. 308, cdno. 1C).

[12] Con ponencia de los Magistrados Óscar Humberto Ramírez Cardona y Julia María Botero Larrate, respectivamente.

(iv) La terminación del referido contrato fue por una **justa causa** provocada por Comcel (empresario), conforme lo permite el artículo 1325 del C. de Co., de suerte que debió condenársele (a Comcel) al pago de la **indemnización** especial que prevé el inciso 2° del artículo 1324, *ib.*, al igual que el lucro cesante y daño emergente sufridos por la demandante, lo que quedó demostrado con el **juramento estimatorio** que no objetó su opositora; entre las obligaciones de la demandada, se encuentra el no pago de las comisiones causadas en favor de Conexcel por $971'794.531,oo (fl. 284, cdno. 1C), las cláusulas penales por $4.843'421.108,oo y la acreditación de la marca por $656'793.392,oo (fl. 315); y los incumplimientos imputables a Comcel, están amparados por la cosa juzgada que tiene el laudo arbitral [de 9 mayo de 2011], por lo que sus pretensiones debieron tener acogida (fl. 314).

(v) En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

(vi) De acuerdo con los artículos 11 del CGP y 29 de la Constitución Política, debe declararse la **nulidad** de lo actuado por la grave violación al debido proceso que afecta por igual a su contraparte, pues a la fecha no ha sido resuelto el recurso de reposición que Comcel formuló en forma oportuna (1° de septiembre de 2015) contra el auto admisorio de la demanda, herramienta procesal que suspendió la ejecutoria de dicho proveído, hacía que la contestación de su contraparte fuera a tiempo y, por ende, ello impedía citar a la audiencia prevista en el otrora artículo 101 del CPC, nulidad que no fue saneada al punto que fue invocada por la demandada en sus alegaciones finales.

Añadió que ante la "nulidad generada, la prueba reina (juramento estimatorio) que Conexcel invoca para demostrar la cuantía de sus pretensiones de condena, deviene ineficaz, cuestionó que afecta la relación que debe existir entre el '*petitum*' y la '*causa petendi*' propuestas por Conexcel" (fl. 285, cdno. 1C).

5.2. Aponte Villamil.

(i) Comcel no contestó la demanda y la primera instancia pretermitió calificar esa conducta en la sentencia como indicio grave, conforme lo prevén los artículos 95 del CPC, 97 y 280 del CGP.

Como el representante legal de Comcel confesó en su interrogatorio que eran tres las zonas comerciales en las que operaba: Costa Atlántica, Oriente y Occidente, al haberse resuelto por el Tribunal Arbitral respecto de estas últimas que hubo un contrato de agencia comercial, debió en este asunto colegirse lo mismo en torno a la primera (fl. 454, cdno. 1C).

Sostuvo que el contrato de la Costa Atlántica, por ser vinculante para las partes y con fuerza de cosa juzgada, debió correr la misma suerte que en el laudo arbitral de 9 de mayo de 2011 que encontraron acreditado el convenio de agencia comercial en las zonas de Oriente y Occidente.

(ii) Interpretación de las cláusulas del contrato *sub júdice* por las de los otros convenios celebrados entre las mismas partes sobre la misma materia (artículo 1622 del C.C.).

Igualmente, trajo a cuento el mismo soporte que su codemandante, esto es, que los elementos del contrato de agencia se configuraron y que debía acudirse al principio de contrato realidad que resolvía la antinomia y la recta calificación de ese negocio (fl. 457).

Destacó la confesión del representante legal de Comcel al señalar que los dineros provenientes de las actividades y del consumo de tiempo al aire de los clientes activados por Conexcel, sí entraron al patrimonio de la demandada, quien además asumió los riesgos y determinó las condiciones de selección de los abonados o clientes que la demandante podía vincular a los servicios de telefonía móvil celular (fls. 459 y 460, cdno. 1C).

Señaló que no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., pues ello

solo se exige para efectos de la oponibilidad frente a terceros (fl. 460, *ib.*).

(iii) En cuanto a la **hipoteca** abierta sin cuantía determinada que Aponte Villamil constituyó a favor de Comcel para respaldar el cumplimiento del contrato de agencia comercial, sin mediar obligación qué respaldar, debió disponerse su cancelación, máxime ante la falta de contestación del libelo y la ausencia tanto de una excepción de compensación, como de una demanda de reconvención.

(iv) La prestación mercantil se demostró con la ausencia de objeción del juramento estimatorio, la cual asciende a $5.425'335.428,oo.

(v) Deben reconocerse los intereses moratorios sobre la prestación mercantil, pues el representante legal de Comcel confesó que el contrato terminó en el año 2010.

(vi) El representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, como pretende probarlo con los idénticos contratos que Comcel empleó en el año 1998 con sus agentes/distribuidores (fl. 464, cdno. 1C).

(vii) Conexcel, en cumplimiento del contrato *sub júdice*, ejecutó actividades de promoción, aún cuando el representante legal de Comcel no negó, pues el anexo C "Plan COP-OP Publicidad) del contrato suscrito daba cuenta de lo contrario en el acápite de "objetivos" (fl. 467), con lo cual desvió la atención la verdadera naturaleza del convenio y actuó con temeridad y mala fe, lo que amerita la expedición de copias penales.

CONSIDERACIONES

1. La Sala encuentra que la actuación se desarrolló normalmente, no hay causal de nulidad que se tenga que declarar, se hallan presentes los presupuestos procesales y este tribunal es competente para decidir el recurso de apelación en los términos y con las limitaciones que establece el artículo 328 del C.G.P y la

jurisprudencia de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia[13].

2. En el caso que se analiza, quedaron al margen de la discusión los razonamientos que tuvo la primera instancia para, con fundamento en los efectos de cosa juzgada del laudo arbitral de 9 de mayo de 2011, relevarse de estudiar las pretensiones tendientes a obtener: **a)** el reconocimiento de la cesantía comercial que regula el artículo 1324 del C. de Co., **b)** el levantamiento de los gravámenes hipotecarios reclamados y **c)** las comisiones o pagos no reconocidos por la demandada, que soportaron en los contratos (provistos de cláusula compromisoria) de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 16 de enero de 1997, 26 de octubre de 1998 y 5 de octubre de 1999, en la medida en que, en estrictez, ningún reproche formularon, todo lo cual limita al Tribunal en los términos que establecen el precepto y la jurisprudencia en cita.

3. Hechas estas precisiones, corresponde ahora resolver los reparos concretos formulados por los apelantes.

Para cumplir con ese propósito, el Tribunal abordará **primero**, por orden lógico, las alegaciones que formuló Conexcel, relacionadas con la existencia de una nulidad constitucional; en **segundo** lugar, si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de "**datos** para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de 20 de junio de 2006; **en tercer término**, si de los negocios jurídicos a estudiar resulta dable señalar que fueron de adhesión, si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las "comisiones, residual", "anticipos", al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co. y, **por último**, si la demandante probó que su opositora abusó de su posición contractual, o si hubo ineficacia y nulidad –en

---

[13] "el apelante debe formular los cargos concretos, y cuestionar las razones de la decisión o de los segmentos específicos que deben enmendarse, porque aquello que no sea objeto del recurso, no puede ser materia de decisión, salvo las autorizaciones legales necesarias y forzosas (art. 357 del C. de P. C., y 328 del C. G. del P.)." (CSJ, sentencia del 1° de agosto de 2014, expediente SC10223-2014, M.P. Luis Armando Tolosa Villabona).

subsidio- de algunas cláusulas de los contratos, por todo lo cual debía declararse que no podía –ni pueden- diligenciarse los pagarés en blanco, ni hacerse efectiva la restante garantía hipotecaria contenida en la Escritura Pública n.° 1023 de 22 de abril de 2003 otorgada en la Notaría 25 de Bogotá, con la aclaratoria de la anterior contenida en la Escritura Pública n.° 1938 otorgada el 17 de julio de 2003 en la Notaría 25 de Bogotá, constituida para respaldar los saldos pendientes a cargo de la parte demandante, ni que el acta de liquidación que Comcel elaboró, no puede considerarse definitiva, ni presta mérito ejecutivo.

3.1. De la nulidad constitucional.

A pesar de que el recurso de alzada no es el escenario propicio para interponer nulidades, en el caso en estudio no se ha presentado el vicio exhibido por el censor.

En efecto, aduce Conexcel que en la primera instancia se configuró una nulidad por violación al "debido proceso", en la medida en que el recurso de reposición formulado por su contraparte contra el auto admisorio de la demanda de 15 de enero de 2015, no ha sido resuelto.

Sin embargo, pasa por alto que las "irregularidades" a que aludió la apelante en su solicitud de nulidad, no se enmarcan en ninguna de las causales de invalidación que, **taxativamente**, previó el ordenamiento jurídico (artículo 133 del CGP), aserto que, contrario a lo que sostuvo la recurrente, no sufre mengua ni siquiera en virtud de las previsiones del artículo 29 de la Constitución Política, pues el supuesto de nulidad "supralegal" allí contenido, que constituye la **única** excepción a la regla de taxatividad a que ya se hizo mención (artículo 135, ídem), sólo tiene lugar en aquellos casos en que una decisión judicial se hubiera soportado, fundamentalmente, en una prueba obtenida en forma ilegal[14], hipótesis que es por entero ajena a la solicitud de anulación que formuló Conexcel, quien, vuelve y se insiste, no denunció que el fallo de primera instancia se hubiera apoyado en un elemento de juicio de esa naturaleza.

---

[14] Corte Constitucional, sentencia C - 491 de 1995

Además, aunque ante el Tribunal Conexcel evocó tangencialmente los numerales 5° y 6° del artículo 133 del CGP, no puede pasarse por alto que Conexcel carece de legitimación para proponerla porque ella debe alegarla la persona afectada (artículo 143 del CPC, hoy 135 del CGP), en este caso Comcel S.A.

En todo caso, téngase en cuenta que mediante proveído de 14 de enero de 2016, el *a quo* sí hizo mención a la extemporaneidad de la formulación del aludido medio horizontal al haberse presentado hasta el 1° de septiembre de 2015, cuando debía hacerlo a más tardar el 26 de agosto anterior (fls. 964, cdno. 1B), postura que mantuvo incólume en auto de 18 de abril de 2016 al rechazar el incidente que para ese propósito presentó la interesada (Comcel), entre otras razones, porque con ese proceder, la interesada, se itera, Comcel, la saneó en los términos del artículo 144, numeral 4° del CPC, a lo que agregó que en la audiencia de conciliación evacuada el 6 anterior, lo que se pidió el apoderado de la demandada fue una suspensión de mutuo acuerdo y nada más (fl. 9, cdno. inc. nul.).

Es más, en audiencia celebrada el 15 de enero de 2018, la apoderada de la hoy parte recurrente fue quien pidió negar la nulidad invocada por su opositora porque tal pedimento ya había sido "objeto de pronunciamiento por parte del despacho", pues "la reposición [contra el auto admisorio] **fue promovida fuera de tiempo**" (fl. 1246, cdno. 1B), de suerte que un planteamiento contrario a esa manifestación, raya con la **lealtad** a que alude el artículo 78 del CGP, razón por la cual no prospera el último de sus reparos concretos.

3.2. En cuanto a si resulta viable estudiar las pretensiones con soporte en los contratos de promoción y comercialización de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000, 13 de abril de 2002 y 3 de abril de 2003 (de la Costa Caribe) y los dos convenios de "**datos** para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de 20 de junio de 2006, debe decirse lo siguiente:

Tiene que admitirse que los demandantes probaron la existencia de los aludidos contratos, pues de ellos dan cuenta los

documentos visibles a folios 223-277, cdno. 1, 740-813, cdno. 1B, los cuales cobraron autenticidad por obra del reconocimiento tácito que se produjo al no haber sido tachado de falso por el demandado (numeral 3°, artículo 252 y 276 del CPC). E igualmente se debe aceptar, que como Comcel no contestó oportunamente la demanda (fl. 957, cdno 1B), dio lugar a que en su contra se estructurara un indicio grave, por mandato del artículo 95 del Código de Procedimiento Civil.

Sin embargo, tal como lo consideró el *a quo*, la parte demandante no allegó al proceso todos los contratos fundamento de las pretensiones, entre ellos, los que se dicen suscritos los días 27 de julio de 1999, 11 de mayo de 2000 y 13 de abril de 2002, lo que por obvias razones releva al Tribunal de hacer pronunciamiento alguno, ante la ausencia necesaria de prueba de la existencia de un negocio jurídico vigente, a la par con la de cumplimiento de las obligaciones que le eran propias a una y otra parte.

Los que sí obran en el expediente son los convenios de servicios de telefonía móvil y móvil celular (TMC) y de valor agregado (SVA) de **3 de abril de 2003** y los dos convenios de "**datos** para todo el país" y "de servicio y distribución de equipos BlackBerry" de **20 de junio de 2006**, a los que acomete su estudio la Sala.

Para ello es importante señalar que la relación negocial entre Celcaribe S.A. (hoy Claro S.A.) y Conexcel referente a la **comercialización de aparatos y servicios** para la zona de la **Costa Atlántica** estuvo gobernada por el contrato de **3 de abril de 2003**, pues en su cláusula 28 las partes consignaron que ese "nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere".

A su turno, los otros dos contratos de **datos** para todo el país y de servicio y distribución de equipos BlackBerry de **20 de junio de 2006** que se aportaron al momento de la subsanación de la demanda, tuvieron como consecuencia dejar sin efecto los convenios anteriores.

Así se colige de las cláusulas 28 y 30 de los contratos de 20 de junio de 2006, según las cuales: "Este nuevo acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo reemplaza todos los acuerdo anteriores, si los hubiere", lo que permite establecer que los términos de la misma se rigieron para todo el país, a partir de su firma y de manera exclusiva por los acuerdo de 2006.

Esa quizás la razón por la que desde la demanda la parte actora haya dado cuenta que "**la denominación otorgada a los documentos suscritos, las partes ejecutaron un solo contrato sin solución de continuidad de agencia comercial**" (hecho 3.4. de la demanda; fl. 826, cdno. 1B).

3.3. Los reparos concretos que las demandantes argumentaron frente al fallo de primera instancia, permiten afirmar que el estudio de la Sala está circunscrito a determinar si de esos negocios jurídicos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) resulta dable señalar que fueron de adhesión y si se probó que la demandada los incumplió, para reconocer las "comisiones, residual", "anticipos", al igual que las prestaciones que regula el artículo 1324 del C.Co.

La respuesta es negativa, porque con prescindencia de que la Sala pueda considerar que en este caso se configuraron los elementos de la agencia comercial que prevé el artículo 1317 del Código de Comercio, esto es: independencia, autonomía, actuación en nombre y por cuenta del empresario, promoción y estabilidad, lo cierto es que la parte actora no probó, como era de su incumbencia conforme lo regula el artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, que los reseñados acuerdos fueron de **adhesión.**

No olvida la Sala el reparo concreto que al unísono sustentaron las apelantes al pretender deducir para su opositora los efectos que consagran los artículos 95 y 211 del CGP, por la contestación extemporánea (aunque para soportar la nulidad que atrás se estudió considerara lo contrario) y la ausencia de objeción al juramento estimatorio; sin embargo, ya esta Sala ha considerado que

> "las conductas endoprocesales que pudieran presentarse al tenor de lo previsto en los artículos 97, 241 y 206 del CGP por su omisión **en contestar la "demanda...",**

> **no... objetar el juramento estimatorio** de ese libelo..., **no puede obviarse que el acervo que así surge no necesariamente conduce a un fallo favorable, muy a pesar de la ventaja probativa que se tiene frente al opositor inactivo, por cuanto ese material debe valorarse en consonancia con las reglas de la sana crítica, sopesándolo con las demás probanzas para sentar en el proceso la realidad de los elementos axiológicos de la pretensión.**
>
> La anterior orientación, desde luego, es avalada por la Corte Constitucional al señalar, en el estudio de exequibilidad de las normas que regulan esta clase de prueba indiciaria, que 'En otras palabras, **la mera circunstancia de que no se conteste la demanda o no se acuda a los interrogatorios decretados como prueba en el proceso, no implica *ipso facto*, que la presunción o el indicio que esta conducta implica, según la ley, conduzca a que el juez se vea impelido a dictar sentencia desfavorable a los intereses de quien actuó de esa manera'**[15]". (Sentencia de 6 de febrero de 2018, exp. n.° 201501196 01. M.P. Manuel Alfonso Zamudio Mora).

3.3.1. Destácase que las estipulaciones de los aludidos contratos (de 3 de abril de 2003 y 20 de junio de 2006) no siempre fueron las mismas, al punto que en unos, por ejemplo, tuvieron objetos distintos; en otros eventos se pactó cláusula arbitral y en otros no; otros convenios fueron de "datos" y otros de "servicio y distribución de equipos BlackBerry"; y en otra oportunidad, se acordó para una zona del país (Caribe) y en otras a nivel nacional, de ahí que no por ello todos obedecieron al mismo tipo negocial, o tuvieron el mismo objeto, fines, contenido, etc., de suerte que sin haberse aceptado tal afirmación por el representante legal de la demandada en su interrogatorio, no puede menos que considerarse que, como lo sostuvo la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, al "participar en el tráfico de bienes y servicios" los acá contendientes, autorregularon

---

[15] Sentencia C-102 de 8 de febrero de 2005.

> "sus intereses, en desarrollo de la **autonomía privada,** mediante la celebración específica de negocios jurídicos que, de ordinario, son el fiel reflejo de la inequívoca intención -o querer- que tienen aquellas de vincularse en una determinada operación jurídico-negocial, disciplinada o no expresamente por la ley" y "deba el hermeneuta atenerse más a la intención de aquellos que al tenor literal de tales estipulaciones (arts. 1602 y 1618 del C.C.) (…) Por eso es que la ley señaló como primer criterio en punto a la hermenéutica contractual -siguiendo el señor Bello el referido plan desarrollado por R.J. Pothier-, que la intención de los contratantes prevalece sobre el texto (art. 1618 C.C.)"[16].

3.3.2. La parte actora tampoco acreditó el incumplimiento de Comcel en el pago de las comisiones por activación y residual, bonificaciones e incentivos, o la provisión de anticipos o indemnizaciones.

Ello, por cuanto la "**experticia financiera**" que aportó la parte actora obrante a folios 3 a 58 del cuaderno 1C (medio de prueba que permite el artículo 165 del CGP), tendiente a dilucidar esos propósitos, con la que según los recurrentes podrían "ilustrar la envergadura de la operación de Conexcel, los perjuicios causados por Comcel y las cuantificaciones y metodología de cálculo", como bien lo sostuvieron sus apoderados en escrito de 29 de enero de 2018 (fl. 120, ib.), "**no pudieron ser aportadas o solicitadas**" en las "oportunidades probatorias", lo que depara en que no pueda ser valorada, en tanto toda "decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y **oportunamente allegadas al proceso**" (artículo 164 del CGP).

Aunque pudieran tenerse en cuenta los montos que recogió esa experticia, no existe soporte probatorio de ellos, al punto que la firma que lo elaboró no mencionó siquiera que acudió a los libros de contabilidad de Conexcel a través de la exhibición de los mismos prevista para ese tipo de documentos, como medio adecuado para recaudar la prueba.

---

[16] C.S.J. sentencia de 14 de agosto de 2000. Exp. 5577.

Memórese que los libros y papeles de un comerciante pueden servir como medio de convicción en un asunto como el que nos ocupa, para lo cual es necesaria una exhibición ordenada por el juez, a petición de parte legítima, como se deduce de los artículos 61, 63, 64 a 66 del Código de Comercio y 288 del CPC, hoy 268 del CGP. Su valoración, en buena medida, depende de que se ajusten a las prescripciones legales (artículos 48 a 60 del Estatuto Mercantil), al punto que el juez, como primer acto, debe hacer constar cuál es su estado general, "con el fin de apreciar si se llevan conforme a la ley, y en consecuencia, reconocerles el valor probatorio correspondiente" (artículo 66, *ib.*), vicisitud que aquí no hizo presencia.

Ahora, en cuanto a los testimonios de Hilda María Prado Hashe, Juan Lúcas González, Jaime Garcés Santamaría, Mario Suárez Melo y Jairo Jaramillo, los ahora recurrentes, en la audiencia del artículo 101 del CPC celebrada el 15 de enero de 2018, desistieron de los mismos (fl. 1251, cdno. 1B), cuya ausencia de relatos deja desprovistos de prueba los demás hechos que soportaron buena parte de las restantes pretensiones.

Además, pese a lo fundamental que consideró la parte actora la declaración del abogado Juan Zea, según lo advertido en la audiencia prevista en el artículo 373 del CGP, tampoco fue posible evacuar su testimonio con miras a acreditar los hechos que fundamentaron las pretensiones, sin que ante este Tribunal echaran mano de lo previsto en el artículo 327, *ídem*, si es que en realidad consideraba de valía su exposición sobre las circunstancias que rodearon la celebración –y desatención- de los convenios.

En estas condiciones, tal como en lo sostuvo esta Sala en un asunto de similares contornos, "para asumir el estudio del incumplimiento en los términos propuestos en la demanda, era necesario que en el proceso se determinara el total de activaciones que hubo en el tiempo de vigencia de los contratos y los afiliados que generaron la comisión residual[17], y multiplicar esos resultados con los porcentajes de comisión que se establecieron en los contratos y las modificaciones que anualmente Comcel S.A.

[17] Retribución a favor del distribuidor que corresponde a un porcentaje sobre los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido efectivamente recaudados por Comcel por el uso del servicio por parte del suscriptor o abonado correspondiente, el cual se denominara RESIDUAL.

realizaba, para después constatar si en su momento se pagaron todas las comisiones o quedaron algunas pendientes, pero esa certeza no se encuentra en el expediente, carga demostrativa que recaía sobre la parte demandante y que –ser reitera- impide la prosperidad de esa pretensión"[18].

3.3.3. En cuanto a la cesantía comercial y la indemnización equitativa establecida en los incisos primero y segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, debe decirse que la parte demandante renunció a esas facultades.

En efecto, la cláusula 4ª del **"anexo F" (acta de conciliación, compensación y transacción)** del contrato de 3 de abril de 2003, da cuenta que las "partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas…, cualquiera que sea su naturaleza, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente… En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente **renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.314 del C. de Co.**" (fl. 269, cdno. 1; negrillas y subrayas fuera de texto).

En cuanto al contrato de distribución de los productos y la comercialización de los servicios BlackBerry de 20 de junio de 2006 (fl. 773, cdno. 1B), debe decirse que en la cláusula segunda igualmente se tuvo como parte integral de ese convenio el **anexo "F" (acta de conciliación, compensación y transacción)**; sin embargo, inexplicablemente la parte actora no allegó ese documento una vez requerida para que subsanara la demanda, lo que implique que deba asumir las consecuencias por esa conducta procesal, se deduce del artículo 249 del CPC, entonces vigente.

Respecto al contrato de servicio de la misma fecha (20 de junio de 2006; fl. 742, *ib.*), en su cláusula 16 las partes acordaron que Conexcel "reconoce que el uso de las marcas comerciales de Comcel, la cooperación de Comcel con respecto a la publicidad, la promoción

---

[18] TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

por parte de Comcel de las ventas del contratista y el acceso a la tecnología de Comcel, tiene un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos", a lo que añadieron que "Por consiguiente, en pago de ello, el contratista promete expresa e irrevocablemente que, una vez termine este contrato por cualquier causa, procederá inmediatamente a renunciar a cualquier derecho que le pueda otorgar la ley a su favor debido a la terminación de este contrato, incluyendo pero no limitando a los derechos que hace mención al artículo 1324 del Código de Comercio]" (fl. 755, cdno. 1B).

Por manera que en cuanto hace relación a ambas prestaciones (cesantía comercial e indemnización equitativa), la legalidad y eficacia de las aquellas estipulaciones contractuales no merece reproche alguno, en primer lugar, porque el expediente no devela que la incorporación de ese clausulado "estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron la autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante [tales como error, fuerza, dolo, etc.]" [19], todo lo cual con miramiento en el replanteamiento que hizo la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 8 de marzo de 2010, exp. 2001 00847 01; citada en sent. de 19 de octubre de 2011 exp. 2001 00847, al señalar que no veía "cómo una relación patrimonial de interés circunscrito a las partes de un negocio jurídico, pueda afectar el orden público, social o económico, o al gremio de los agentes, como si uno pudiere comprometer a otro u otros en un negocio jurídico que solo lo ata a él" "y el criterio de la debilidad del agente, es tan relativo que, en algunas ocasiones, es o puede ser más poderoso, económica, jurídica o empresarialmente que el empresario". (Se subraya).

Por las anteriores razones, para el momento en que inició este asunto, la parte actora ya había renunciado a su facultad de reclamar de su contraparte la cesantía comercial e indemnización equitativa de que trata artículo 1324 del Código de Comercio, vicisitud que imponía negar igualmente el reconocimiento de esas prestaciones económicas.

---

[19] TSB. Sala Civil, fallo de 20 de junio de 2019, exp. 44 2015 00415 01. M.P. Germán Valenzuela Valbuena.

3.4. En cuanto a que la demandada abusó de su posición contractual, o hubo ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas de los contratos.

Ya se vio que la parte actora no demostró que al "participar en el tráfico de bienes y servicios" con Comcel, ésta última le impuso su voluntad para la suscripción de los acuerdos, cuando lo que hizo fue autorregular "sus intereses, en desarrollo de la **autonomía privada**", y que más bien esos acuerdos lo que muestran es el genuino propósito de los contratantes, ni que la incorporación de esas cláusulas estuvo motivada por condicionamientos subjetivos que de alguna manera comprometieron esa autonomía de la voluntad y la libertad de disposición de la sociedad demandante, tales como error, fuerza, dolo, etc., lo que impide acoger igualmente esa pretensión.

Por último, destaca la Sala que los apelantes abandonaron la sustentación de los reparos concretos fundados en que: (i) si otros escenarios judiciales concluyeron estar en presencia de un "contrato de agencia comercial", aquí debían correr la misma suerte, sin perjuicio del **decreto oficioso de pruebas** para acreditarlo; (ii) no fue afortunado el argumento del fallo de primer grado en cuanto reprochó la falta de registro del contrato en el registro mercantil conforme al artículo 1320 de. C. de Co., y (iii) que el representante legal de Comcel, al momento de rendir su interrogatorio, faltó a la verdad, pues negó ser cierto que la relación comercial que los unió fue de adhesión, cuyos ataques, en todo caso, no fueron suficientes para derruir los fundamentos de la sentencia recurrida, por todo lo dicho en líneas precedentes.

En conclusión, como los demandantes no probaron en los términos del artículo 177 del CPC, hoy 167 del CGP, los hechos que soportaron sus pretensiones declarativas concernientes a la "naturaleza y condiciones de ejecución contractual", el "incumplimiento contractual", la "terminación unilateral del contrato" y el "abuso de la posición contractual dominante, de derechos y prerrogativas pactadas a favor de sí mismo por parte de Comcel y a la ineficacia y nulidad –en subsidio- de algunas cláusulas del contrato" y, por obvias razones, tampoco las pretensiones de condena por depender de las primeras, se impone confirmar la sentencia apelada, con la consecuente condena en costas en esta instancia a cargo de la

parte demandante ante la improsperidad de la sustentación (num. 5°, art. 365 del CGP).

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Superior de Bogotá, en Sala Séptima Civil de Decisión, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

Primero. Negar la solicitud de nulidad sustentada por Conexcel S.A. en Reorganización, conforme a lo dicho.

Segundo. Confirmar la sentencia de 20 de septiembre de 2019 proferida por el Juzgado 47 Civil del Circuito de Bogotá, conforme a lo dicho.

Tercero. Se condena en costas de la instancia a las demandantes, las que serán liquidadas por el juez *a quo*. El magistrado sustanciador fija la suma de $2'000.000 de pesos como agencias en derecho.

NOTIFÍQUESE Y DEVUÉLVASE

Los Magistrados,

MANUEL ALFONSO ZAMUDIO MORA
(Rad. n.° 11001310300322014006 07 03)

GERMÁN VALENZUELA VALBUENA
(Rad. n.° 11001310300322014006 07 03)

(con impedimento aceptado por la Sala)
ÓSCAR FERNANDO YAYA PEÑA
(Rad. n.° 11001310300322014006 07 03)

TRIBUNAL SUPERIOR DEL DISTRITO JUDICIAL
BOGOTÁ D.C.
SALA CIVIL - SECRETARIA

LA PROVIDENCIA ANTERIOR SE NOTIFICA A LAS PARTES POR ESTADO QUE SE FIJA HOY 20 FEB. 2020

El Secretario