

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.** (en adelante **CELLULAR PHONE**) por una parte, y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, por la otra (en adelante **COMCEL**), respecto de las controversias derivadas de los contratos suscritos el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999); previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

A. ANTECEDENTES

1. Contratos que originan las controversias.

Los Contratos que originan las controversias son los suscritos el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) entre COMCEL y CELLULAR PHONE (obran en el expediente a Folios 52 a 149 Cuaderno de Pruebas N° 1).

2. El Pacto Arbitral.

En los Contratos arriba mencionados se pactó arbitraje en su cláusula 29 así:

“29. Arbitramento

Cualquier disputa que pueda ocurrir entre las partes como resultado del desarrollo del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento cuyos miembros serán nombrados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá escogidos de las listas de árbitros registradas ante dicha Cámara. El Tribunal se regirá por las siguientes reglas:

29.1. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros.

29.2. La organización interna del Tribunal se regirá por las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

29.3. El Tribunal decidirá en Derecho

29.4. El Tribunal tendrá su domicilio en el de (sic) Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá.”

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal arbitral: El día 16 de diciembre de 2011 el apoderado de CELLULAR PHONE presentó solicitud de convocatoria de Tribunal Arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá. Posteriormente el 20 de febrero de 2012 presentó la demanda arbitral.

3.2. Designación de los árbitros: De conformidad con la cláusula compromisoria, mediante sorteo público realizado el veinticuatro (24) de enero de dos mil doce (2012), el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los doctores **ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS, SANTIAGO TALERO RUEDA y JORGE CUBIDES CAMACHO** como Árbitros, quienes aceptaron la designación oportunamente.

3.3. Instalación: Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros y a las partes, el Tribunal se instaló el 20 de febrero de 2012 en sesión realizada en dicho Centro, (Acta N° 1, folios 85 a 87 Cuaderno Principal No. 1). En ella se designó como Presidente a la doctora ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS y como Secretaria a la doctora LAURA BARRIOS MORALES, quien el 21 de febrero del mismo año aceptó el cargo y tomó posesión ante la Presidente.

3.4. Admisión de la demanda y notificación: El 29 de marzo de 2012 el Tribunal inadmitió la demanda y otorgó un plazo de 5 días para subsanarla. El 9 de abril de 2012 la convocante presentó sustitución de la demanda con la cual subsanó la demanda según los requerimientos del Tribunal.

El Tribunal mediante auto de fecha 12 de abril de 2012, admitió la demanda y en aplicación a lo dispuesto por los artículos 315 y 320 del C.P.C. notificó el auto admisorio de la demanda a la parte convocada.

3.5. Contestación de la demanda: Dentro del término legal, COMCEL contestó la demanda, propuso excepciones y solicitó pruebas. Así mismo presentó demanda de reconvencción.

El 23 de mayo de 2012 el Tribunal inadmitió la demanda de reconvencción la cual fue subsanada oportunamente por COMCEL, por lo cual el Tribunal en auto de fecha 4 de junio de 2012 la admitió. El 21 de junio de 2012, dentro del término legal, CELLULAR PHONE presentó contestación a la demanda de reconvencción.

El 28 de junio de 2012 COMCEL presentó reforma de la demanda de reconvencción, la cual fue admitida por el Tribunal el 4 de julio y contestada por CELLULAR PHONE el 12 de julio siguiente.

La convocante en la contestación a la reforma de la demanda de reconvencción formuló llamamiento en garantía a la Compañía Aseguradora de Fianzas S.A. – Confianza. El Tribunal aceptó el llamamiento y notificó personalmente al

llamado en garantía quien mediante escrito de fecha 7 de septiembre de 2012 manifestó que la aseguradora Confianza “no adhiere al pacto arbitral”, por lo cual se continuó con el proceso sin la presencia del llamado en garantía.

Los traslados de las excepciones propuestas por las partes fueron debidamente surtidos en los términos previstos por la ley.

3.6. Audiencia de conciliación: El 20 de septiembre de 2012 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria. (Acta No. 15 Folios 121 a 125 Cuaderno Principal No.2).

3.7. Honorarios y gastos del proceso: Fracasada la conciliación, en esa misma audiencia el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y otros gastos, los cuales fueron pagados oportunamente por las partes.

3.8. Primera audiencia de trámite: El veintidós (22) de octubre de 2012 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite. En dicha audiencia se dio cumplimiento a las formalidades previstas por el artículo 147 del Decreto 1818 de 1998. El Tribunal se declaró competente para conocer del trámite arbitral; fijó el término de duración del proceso en seis meses y decretó pruebas. Frente a esta decisión las partes no presentaron recursos (Acta 16 folios 141 a 156 Cuaderno Principal N° 2).

3.9. Decreto de pruebas: En la primera audiencia de trámite el Tribunal profirió el decreto de las pruebas solicitadas por las partes en las demandas, en las respectivas contestaciones, y en el memorial mediante el cual la convocante describió el traslado de excepciones. Así mismo el Tribunal señaló fechas para la práctica de las correspondientes diligencias y declaró finalizada la primera audiencia de trámite.

3.10. Instrucción del proceso:

3.10.1. La prueba documental:

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante relacionados en la solicitud de convocatoria que obran a folios 1 a 149 del Cuaderno de Pruebas No. 1. Los documentos anexos a la demanda arbitral que obran en los Cuadernos de Pruebas No. 2, 3 y 4 así como los documentos aportados con la demanda subsanada que obran a folios 1 a 132 del Cuaderno de Pruebas No. 5. Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocada relacionados en la contestación de la demanda que obran a folios 133 a 490 del Cuaderno de Pruebas No. 5., así como los documentos aportados con la demanda de reconvenición reformada que obran a folios 491 a 588. Se agregaron también los documentos aportados con el escrito mediante el cual la convocante

describió el traslado de las excepciones (Folios 589 a 630 del Cuaderno de Pruebas No. 5) y los anexos a la contestación de la demanda de reconvención reformada (folios 18 a 469 del Cuaderno de Pruebas No. 6). Así mismo se agregaron al expediente los documentos aportados por los testigos Mario Arenas y Tulia Azucena Cordón (Folios 470 a 486 Cuaderno de Pruebas No. 6) y por la Representante Legal de la convocante (Folios 631 a 644 Cuaderno de Pruebas No. 11). Se aportaron también los documentos exhibidos por las partes que obran en los Cuaderno de Pruebas No. 7, 8, 9, 10, 11, 12, 13, 14, 15 y 16). Se incorporaron también al expediente los documentos enviados por la Cámara de Comercio de Bucaramanga (Folio 246 Cuaderno de Pruebas 14), la Cámara de Comercio de Bogotá (Folios 247 y 248 Cuaderno de Pruebas 14), el Instituto Nacional de Medicina Legal (Folios 294 y 250), el Centro de Arbitraje la Cámara de Comercio de Bogotá (Folios 151 a 179 Cuaderno de Pruebas 14) y las Notarías 26, 16 y 51 (Folios 180 a 334 Cuaderno de Pruebas 14) en respuesta a los oficios enviados por el Tribunal.

3.10.2. Testimonios.

En audiencia de treinta (30) de octubre de 2012 rindieron testimonio los señores James Darwin Rojas y Alexander Guarnizo (Actas No 18.).

El quince (15) de noviembre de 2012 rindieron testimonio los señores Jorge Arturo Schneider y Mario Arenas (Acta No. 19), tachados por sospecha por el apoderado de la convocada.

El veintiuno (21) de noviembre de 2012 rindió testimonio la señora Tulia Azucena Cordón (Acta No. 20)

El seis (6) de marzo de 2013 rindieron testimonio los señores Jorge Arturo Burgos, Blanca Azucena Tavera y Mary Luz Meléndez. (Acta No. 24), ésta última tachada por sospechosa por el apoderado de la convocada.

El tres (3) de abril de 2013 rindieron testimonio los señores Santiago Venegas e Inírida Rodríguez (Acta No. 26)

El apoderado de la convocante desistió de los testimonios de Jesús Antonio Laguna (Acta No. 5), Arturo Giraldo, Martín Herman, Antonio Rodríguez, Betty Núñez, Javier Ricardo Rodríguez, Nubia Villamizar, Nidia Orduz, Belisario Velázquez, Bertha González (Acta No. 24); Luis Fernando Pereira, Robinson Naranjo, Jorge Stelabatti (Acta No. 25); Jorge Torres y Jesús Antonio Garavito (Acta No. 26), desistimientos aceptados por el Tribunal.

Por su parte el apoderado de la convocada desistió de los testimonios de Marcos Edison Forero, Sonia Angélica de la Rocha (Acta No. 19), Mauricio Acevedo Arias, Ciro Alfonso Godoy, José Orlando Peralta, Gloria Calderón Abella (Acta No. 20); María del Pilar Suárez, Diego Hernández de Alba, Freddy Ariza Ariza,, Luz Marina Cuartas Echavarría, Lina Patricia Oyaya Larios, Carlos Alberto Torres , María Mercedes Uchamocha (Acta No. 24); Andrés González,

Rocío del Pilar Jaimes (Acta No. 25) desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal.

El traslado de las versiones escritas de los testimonios rendidos se efectuó mediante auto de veintitrés (23) de abril de 2013 y sobre las cuales ninguna de las partes presentó observaciones.

3.10.3. Dictamen pericial

Por solicitud de ambas partes se decretó un dictamen pericial para ser rendido por un perito contador. El Tribunal designó a la doctora Gloria Zady Correa quien se posesionó el treinta (30) de octubre de 2012 y entregó el dictamen el 21 de marzo de 2013. Las partes solicitaron aclaraciones y/o complementaciones, las cuales fueron entregadas por la perito el 14 de junio de 2013. El dictamen no fue objetado por ninguna de las partes.

3.10.4. Inspección judicial con exhibición de documentos

En el auto mediante el cual el Tribunal decretó las pruebas, éste aplazó la decisión de decretar las inspecciones judiciales de conformidad con lo dispuesto en el art. 244 del C.P.C. y les otorgó a las partes un término para que de común acuerdo aportaran los documentos solicitados en exhibición. El 30 de marzo de 2013 ambas partes desistieron de las respectivas solicitudes de inspección judicial, desistimientos que fueron aceptados por el Tribunal.

3.10.5. Interrogatorios de Parte

El Tribunal decretó y practicó interrogatorio de parte a la señora Sandra Arenas Parra, en calidad de representante de la convocante. De la transcripción correspondiente se corrió traslado a las partes y se agregó al cuaderno de pruebas del expediente (Acta No. 26).

El apoderado de la convocada desistió del interrogatorio al representante legal de COMCEL.

3.10.6. Cierre etapa probatoria

En audiencia realizada el 24 de junio de 2013 (Acta No. 30 Folios 366 a 368 del Cuaderno Principal No. 2) las partes manifestaron no tener ninguna observación o comentario frente a las actuaciones adelantadas en el proceso o con la práctica de las pruebas decretadas. El Tribunal con base en que todas las pruebas que requirieron ser practicadas fueron evacuadas, resolvió cerrar la etapa probatoria del proceso.

El 21 de agosto de 2013 el Centro de Arbitraje y Conciliación informó a la Secretaría del Tribunal que estaban listas las copias solicitadas mediante oficio No. 10 las cuales debían ser canceladas para su retiro. Informado de lo anterior el apoderado de la convocante desistió de la prueba con lo cual estuvo de acuerdo el apoderado de la convocada.

3.11. Alegatos de Conclusión

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión de fecha treinta y uno (31) de julio de 2013 llevó a cabo audiencia de alegaciones, en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un memorial escrito de los mismos, que forma parte del expediente (Acta N° 31). Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso era de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite.

La primera audiencia de trámite se realizó el **22 de octubre de 2012** (Acta No.16), con lo cual el término del proceso iría inicialmente hasta el 22 de abril de 2013.

Así mismo, consta en el expediente que por solicitud de ambas partes, el Tribunal decretó la suspensión de los términos del proceso, así:

Acta No.	Fechas suspensión	No. De Días hábiles
18	Oct. 31/12 a nov. 14/12 incluidas ambas fechas	9
21	Nov. 30/12 a ene. 14/13 incluidas ambas fechas	29
22	Ene. 22/13 a feb.22/13 incluidas ambas fechas	22
24	Marzo 7 al 14 de 2013 incluidas ambas fechas	6
25	Marzo 21 al 2 de abril de 2013 incluidas ambas fechas	6
27	Abril 24 al 1 de mayo de 2013 incluidas ambas fechas	5
28	Mayo 3 al 9 de 2013 incluidas ambas fechas Mayo 17 al 26 de 2013 incluidas ambas fechas	5 5
29	Mayo 31 a junio 17 incluidas ambas fechas	10
30	Junio 25 a Julio 30 incluidas ambas fechas	25
31	1 de agosto al 5 de septiembre incluidas ambas fechas	24
Total		147

En resumen el término del proceso se suspendió durante 147 días.

De acuerdo a lo anterior, en virtud de las suspensiones decretadas, el término del proceso vence el 27 de noviembre de 2013 por lo que el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir este laudo arbitral.

5. Partes Procesales.

Estas son las partes del proceso:

5.1. Demandante

CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. es una sociedad comercial que, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bucaramanga (folios 11 a 13 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Bucaramanga, fue constituida mediante escritura Pública N° 1124 del 10 de junio de 1997 de la Notaría 9 de Bucaramanga, la cual fue reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso representada por la señora **SANDRA LEONOR ARENAS PARRA**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

5.2. Demandada

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. es una sociedad comercial que, según consta en el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 15a22 del Cuaderno Principal No. 1) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante Escritura Pública N° 588 del 14 de febrero de 1992 de la Notaría 15 de Bogotá, la cual fue reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso representada por la señora **HILDA MARÍA PARDO HASCHE**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

6. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante por el doctor **GABRIEL AUGUSTO CEDIEL FRANCO** y la parte convocada por el doctor **LUIS FERNANDO SALAZAR LÓPEZ**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

7. Pretensiones:

El apoderado de la convocante en la demanda a folios 235 a 251 del Cuaderno Principal No. 1 formuló 50 pretensiones. Por su parte el apoderado de la convocada formuló en su demanda de reconvencción 6 pretensiones a folios 533 y 534 del mismo Cuaderno. El Tribunal procederá a resolver todas las pretensiones en este Laudo.

8. Hechos de las demandas:

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda sustituida a folios 191 a 235 del Cuaderno Principal N° 1. Por su parte la convocada fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda de reconvencción reformada a folios 531 a 533 del mismo Cuaderno, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

9. Excepciones de mérito

El apoderado de la convocada, en la contestación de la demanda, a folios 484 a 492 del Cuaderno Principal N° 1, formula 13 excepciones de mérito. Por su parte el apoderado de la convocante en la contestación a la demanda de reconvencción a folios 4 a 12 del Cuaderno Principal No. 2, formula 5 excepciones, todas las anteriores que el Tribunal resolverá en el presente Laudo.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

CELLULAR PHONE formuló la demanda arbitral –y su correspondiente escrito de reforma- contra COMCEL, con fundamento en el pacto arbitral contenido en la cláusula 29 de los documentos suscritos por las partes los días primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). A su turno, COMCEL hizo lo propio al formular la respectiva demanda de reconvencción –y su correspondiente escrito de reforma- contra CELLULAR PHONE.

El Tribunal determinará la suerte de la demanda arbitral y de la respectiva demanda de reconvencción, en atención a los hechos, pretensiones y excepciones aportados por las partes en ambos casos, y según las pruebas y demás elementos de juicio aplicables al presente proceso arbitral.

En general y, sin perjuicio alguno de la totalidad de las pretensiones y excepciones –las cuales serán decididas, en su totalidad, por parte del Tribunal-, CELLULAR PHONE ha buscado demostrar (i) que hubo un contrato de agencia mercantil, con COMCEL, entre el primero (1) de noviembre de novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011); (ii) que dicho negocio debía tener una vigencia mayor según las previsiones contractuales; (iii) que, a lo largo de la relación contractual, COMCEL incurrió en múltiples incumplimientos frente a su co-contratante; (iv) que COMCEL, del mismo modo y, amparándose en su posición de dominio o privilegio contractual, no sólo dispuso el contenido del contrato sino que incurrió en múltiples abusos frente a CELLULAR PHONE; (v) que esta última dio por terminado el contrato por justa causa imputable a COMCEL; (vi) que se deben dejar sin efecto distintas cláusulas, documentos y previsiones emanadas del vínculo contractual (i.e. renuncia a percibir las prestaciones contenidas en el artículo 1324 del Código de Comercio en favor de los agentes mercantiles); y (vii) que COMCEL debe pagarle, a CELLULAR PHONE, (a) la denominada cesantía comercial aplicable a los agentes mercantiles, basada en distintos períodos o escenarios de cuantificación; (b) los dineros emanados de distintas conductas contractuales desplegadas por COMCEL, tales como la omisión de pagar comisiones y la realización de descuentos, penalizaciones y sanciones no procedentes –entre otros rubros-; (c) la denominada indemnización equitativa aplicable a los agentes mercantiles ante la terminación del contrato

por justa causa imputable a COMCEL; y (d) otros dineros como indemnización de perjuicios.

A su turno y, sin perjuicio alguno de la totalidad de las pretensiones y excepciones –las cuales serán decididas, en su totalidad, por parte del Tribunal-, COMCEL ha buscado demostrar (i) que CELLULAR PHONE EXPRESS incumplió diversas obligaciones derivadas de un contrato de distribución entre las partes, vigente desde el primero (1) de noviembre de novecientos noventa y siete (1997); (ii) que dicho contrato fue fruto de la libre discusión de sus términos; (iii) que CELLULAR PHONE incumplió el Acuerdo de Pago que, en desarrollo del vínculo contractual, había suscrito con COMCEL el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009); (iv) que COMCEL dio por terminado dicho contrato el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) ante los reiterados incumplimientos de su co-contratante; y (v) que, por razón de su conducta contractual, CELLULAR PHONE debe pagarle, a COMCEL, una suma de dinero dentro de la cual se incluye el valor de la cláusula penal pecuniaria pactada por las partes.

Como se puede observar, las partes han tenido posiciones divergentes sobre aspectos cruciales de su vínculo contractual, tales como la naturaleza o calificación del negocio; las razones del deterioro de su relación comercial y de la correlativa terminación contractual; y las consecuencias jurídico-patrimoniales derivadas de todo ello.

Antes de abordar los distintos elementos de juicio que se estiman relevantes para resolver el fondo del litigio, el Tribunal se ocupará de las siguientes cuestiones preliminares, dada su incidencia en las distintas materias del proceso: (i) Competencia del Tribunal; (ii) Juramento Estimatorio; (iii) Tachas por Sospecha; y (iv) Prescripción.

Competencia del Tribunal

La competencia del Tribunal, en el caso concreto, se desprende de los documentos contractuales suscritos el día primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el día veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). En dichos documentos, obra la cláusula 29, que señala lo siguiente:

“29. Arbitramento

Cualquier disputa que pueda ocurrir entre las partes como resultado del desarrollo del presente contrato, será resuelta por un Tribunal de Arbitramento cuyos miembros serán nombrados por la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá escogidos de las listas de árbitros registradas ante dicha Cámara. El Tribunal se regirá por las siguientes reglas:

29.1. El Tribunal estará integrado por tres (3) árbitros.

29.2. La organización interna del Tribunal se regirá por las reglas del Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Bogotá.

29.3. El Tribunal decidirá en Derecho

29.4. El Tribunal tendrá su domicilio en el de (sic) Arbitraje y Conciliación Mercantil de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá.”

En la primera audiencia de trámite y, tras haberse presentado los escritos definitivos de la demanda y de la demanda de reconvención –con las correspondientes excepciones y sus respectivos traslados-, el Tribunal se declaró competente para conocer las controversias entre las partes, de conformidad con el texto del mencionado pacto arbitral, contenido en los documentos antes citados. Ninguna de las partes formuló objeción alguna frente a dicha determinación.

Con todo, COMCEL, en sus alegatos de conclusión, formuló una objeción específica respecto de la competencia del Tribunal frente a los documentos de transacción, conciliación y compensación suscritos por las partes en desarrollo del vínculo contractual. Sobre el particular, sostuvo que “(...) *los árbitros carecen de habilitación de los contratantes para referirse sobre su validez o existencia en este proceso al ser contratos autónomos e independientes, a los cuales no se les puede extender los efectos de la cláusula compromisoria a pesar de que fueron suscritos por las mismas partes. Repito, se trata de contratos autónomos e independientes distintos del contrato de distribución que no se encuentran amparados ni cobijados por la cláusula compromisoria contenida en este último.*”

El Tribunal confirmará plenamente su competencia a este respecto en el acápite 3.3.1.1 de consideraciones del laudo, al cual aquél se remite íntegramente.

Por lo demás, el Tribunal corrobora su competencia para pronunciarse sobre las controversias entre las partes ocurridas como resultado del desarrollo del contrato. Y, en consecuencia, señala que no es competente para referirse a situaciones ajenas al resultado del desarrollo contractual.

Juramento Estimatorio

Como inicio de sus pretensiones de condena la convocante manifiesta que por la dificultad en estimarlas ha solicitado un dictamen pericial, pero que no obstante realizará el correspondiente juramento estimatorio. Para el Tribunal esta idea es precisamente el sentido de la norma que estableció el juramento, en tanto debe el demandante estimar razonadamente la cuantía de la indemnización o pago que pretende, sin perjuicio de acudir a la prueba pericial para su precisión. La dificultad para estimar con precisión un pago indemnizatorio no excusa entonces de la estimación razonada, que ante todo busca evitar exceso o desproporción en las peticiones del demandante.

El Tribunal considera que las normas sobre el juramento estimatorio, por su naturaleza, no admiten condiciones ni modalidades. Por eso convienen algunas precisiones:

En primer lugar para el Tribunal las sumas que la convocante estima razonadamente son la expresión de una medida única. No son máximas, como en el caso *sub lite* se anuncia en cada una de las pretensiones de la convocante que contienen condena: son las cifras estimadas por el accionante, a partir de las cuales se aplica la norma. Por supuesto la estimación inicial puede ser diferente de la que arroje la experticia, pues la prueba pericial es distinta de la estimación.

En segundo término es necesario precisar cuál de las normas que disponen el juramento estimatorio debe aplicarse en este proceso: si el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, reformado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, o el artículo 206 del Código General del Proceso, artículo cuya vigencia se inició con la promulgación de dicho Código mediante la Ley 1564 de 2012.

Una primera apreciación conduciría a la aplicación del artículo 206 del Código General del Proceso dado que su vigencia, como acaba de decirse, por expresa disposición del artículo 627 del mismo estatuto, se inició en la fecha de promulgación de la Ley 1564 de 2012, y siendo una norma de carácter procedimental prevalece sobre la anterior desde el momento en que debe empezar a regir¹. Adicionalmente podría argüirse que según las normas del Código General del Proceso, relativas al tránsito de legislación según los diferentes procesos -aunque tales normas no hacen referencia especial a los procesos arbitrales-, se aplica la ley nueva si fue promulgada con anterioridad al auto que decretó las pruebas o a la audiencia inicial especial prevista en el artículo 372 del Código General.

Sin embargo en el caso objeto del presente proceso existen varias circunstancias relevantes que llevan al Tribunal a someter el juramento a lo dispuesto por el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil -reformado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010-.

En primer lugar el hecho de haberse iniciado el trámite arbitral el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011) y haberse presentado la demanda arbitral el veinte (20) de febrero de dos mil doce (2012), fechas anteriores a la expedición del Código General del Proceso (Ley 1564 del 12 de julio de 2012).

De otra parte, el hecho de haber dispuesto el Tribunal, mediante Auto No. 5 del 9 de marzo de 2012, que la convocante indicara la cuantía de las pretensiones “para efectos de lo dispuesto en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil” y haberlo entendido precisamente así la convocante cuando el 9 de abril de 2012, antes de la expedición de la Ley 1564, presentó la demanda sustituta con expresa mención en el acápite del juramento estimatorio de estar dando cumplimiento a lo establecido en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil. Cabría aquí decir que este trámite dispuesto por el Tribunal y cumplido

¹ Artículo 40 de la Ley 153 de 1887

por la demandante, con miras en la necesidad de dar cumplimiento al artículo 211, constituyó una de aquellas diligencias que ya estuvieren iniciadas a las que hacía referencia el artículo 40 de la Ley 153 de 1887 para exceptuarlas de la regla general según la cual la norma de procedimiento prevalece sobre la anterior desde el momento en que empieza a regir, y en su lugar disponer que tales diligencias “se regirán por la ley vigente al tiempo de su iniciación”. Este aspecto, por demás, se mantuvo con el artículo 624 de la Ley 1564 el cual señala que las diligencias iniciadas se seguirán rigiendo por las leyes vigentes al momento de su iniciación.

Para puntualizar las consideraciones anteriores, se debe anotar que la propia parte convocada, al reformar integralmente su demanda de reconvención, también incluyó, en el acápite VII de dicho documento, el respectivo juramento estimatorio con base en el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, que reformó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil. Así, en últimas, todo el debate jurídico-procesal se estructuró, en este punto, sobre la base del artículo 211 del Código de Procedimiento Civil.

Todo ello conduce además a una razón lógica de fondo: para el Tribunal es claro que en la estimación jurada de las cuantías el accionante solo pudo tener en cuenta el texto del citado artículo 211. No había sido expedido el texto que vendría a reemplazarlo, y por consiguiente no podía saber que éste traería modificaciones de fondo, no solo en el cálculo de la pena o multa por excederse en la estimación sino sobre todo en las consecuencias de la misma. En efecto, el texto del inciso quinto del artículo 206 del Código General del Proceso prohíbe al juez “el reconocimiento de una suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete”. De conocerse esta prohibición, el demandante habría podido tomar las cautelas del caso, como por ejemplo fijar cuantías únicas, y no como lo hizo en algunas pretensiones en que mencionó la cuantía estimada por su poderdante y luego la suya como estimación juramentada. Quizás no habría indicado, como lo hizo, que su cuantía juramentada se consideraba como mínima, posibilidad que la norma nueva no contempla en forma alguna.

Así las cosas, el juramento estimatorio en el presente proceso se rige por el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil –reformado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010-. Y el Tribunal, por demás, no ordenó la regulación de las cuantías juramentadas.

Adicionalmente, es pertinente referirse a que la estimación juramentada de las cuantías, efectuada por las partes, es tomada como prueba de su monto cuando la parte contraria no realiza la objeción oportunamente, conforme al artículo 211 del Código de Procedimiento Civil. En criterio del Tribunal, esta consecuencia o efecto procesal sólo se aplica si, en casos como el *sub lite*, el juez ordenase una regulación y allí se estableciese la desproporción frente a la cuantía juramentada, en la medida en que ésta resulte ser notablemente más alta que la arrojada por la regulación, lo cual, según la norma, se da cuando la cuantía estimada supera a la regulada en un 30%. El juramento estimatorio,

con o sin objeción de la contraparte, no puede ser entendido como la prueba del monto del daño para todos y cada uno de los efectos del presente proceso, pues dicha circunstancia relevaría al accionante de una carga fundamental, como lo es la demostración del daño y su respectiva cuantificación. De este modo, la pretensión, como tal, se distingue de la estimación juramentada, como incluso lo hace la convocante, en sus pretensiones de condena, cuando establece su monto según los valores que resulten probados en el proceso. Y el Tribunal, por supuesto, debe evaluar las pruebas allegadas al proceso para determinar si hay lugar o no a declarar responsable a un sujeto procesal y condenarlo al pago de unas sumas de dinero.

En otras palabras, la finalidad del juramento estimatorio que se aplica a este caso, es la de evitar la formulación de demandas temerarias, excesivas o ajenas a la buena fe y lealtad procesal. La protección de estos postulados no puede implicar que se sacrifique el derecho sustancial consistente en demostrar todos los elementos constitutivos de la responsabilidad en el proceso. Tratándose del juramento estimatorio previsto en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, la consecuencia mencionada sería desproporcionada frente a los motivos que inspiraron, al menos inicialmente, dicha figura, máxime si se tienen en cuenta las circunstancias en que se estructuró el debate jurídico-procesal en este caso.

Todas estos lineamientos serán tenidos en cuenta al momento de decidir sobre las sumas pretendidas por las partes.

Tachas por Sospecha formuladas contra los testigos Mario Arenas Barragán, Jorge Arturo Schneider Sánchez y Mary Luz Meléndez Granados

En audiencias realizadas el quince (15) de noviembre de dos mil doce (2012) y el seis (6) de marzo de dos mil trece (2013), el apoderado de la parte convocada formuló tacha de sospecha a los señores Mario Arenas Barragán, Jorge Arturo Schneider Sánchez y Mary Luz Meléndez Granados, testigos solicitados por la convocante.

A los señores Mario Arenas Barragán y Jorge Arturo Schneider se les formuló tacha por razones de dependencia por ser administradores de la sociedad CELLULAR PHONE y por su relación familiar con la representante legal.

Con respecto a la señora Mary Luz Meléndez Granados la tacha fue formulada por razones de dependencia de la sociedad CELLULAR PHONE por ser la revisora fiscal de la empresa.

No obstante lo anterior, la práctica de los testimonios se llevó a cabo con la intervención de ambos apoderados y del Tribunal, el cual advirtió que la decisión sobre la tacha se tomaría en el laudo arbitral.

De conformidad con el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil:

“Son sospechosos para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.”

Así también el inciso final del artículo 218 dispone que:

“El Juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.”

Considera el Tribunal que las circunstancias de dependencia o de parentesco no hacen que los testimonios sean sospechosos o imparciales de por sí, pues la supuesta parcialidad o falta de credibilidad deben ser demostradas en el proceso.

Si bien son evidentes los vínculos que existen entre estos testigos y la convocante, esto no necesariamente hace que se afecte su credibilidad ni que haya dudas sobre la veracidad de las declaraciones rendidas.

Analizadas con especial detenimiento las declaraciones de los testigos tachados de sospechosos, tal como lo ordena la Ley, el Tribunal encuentra que dichas declaraciones fueron veraces y ajustadas a los hechos objeto del proceso que además fueron probados en el transcurso del trámite arbitral a través de otros medios probatorios.

Si bien para el Tribunal es clara la relación de dependencia y parentesco de los testigos con la parte convocante, no encuentra prueba alguna de que dicha relación haya afectado su credibilidad o imparcialidad en la declaración rendida. Así mismo, el Tribunal encuentra pertinentes las versiones de estos testigos teniendo en cuenta que ellos conocieron de cerca y formaron parte directa de la relación comercial desarrollada entre CELLULAR PHONE y COMCEL.

Teniendo en cuenta lo anterior, el Tribunal no encuentra que las tachas por sospecha contra los señores Mario Arenas Barragán, Jorge Arturo Schneider Sánchez y Mary Luz Meléndez Granados, formuladas por el apoderado de la parte convocada, deban prosperar y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo arbitral.

Prescripción

En su contestación, COMCEL formuló la excepción denominada “prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia comercial”.

Al respecto, COMCEL esgrimió los siguientes planteamientos:

- El vínculo contractual entre las partes, en su criterio, no fue una agencia comercial;

- Cualquier acción que pretenda la declaratoria de incumplimiento de las obligaciones de COMCEL –i.e. comisiones- se encontraría prescrita, pues el término para presentar la acción se cuenta desde el momento de la exigibilidad de la obligación. De ahí que, según COMCEL, “(...) *no era necesario esperar a la terminación del contrato para que CELLULAR PHONE Express pretendiera discutir el cumplimiento de la demandada.*”;
- Por ende, en el evento en que el Tribunal considerase que el contrato es una agencia comercial, habrían prescrito las comisiones causadas hace más de cinco (5) años atrás, contados a partir de la interposición de la demanda arbitral;
- Según COMCEL, el documento contractual del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) terminó con la suscripción del documento contractual del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). De ahí que, en su criterio, “(...) *si hubiese prestaciones, bonificaciones o indemnizaciones que se causaran a la finalización de dicho contrato, el término de prescripción de las mismas se cuenta desde el 20 de abril de 1999 y por lo tanto, se encuentran prescritas*”; y
- En criterio de la convocada, la misma regla, en materia de exigibilidad, se debe seguir respecto de los derechos y acreencias derivados del documento contractual del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Por ende, aquellos derechos y acreencias que fuesen exigibles hasta cinco (5) años antes del día anterior a la formulación de la demanda arbitral, por parte de CELLULAR PHONE, estarían prescritos.

Sobre el particular, el Tribunal formula las siguientes consideraciones:

- Tal como se explica detalladamente en el acápite del laudo, correspondiente a la existencia, calificación jurídica integral y extensión del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL, el Tribunal encuentra que el negocio entre las partes fue un típico contrato de agencia comercial;
- Al respecto, como también se explica allí y en otros acápites del laudo, se tiene que dicho vínculo contractual tuvo carácter ininterrumpido o permanente entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), esto es, por un período de trece (13) años y siete (7) meses, como en efecto lo reconocieron ambas partes en el proceso²;

² Ver, por ejemplo: Reforma a la Demanda Arbitral: Hechos 50, 65, 149, 196 a 200, 228, 281 y 340, entre otros; y Pretensiones 4, 5 y 25, entre otras / Reforma a la Demanda de Reconvencción: Hechos 1, 3 y 11; y Pretensiones 1 y 4. Incluso, en sus alegatos de conclusión, COMCEL reiteró la extensión o continuidad del vínculo contractual, sin solución de continuidad, durante dicho período aproximado de trece (13) años y siete (7) meses. Al abordar la naturaleza jurídica del contrato, sostuvo lo siguiente: “*Ninguna duda debe*

- La Ley prevé que la prescripción es un medio extintivo de las obligaciones en general. En dicha función extintiva, la figura cobija acciones o derechos³. Para que opere la prescripción en estos casos, basta con que haya un determinado plazo durante el cual no se ejerzan las correspondientes acciones;
- La Ley prevé que las acciones emanadas del contrato de agencia comercial, prescriben en un término de cinco (5) años⁴. Dicha norma no señala desde cuándo se cuenta el término, razón por la cual se acude al criterio general que prevé el cómputo del término desde el momento en que la obligación se hace exigible⁵;
- Para determinar la ocurrencia o no de la prescripción, también se debe atender al hecho, suficientemente acreditado en el proceso, según el cual la parte convocante formuló su demanda arbitral el día dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011). En dicha fecha, y habiéndose surtido la notificación dentro del término legal, se interrumpió civilmente la prescripción⁶;
- En criterio del Tribunal, tratándose del contrato de agencia comercial, la terminación del contrato –treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), en el caso concreto- es el verdadero punto de referencia para empezar a computar la prescripción;
- En la agencia comercial, como contrato de tracto sucesivo y de duración, y más aún, en un caso como este en el cual las partes han discutido arduamente las circunstancias fácticas y jurídicas de su desarrollo y que rodearon su terminación, el verdadero interés del demandante en ejercer sus acciones, se ha de predicar desde la terminación del contrato. Para el Tribunal, no es viable ni razonable sostener entonces que, para efectos de aplicar una posible prescripción, el demandante haya debido ejercer sus acciones, para reclamar sus derechos, dentro de uno o varios momentos de ejecución del contrato;
- En consonancia con lo anterior, y a diferencia de los demás sistemas de distribución mercantil y, en general, de los demás contratos comerciales, en la agencia comercial existen prestaciones especiales, favorables al agente, cuya exigibilidad se genera a la terminación del contrato⁷. La primera de ellas, denominada cesantía comercial, se hace exigible a la

quedar entonces acerca de que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. si conoció la real naturaleza del negocio jurídico que celebró con COMCEL, el cual ejecutó lucrándose durante los más de trece (13) años de forma ininterrumpida y sin que durante dicho lapso hubiese efectuado a COMCEL S.A., reparo alguno acerca de su real naturaleza jurídica.”

³ Artículos 1625 y 2512 del Código Civil.

⁴ Artículo 1329 del Código de Comercio.

⁵ Artículo 2535 del Código Civil.

⁶ Artículos 2539 del Código Civil y 90 del Código de Procedimiento Civil.

⁷ Artículo 1324 del Código de Comercio.

terminación del contrato y sin importar la causa de la terminación⁸. La segunda, denominada indemnización equitativa, se hace exigible cuando el agente termina el contrato por justa causa imputable al empresario principal o cuando éste lo termina sin justa causa. Como se ve, es indiscutible que la prescripción se cuenta desde la terminación del contrato en esos casos;

- Pero además, dichas prestaciones especiales se desprenden de la gestión comercial efectuada por el agente a todo lo largo del vínculo contractual. Tratándose de la denominada cesantía comercial, en la prestación se contempla *“una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato...”* Como complemento de ello, la denominada indemnización equitativa, favorable al agente, retribuye *“sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato”*;
- Ambas prestaciones especiales, como se observa, analizan la gestión del agente de manera integral y atendiendo todo el desarrollo del contrato. Así, si al abordar la prescripción, por ejemplo, se escindiera el análisis de la cesantía comercial de lo referente a las comisiones pagaderas al agente, se llegaría a conclusiones ajenas a la lógica jurídica y comercial. Sería paradójico, por decir lo menos, que se dijera que un agente ha demandado en tiempo la cesantía comercial calculada sobre comisiones recibidas en los tres últimos años del contrato, mientras que, para discutir las comisiones como tales, se diga que ha operado la prescripción frente a aquellas que van desde la celebración del contrato hasta un año antes de su terminación porque, por ejemplo, dicho agente haya presentado su demanda cuatro años después de terminado el contrato. De este modo, al escindir el análisis de la prescripción entre comisiones y cesantía, ocurriría que la cesantía sí contemplaría las comisiones de los últimos tres años del contrato, al paso que sólo se podría discutir sobre las comisiones del último año del contrato, lo cual, en criterio del Tribunal, no sería pertinente;
- Adicionalmente, respecto de la indemnización equitativa, por ejemplo, la discusión de su misma ocurrencia entraña evaluar el desempeño contractual anterior de las partes, incluyendo su cumplimiento, de manera que la terminación del contrato sigue apareciendo como el momento propicio y oportuno para discutir el cumplimiento contractual de la parte convocada;
- Así las cosas, no le asiste razón a COMCEL cuando señala que las prestaciones, bonificaciones o indemnizaciones causadas al terminarse el documento contractual del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), se encuentran prescritas. Sobre el particular, es claro que el vínculo contractual tuvo carácter continuo e

⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de julio de 2010.

ininterrumpido –como se explica a lo largo del laudo-. Este vínculo terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), y no el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). De ahí que las prestaciones, bonificaciones o indemnizaciones, causadas a la terminación del vínculo contractual, no se encuentren prescritas;

- Por las razones expuestas por el Tribunal, tampoco ocurre la prescripción respecto de las comisiones. Y dicha conclusión se refuerza, por lo demás, si se tiene en cuenta que tratándose de las comisiones por residual, por ejemplo –como lo establece el Tribunal en otro acápite de este laudo-, COMCEL no dio lugar a su cabal revisión por parte de CELLULAR PHONE; carecería de todo fundamento que el Tribunal reconociera la alegada prescripción a favor de COMCEL cuando fue ésta quien hizo extremadamente difícil cualquier reclamación al respecto por parte de su co-contratante durante la vigencia del contrato –como se explica adelante en el laudo-;
- En sentido similar, y dado que en el cálculo de la cesantía comercial procede llevar –como lo establecerá el Tribunal- aquellas comisiones a las que tuviese derecho CELLULAR PHONE y no se le hayan pagado – i.e. comisión por residual no pagada⁹, se reconfirma que la terminación del contrato de agencia –que marca precisamente la exigibilidad de la cesantía- es el punto de referencia para determinar la prescripción, incluyendo lo referente a las comisiones, que son sustento integral de su monto;
- Además, como complemento de todas las consideraciones anteriores, téngase en cuenta que el documento contractual del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) previó que al terminarse el contrato, se extinguirían los derechos y obligaciones de las partes y solamente subsistirían aquellos derivados de su liquidación¹⁰. Sin necesidad alguna de referirse a un acta de liquidación, lo anterior le reconfirma al Tribunal que la terminación del contrato marcaría la pauta de una eventual prescripción de acciones, pues en dicha oportunidad se haría un balance de las distintas obligaciones contractuales; y
- Por todo lo anterior, el Tribunal encuentra que, al haberse interrumpido la prescripción dentro de los cinco (5) años que prevé el término aplicable según las consideraciones expuestas, no habrá lugar a

⁹ Esta consideración encuentra respaldo en la jurisprudencia nacional. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Allí se afirma lo siguiente: “Para tasar la prestación [cesantía comercial] es menester determinar prima facie con exactitud el promedio del valor de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en los tres últimos años de vigencia del contrato, o el total recibido si su duración es menor. Aun cuando el precepto utiliza la expresión “recibida”, para la Sala la prestación se calcula sobre el valor al cual tiene derecho el agente, esto es, causado, así no se haya pagado y recibido efectivamente, pues lo contrario, comportaría omitirlo y patrocinar el incumplimiento del empresario al no pagar. Se comprende no sólo la comisión, sino también la regalía o más ampliamente la utilidad causada a favor del agente. Precisado este valor, se establece la doceava parte y esta se multiplica por cada año de vigencia del contrato o por toda su duración.”

¹⁰ Documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), cláusula 16, inciso primero.

declarar procedente la excepción de prescripción formulada por la parte convocada.

Una vez despejadas las cuestiones preliminares analizadas por el Tribunal, éste procede a abordar los demás elementos de juicio relevantes para resolver el litigio, en atención al marco contractual y a las reglas que interesan a la responsabilidad contractual.

1. Existencia, calificación jurídica integral y extensión del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL

El vínculo contractual, entre CELLULAR PHONE y COMCEL, es la fuente de sus reclamaciones recíprocas. De ahí que sea necesario acreditar la existencia de dicho vínculo contractual. Para efectos del proceso, al demandante, tanto en la demanda arbitral como en la de reconvenición, le corresponde demostrar las fuentes o circunstancias constitutivas de su reclamación, tal como se desprende, entre otros preceptos, del artículo 1757 del Código Civil y del artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Esta carga probatoria se encuentra plenamente cumplida por las partes, como quiera que el expediente arbitral contiene los documentos con los cuales se instrumentó el vínculo contractual entre estas últimas¹¹.

Ambas partes reconocen haber tenido un vínculo contractual ininterrumpido o permanente entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), esto es, por un período de trece (13) años y siete (7) meses¹². Igualmente, han coincidido en afirmar que dicho vínculo terminó el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), pero discrepan acerca de las razones y mecanismos que acompañaron dicha terminación contractual¹³.

En este contexto general, las partes discuten sobre la calificación o naturaleza jurídica de dicho vínculo. En criterio de CELLULAR PHONE, el vínculo contractual consistiría en un contrato típico de agencia mercantil. Para COMCEL, dicho vínculo sería un contrato de distribución, el cual no goza de tipicidad legal en el Código de Comercio colombiano, pero sí de una notable tipicidad social en el tráfico mercantil.

El ejercicio de calificación jurídica adquiere entonces notable relevancia, pues la configuración o no de un negocio de agencia comercial, en el caso concreto, puede arrojar consecuencias importantes para las partes. A diferencia de los

¹¹ Obran en el expediente los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), ya mencionados en los antecedentes del laudo.

¹² Ver, por ejemplo: Reforma a la Demanda Arbitral: Hechos 50, 65, 149, 196 a 200, 228, 281 y 340, entre otros; y Pretensiones 4, 5 y 25, entre otras / Reforma a la Demanda de Reconvenición: Hechos 1, 3 y 11; y Pretensiones 1 y 4.

¹³ Ibid.

sistemas de distribución en sentido amplio¹⁴, en el caso específico de la agencia comercial la Ley colombiana consagra una protección especial, para los agentes mercantiles, que puede operar cuando termina el contrato y bajo dos modalidades o prestaciones específicas, a saber: la denominada “cesantía” comercial y la “indemnización equitativa”, previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio.

A continuación, el Tribunal abordará la calificación jurídica del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL.

1.1 Calificación jurídica del contrato

De tiempo atrás, la jurisprudencia nacional ha sostenido que la denominación dada por las partes a sus pactos contractuales, resulta útil cuando aquella corresponde a la realidad¹⁵. La naturaleza jurídica de un contrato no se deduce por el “ropaje jurídico” que le den las partes, sino por sus elementos propios, sus cualidades intrínsecas y las finalidades perseguidas con el contrato¹⁶.

El derecho comparado, a su vez, nos ofrece la siguiente perspectiva similar:

“La índole de un contrato no depende del nombre que le asignen las partes; pero puesto que es obra común de las partes, ha de estarse a su voluntad que debe desentrañarse en los términos usados, en tanto no sean ambiguos o se opongan a la naturaleza del contrato. No por la nominación que le hayan atribuido las partes se determina la naturaleza jurídica de los contratos; ésta nace de la relación jurídica que han pretendido establecer los contratantes, siendo necesario para ello indagar el motivo impulsor o fin perseguido y fijar lo que verosímilmente entendieron o pudieron entender al vincularse, debiendo en estas tareas evaluar todas y cada una de las circunstancias que precedieron, estuvieron presentes rodeando el acto y las posteriores que condicionaron la conducta o el actuar de las partes.”¹⁷

El juez debe realizar la calificación del contrato, pues de dicho ejercicio depende el régimen jurídico aplicable a la solución del litigio, asunto éste que al juez precisamente le corresponde definir *-da mihi factum, dabo tibi jus-*.

¹⁴ Acogiendo la denominación de un sector de la doctrina especializada. Ver, por ejemplo: Osvaldo J. Marzorati. *Sistemas de Distribución Comercial*. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990. Al abordar los sistemas de distribución en sentido amplio, un laudo arbitral dijo lo siguiente: “Una cosa son, por ende, los sistemas de distribución contemplados en su perspectiva funcional, entendidos como todos aquellos procedimientos de que se valen los productores o fabricantes para llevar a cabo la comercialización de los bienes o servicios de manera que lleguen a los consumidores o usuarios finales, procedimientos que le sirven de cauce a la competitividad y hacen factible la creación, incremento y retención de clientela, mientras que los llamados hoy en día, en sentido propio, ‘contratos de distribución’ representan apenas uno de aquellos moldes instrumentales en que esa comercialización puede darse...”: Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo Arbitral del caso de Concelular S.A. En Liquidación v COMCEL, 1 de diciembre de 2006.

¹⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 9 de septiembre de 1929 y del 28 de julio de 1940.

¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 6 de marzo de 1976.

¹⁷ Juan M. Farina. *Contratos Comerciales Modernos. Modalidades de Contratación Empresarial*. Buenos Aires, Editorial Astrea, 1.993, pág. 370, citando apartes de un fallo de la jurisprudencia uruguaya, según la siguiente referencia: CApel de Cdel Uruguay, Sala CivCom, 2/7/73, JA, 1974-237.

El problema jurídico, en este punto, consiste entonces en determinar si la denominación y el clausulado del negocio entre CELLULAR PHONE y COMCEL, corresponden o no, en su materialidad específica, a un contrato de agencia comercial. Este ejercicio arrojará efectos jurídicos relevantes para las partes. A continuación, el Tribunal analizará los elementos propios del contrato de agencia mercantil y su distinción general con figuras afines, como el suministro para la distribución –o contrato de distribución en sentido estricto-. Luego determinará si los elementos propios de la agencia mercantil concurren o no en atención a las circunstancias del caso concreto.

1.1.1 Elementos propios del contrato de agencia

El Código de Comercio define el contrato de agencia comercial de la siguiente manera:

“Artículo 1317. Por medio del contrato de agencia, 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.

La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente el agente.”

Existe doctrina¹⁸ y jurisprudencia¹⁹ abundante en materia de agencia mercantil y su distinción frente a figuras afines del tráfico mercantil. De lo anterior, y sin perjuicio de algunas diferencias o matices existentes en el análisis, es posible sintetizar los elementos propios o esenciales del contrato de agencia mercantil, así:

¹⁸ Ver, por ejemplo: Jaime Alberto Arrubla. Contratos Mercantiles. Tomo II. Biblioteca Jurídica DIKE. Medellín, 2008, pp. 257-339; Jorge Suescún. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Legis y Ediciones Uniandes. Tomo II. Bogotá, 2003, pp. 415-544; Felipe Vallejo. El Contrato de Agencia Comercial. Legis. Bogotá, 1999; Juan Pablo Cárdenas. El Contrato de Agencia Mercantil. Editorial Temis. Bogotá, 1984; William Namén. Contrato de Agencia Comercial en Derecho de la Distribución Comercial. Millennium. Bogotá, 1995; y Osvaldo J. Marzorati. Sistemas de Distribución Comercial. Editorial Astrea. Buenos Aires, 1990, pp. 9-51; entre otros.

¹⁹ Ver, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 2 de diciembre de 1980; 14 de diciembre de 1992; 31 de octubre de 1995; 20 de octubre de 2000; 27 de julio de 2001; 22 de octubre de 2001; 28 de febrero de 2005; 15 de diciembre de 2006; 2 de julio de 2010; y 19 de octubre de 2011; entre otras. En el ámbito arbitral, han sido numerosos los laudos en esta materia. Ver, por ejemplo: Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudos arbitrales: Roberto Cavalier & Cía. Ltda. vs. Flota Mercante Grancolombiana S.A., 1 de julio de 1992; Carlos Rincón Duque e Hijos Ltda. v. Vecol S.A., 19 de marzo de 1993; Daniel J. Fernández & Cía Ltda. v. Fiberglass Colombia S.A., 24 de enero de 1996; Prebel S.A. v. L’Oreal, 23 de mayo de 1997; Supercar Ltda. v. Sofasa, 31 de marzo de 1998; y Compañía Central de Seguros S.A. y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. v. Maalula, 31 de agosto de 2000; entre muchos otros. En la industria de la telefonía móvil celular, existen numerosas decisiones arbitrales en la materia. Así, por ejemplo, se pueden citar los siguientes casos: Cellpoint Ltda. v. COMCEL, 18 de marzo de 2002; Valores y Descuentos Ltda. v. Bellsouth Colombia S.A., 4 de junio de 2002; Avalnet Comunicaciones Ltda. v. Avantel S.A., 24 de julio de 2003; Prepagos J.M. Ltda. contra COMCEL, 19 de julio de 2005; Concelular S.A. En Liquidación v COMCEL, 1 de diciembre de 2006; COMCELulares FM Ltda. v COMCEL, 14 de diciembre de 2006; Punto Celular Ltda. v COMCEL, 23 de febrero de 2007; Movitel Ltda. v COMCEL, 30 de septiembre de 2008; CMV Celular S.A. v COMCEL, 30 de enero de 2009; Colcell Ltda. v COMCEL, 30 de abril de 2009; Conexcel S.A. v COMCEL, 9 de mayo de 2011; Electrophone S.A. v COMCEL, 15 de junio de 2011; Andino Celular S.A. v COMCEL, 27 de julio de 2011; Mundo Celular S.A. v COMCEL, 21 de junio de 2012; Llama Telecomunicaciones S.A. v COMCEL, 15 de mayo de 2013; y Districel SAS v COMCEL, 17 de mayo de 2013; entre otros.

- *Existencia de un encargo para la promoción o explotación de negocios.* El agente recibe un encargo como gestor de intereses ajenos. En términos generales, el encargo consiste en conquistar, preservar o aumentar un mercado para los productos o servicios del empresario principal.

Para ello, el agente asume una labor de intermediación, sujeta a los términos del encargo, que incluso le puede permitir concluir los negocios que promueva. Cuando actúa promoviendo negocios –que es lo usual-, el agente busca clientes potenciales, desarrolla campañas, realiza contactos con los clientes y, en últimas, facilita o estimula la realización de los respectivos negocios en favor del empresario principal. Así, la promoción consiste en que el agente actúa como un instrumento de información, impulso, incentivo, estímulo o preparación de negocios²⁰. La explotación de negocios, como tal, consiste en celebrar, realizar o concluir negocios con los clientes, para lo cual podrá o no tener la representación del empresario principal²¹.

En la práctica, es común que en los negocios de agencia comercial coexista la labor de promoción con la de explotación de negocios, pues suele existir una relación instrumental o de causalidad entre la una y la otra. La jurisprudencia nacional, al referirse a esta nota fundamental de los contratos de agencia mercantil -con énfasis en la labor de promoción-, ha sostenido que “(...) *lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida —en un comienzo— a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe —luego— ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada —a través de él— por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario, según el caso*”.²²

- *Remuneración del encargo.* Por su encargo o gestión, y dado el carácter oneroso del contrato, el agente tiene derecho a una remuneración, que generalmente es una comisión por la realización de negocios. Incluso, su remuneración se puede generar aún si el respectivo negocio no se realiza por razones imputables a la empresa agenciada o principal²³;
- *Estabilidad.* El contrato de agencia comercial supone la duración en el tiempo, de manera que el agente pueda cumplir con los móviles y finalidades del negocio. De ahí que se excluyan, de esta figura contractual, los encargos de carácter esporádico, transitorio u ocasional. Así, la estabilidad se predica de una gestión sucesiva y progresiva del agente, la cual no implica perpetuidad ni permanencia indefinida. En otras palabras, si el encargo conferido al agente consiste, en últimas, en

²⁰ Enrique Gaviria. Lecciones de Derecho Comercial. 3ª edición. Díké. Medellín, 1989. pp. 298-299.

²¹ Ibid.

²² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.

²³ Artículo 1322 del Código de Comercio.

conquistar, preservar o aumentar un mercado para los productos o servicios del empresario principal, es lógico suponer que la viabilidad y éxito de dicho encargo dependan de una razonable estabilidad en la actividad del agente.

Al respecto, se ha pronunciado la jurisprudencia nacional así:

“Tan cara es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, que no obstante ser una especie de mandato, no es posible finiquitarlo por causa de la revocación que haga el agenciado (arts. 1279 y 1330 C. de Co.), toda vez que se trata de un negocio jurídico que interesa a ambos contratantes. De allí que el legislador, de una parte, se hubiere ocupado de establecer las “justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato” (artículo. 1325 C. de Co.), y de la otra, que haya establecido el derecho a una “indemnización equitativa” a favor de aquella parte –agente o agenciado- a quien se “revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada” (inc. 2, artículo. 1324 ib.), previsiones estas que no sólo develan que la estabilidad no es un mero enunciado teórico, sino que, de paso, evidencian también que no se trata de una característica absoluta y, por ende, infranqueable, pues habrá casos en que, pese al plazo de duración que inicialmente haya sido acordado para el agenciamiento, podrán los contratantes ponerle fin a la relación negocial, si se presenta una de las especiales y excepcionalísimas circunstancias que –ex lege- habilitan la terminación”²⁴;

- *Independencia del agente.* El agente actúa con autonomía pero como colaborador del empresario principal, sin que ello implique subordinación de aquél frente a este último pese a las instrucciones recibidas para la ejecución del encargo. Así, por regla general, el agente no tiene derecho al reembolso de gastos de la agencia, salvo pacto en contrario²⁵. La independencia del agente implica que éste cuente con su propia organización y personal, pese a que deba atender las instrucciones del empresario principal y coordine con éste los aspectos atinentes a su gestión.

El alcance de la independencia del agente, también ha sido abordado por la doctrina nacional, así²⁶:

“No se presenta subordinación entre el empresario y el comerciante auxiliar, no obstante que éste realiza una actividad que interesa al primero. Un agente de comercio y un empleado de una compañía pueden realizar perfectamente las mismas actividades, pero precisamente la nota de autonomía que acompaña al agente le sirve de distintivo frente al trabajador subordinado. Trabajador y agente pueden actuar por cuenta ajena, pero el primero siempre subordinado al empresario. Obviamente que en el encargo que realice el agente pueden aparecer instrucciones, e

²⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de octubre de 2005.

²⁵ Artículo 1323 del Código de Comercio.

²⁶ Arrubla. Op. Cit., p. 261.

incluso presentarse en forma bastante concreta, lo cual podrá dar lugar a pensar en la subordinación, pero de todas maneras dichas instrucciones sólo pueden redundar sobre la naturaleza o condiciones del encargo, para no desvirtuar la figura del agente de comercio.”

La jurisprudencia nacional, a su vez, ha identificado este rasgo inherente a la agencia comercial, en los siguientes términos²⁷:

“En el lenguaje jurídico actual, sólo puede entenderse como agente comercial al comerciante que dirige su propia organización, sin subordinación o dependencia de otro en el manejo de la empresa o establecimiento a través del cual promueve o explota, como representante, agente o distribuidor, de manera estable, los negocios que le ha encomendado un empresario nacional o extranjero en el territorio que se le haya demarcado.”

En sentido similar, ha dicho lo siguiente²⁸:

“Es claro, además, que el agente desarrolla su gestión con independencia y autonomía, en la medida en que no está vinculado con el productor mediante lazos de subordinación o dependencia, ni hace parte de su organización. Como actúa como un profesional independiente, hace suyos los riesgos (SIC) por los costos que su operación de promoción le demande. Por lo mismo, tiene libertad para designar sus colaboradores para diseñar los métodos que considere más convenientes para cumplir la misión asumida. No obstante, esto no significa que el agente no deba ceñirse a las instrucciones que le haya impartido el empresario por cuya cuenta obra y, por ende, a coordinar con éste las actividades de promoción que desarrolle, como quiera que se trata de una labor de respaldo o apoyo a una actividad que a los dos beneficia; además, el agente debe informar al productor sobre las condiciones del mercado para que pueda adoptar las medidas que le permitan conseguir o afianzar el mercado de sus productos, y las demás que le sean útiles para valorar la conveniencia de cada negocio (art. 1321 del C. de Co.).”, y

- *Actuación del agente por cuenta del empresario principal.* La doctrina extranjera ha señalado cómo la actuación por cuenta ajena, que tiene origen contable, consiste en que el resultado de la actividad de un comerciante recaiga, de manera directa y primordial, en el empresario principal²⁹. A su vez, un sector de la doctrina nacional considera que obrar por cuenta ajena significa que “(...) los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones

²⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 1980.

²⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 15 de diciembre de 2006.

²⁹ Gustavo Minervine. El Mandato. Editor José María Bosch. Barcelona, 1959, p. 11.

efectuadas por aquél.”³⁰ Igualmente, se ha dicho que el agente “(...) asume el encargo de gestión por cuenta ajena, término común en los contratos como el de trabajo, depósito, transporte, corretaje, obra, arrendamiento de servicios y a todos los negocios de gestión de intereses ajenos...”³¹

Obrar por cuenta ajena significa que los resultados, vicisitudes, dificultades y los riesgos inherentes a la actividad del agente recaen principalmente en el empresario principal. Así, se ha sostenido, de manera general, que si un comerciante compra productos para revenderlos, no necesariamente tiene el carácter de agente pues estaría actuando por cuenta propia -como distribuidor- al ser el dueño de la mercancía que luego revenderá³²; no obstante, en tal caso dicho distribuidor podría tener el carácter de agente si, además de comprar para revender, aquél se encargara de promover los negocios del empresario principal³³. Al respecto, en el marco de la jurisprudencia nacional se ha dicho que “(...) si el distribuidor que compra para revender, adicionalmente se obliga a ser el distribuidor oficial del suministrador, a representarlo ante las autoridades públicas, a realizar las campañas publicitarias y de demostración, a cumplir las garantías de calidad de los productos y, en general, a realizar las gestiones que, en principio son las que habitualmente hace el mismo suministrador como un empresario diligente que quiere introducirse y mantenerse dentro del mercado, es indudable que, paralelo a la compraventa, se da el contrato de agencia mercantil así todos los productos vendidos por él hayan sido comprados por él al suministrador”.³⁴

El Tribunal, por demás, coincide con la doctrina especializada en este punto, cuando ésta señala que la compra para la reventa es apenas un indicio –mas no el único- para desdibujar el elemento “por cuenta ajena” del contrato de agencia comercial. Sobre el particular, el Tribunal comparte la afirmación según la cual, “(...) bien puede suceder que por estipulación específica, o por la forma como las partes entienden y ejecutan sus relaciones contractuales, exista a más de la ‘compra para revender’, el encargo a quien así adquiere para que promueva los negocios y ventas del fabricante, con el objeto de establecer, mantener o acrecentar la clientela para sus productos y con ello aumentar su cuota de participación en el mercado, todo dentro de un marco jurídico y económico donde el fabricante asume costos y riesgos y recibe también,

³⁰ José Armando Bonivento. Contratos Mercantiles de Intermediación. Ediciones Librería del Profesional. Bogotá, 1999, pp. 140-141.

³¹ William Namén. Contrato de Agencia Comercial en Derecho de la Distribución Comercial. Millennium. Bogotá, 1995.

³² Una de las primeras menciones en Colombia a esta distinción entre la agencia comercial y otras figuras de intermediación, la hizo la Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 1980.

³³ Ver, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995; Aclaración de Voto. Javier Tamayo. También: Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudos de los casos de Prebel S.A. v. L’Oreal y de Daniel J. Fernández & Cía Ltda. v. Fiberglass Colombia S.A.

³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995; Aclaración de Voto. Javier Tamayo.

de manera directa, la parte sustancial de los frutos de la promoción, pues adquiere así con los esfuerzos del agente, una clientela que le pertenece a él (el fabricante) y seguirá perteneciéndole después de que termine el agenciamiento. En este supuesto, ‘la compra para revender’ deja de tener incidencia y en cambio cobra importancia el elemento de ‘promoción por cuenta y en beneficio’, que, se reitera, es el ingrediente esencial y diferenciador de la agencia.’³⁵

En últimas, el agente comercial es un gestor de negocios ajenos que, a cambio de una remuneración, se dedica a promover o explotar dichos negocios de manera independiente y estable, pero por cuenta y en interés de quien le ha conferido el encargo.

Ahora bien, a lo largo del proceso y, especialmente en los alegatos de conclusión, COMCEL ha planteado que el negocio entre las partes no sería una agencia comercial, sino un contrato de distribución. Al respecto, se destacan, entre otros, los siguientes apartes de sus alegatos que sintetizan esta posición:

“La realidad procesal demuestra, sin duda alguna, que tanto CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. como COMCEL S.A., desde la fecha de celebración del mencionado negocio jurídico y durante su ejecución, quisieron otorgarle a la relación que las vinculó, la naturaleza de un contrato de distribución y no el de una agencia comercial (...) Lo anterior demuestra que la intención inequívoca de las partes desde la celebración del negocio jurídico que las vinculó, fue la de otorgarle la naturaleza de un contrato de distribución y no de ningún otro como ahora lo pretende la convocante...”

De ahí que el Tribunal, además de haber analizado los elementos propios de la agencia comercial, también deba abordar la distinción entre ésta y otros “sistemas de distribución mercantil”. En este punto, para el Tribunal, la función económica del respectivo “sistema de distribución” también sirve para revisar la distinción entre el agente mercantil y algunos comerciantes, tales como el franquiciado o el simple distribuidor, entre otros. Así, el margen de integración o interacción emanado del vínculo entre los co-contratantes correspondientes, sirve como factor de diferenciación.

Tratándose del suministro para la distribución –o contrato de distribución en sentido estricto- y la agencia mercantil, la distinción no necesariamente se da en el elemento “comprar para revender”. Como se acaba de explicar, en algunos casos puede haber agencia comercial si, pese a comprar para revender, se acredita y demuestra que el agente ha desplegado la tarea fundamental, continua y concreta de actuar por cuenta ajena, promoviendo los negocios de la empresa principal. En otras palabras, puede haber agencia comercial cuando la compra para la reventa, efectuada por el agente como distribuidor, se enmarca en un contexto jurídico y comercial de estrecha colaboración entre el agente y el empresario principal, donde aquél promueve los negocios de éste y se somete a sus directrices o instrucciones como gestor

³⁵ Jorge Suescún. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Legis y Ediciones Uniandes. Tomo II. Bogotá, 2003, pp. 466-467.

de sus intereses. Por el contrario, en el suministro para la distribución –o contrato de distribución en sentido estricto-, el distribuidor suele tener una vinculación menos estrecha con el proveedor, que la que tiene el agente con el empresario principal. El distribuidor adquiere para sí unos productos, a partir de lo cual los comercializa según sus políticas y asumiendo una posición propia en el mercado. De ahí que no haya mayor sujeción del distribuidor frente a las instrucciones o directrices del proveedor, con quien puede o no colaborar de manera general y sin la necesidad de promover sus negocios.³⁶

Contrario sensu, en la franquicia, por ejemplo, existe un alto nivel de imbricación técnica y económica entre los contratantes, sin que por ello se pierda la independencia del franquiciado³⁷. El negocio supone el pago, por parte del franquiciado, de un derecho de entrada o de unas regalías, y a cambio de ello, el otorgante o franquiciante le provee un know-how y una asistencia técnica permanentes, dado que el contrato supone transferir “(...) *un método para administrar y manejar un negocio, al que se le concede un monopolio territorial de distribución de un producto o de un servicio identificado con una marca comercial del otorgante y sujeto a su estricto control y asistencia técnica en forma continua.*”³⁸ De este modo, el franquiciado sacrifica buena parte de su autonomía en atención a la función económica del negocio, sin que por ello pierda su independencia jurídica; asume, de algún modo, una subordinación de carácter técnico y en ocasiones funcional, frente al franquiciante, pero sin perder su independencia jurídica. Esta circunstancia no ocurre, al menos de manera tan rigurosa, en los negocios de agencia comercial, pues al agente se le da mayor autonomía en la gestión de negocios ajenos, sin perjuicio de su sujeción a las instrucciones o indicaciones, muchas veces estrictas, del denominado empresario principal.

Así, en el contrato de agencia mercantil coexiste la independencia jurídica del agente con su actuación por cuenta de la empresa principal. Dicha independencia también se predica de figuras como la franquicia y la distribución en sentido estricto. No obstante, en figuras como la franquicia el margen de autonomía del intermediario es ciertamente inferior al del agente, mientras que en la distribución en sentido estricto el margen de autonomía del distribuidor suele ser mayor que el margen de autonomía aplicable al agente comercial, quien gestiona los intereses del empresario principal promoviendo los negocios de este último.

El agente, dada su independencia, cuenta con su propia organización y con un personal que le permite perseguir un beneficio patrimonial, plasmado en unas comisiones por ventas basadas en distintas gestiones y esfuerzos, destacándose la realización de actividades de promoción por cuenta de otro. Si

³⁶ Estos lineamientos, por lo demás, sirven para explicar los alcances precisos que tiene la labor del agente cuando actúa como “distribuidor”, a la luz de la propia definición consagrada por la legislación mercantil para el contrato de agencia. En dicha definición, prevista en el artículo 1317 del Código de Comercio, se precisa que el agente puede promover o explotar negocios como “distribuidor” de los productos de un empresario nacional o extranjero.

³⁷ Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo arbitral del caso de Panaca S.A. Vs. Parque Agropecuario de la Sabana S.A., 12 de agosto de 2009, citando al profesor José A. Echebarría Sáenz

³⁸ Marzorati. Op. Cit., p. 190.

bien es cierto que el agente debe atender las instrucciones impartidas por la empresa agenciada, también lo es que dicha conducta, como tal, no desdibuja la independencia jurídica que caracteriza al contrato. De este modo, el agente actúa como un *colaborador estrecho pero autónomo* de una empresa a la cual le promueve sus negocios. Y esta última, a su vez, percibe directa y significativamente los resultados de la labor desplegada por el agente³⁹.

Finalmente, es necesario concebir las labores esenciales de promoción y explotación, desplegadas por el agente, en función de un marco general de razonable estabilidad del vínculo contractual. Al respecto, la jurisprudencia nacional ha sostenido que el agente “(...) *no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios –así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general, acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como ‘mercadeo’, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que –hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada.*”⁴⁰

En atención a lo anterior, el Tribunal se ocupará, a continuación, de la calificación jurídica del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL.

1.1.2 Calificación jurídica del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL

Para calificar el contrato entre las partes, el Tribunal abordará el marco contractual en función de si se configuran o no los elementos del contrato de agencia. Así mismo, integrará el análisis al contexto fáctico y probatorio del caso.

1.1.2.1 Marco contractual – Contexto fáctico y probatorio

Según los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), suscritos por las partes, el Tribunal sintetiza el siguiente marco contractual, según cada uno de los elementos propios del contrato de agencia:

³⁹ No en vano, se ha sostenido que el agente comercial aparece como “(...) *una figura típica de la moderna distribución, ya que, siendo un comerciante independiente desarrolla una actividad estricta de colaboración comercial con su principal en una relación que se prolonga en el tiempo en forma estable y continua. Las características de independencia financiera y operativa resultan fundamentales para el concepto de agencia.*”: Marzorati. Op. Cit., p. 11.

⁴⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.

1.1.2.1.1 Existencia de un encargo para la promoción o explotación de negocios

Este elemento se involucra, con distintos alcances y variaciones, entre otras, en las siguientes cláusulas o previsiones contractuales, cuyo contenido se sintetiza así:

Documento	Cláusula – Previsión	Resumen de contenido aplicable al elemento analizado del contrato de agencia
1 de Noviembre de 1997	3 – Nombramiento	Establece que COMCEL nombra a CELLULAR PHONE para el mercadeo de productos y servicios
	4.3 – Relaciones entre las partes	Señala que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que tiene una relación con COMCEL adicional o distinta a la de centro de ventas y servicios autorizado para comercializar y vender el servicio
	6.1/6.3/6.5/6.7/6.11 – Deberes y obligaciones de COMCEL	Establece el deber general y específico de colaboración de COMCEL, plasmado en la entrega, a CELLULAR PHONE, de información de mercadeo, de folletos, de programas de promoción, de material creativo, y la asignación de un representante para asistir a CELLULAR PHONE en sus esfuerzos de ventas
	7.1/7.2/7.8/7.9/7.10/7.11/7.15 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de observar las directrices de COMCEL para el mercadeo y la gestión de ventas. También se señalan metas de ventas y el deber de participar en promociones organizadas por COMCEL, así como de seguir los planes de ventas de esta última como soporte en las labores de venta de CELLULAR PHONE.
	8 – Publicidad	Señala el deber, de CELLULAR PHONE, de utilizar materiales promocionales provistos por COMCEL, y de

		preparar material que sea acorde a la reputación de COMCEL
	11 – Cumplimiento con las Leyes	Establece que CELLULAR PHONE debe cumplir con la ética, la lealtad y las leyes en sus programas de ventas
	14 – Marcas	Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También señala que, ante circunstancias como la promoción, por parte de COMCEL, de las ventas de CELLULAR PHONE, ésta obtiene beneficios económicos, razón por la cual renuncia a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio (se reitera en el Anexo E – Documento de Terminación)
	15.11 – Terminación anticipada	Establece que COMCEL puede terminar el contrato si CELLULAR PHONE ofrece, vende, distribuye, comercializa o hace mercadeo de servicios que compitan con COMCEL
	16.1 – Efectos de la Terminación	Señala que, una vez termine el contrato, CELLULAR PHONE debe suspender el mercadeo, la promoción y la venta del servicio
	18 – Exclusividad a favor de COMCEL	Recoge el deber de abstención, señalado en la cláusula 15.11, incluyendo la promoción de servicios de competidores. También señala que CELLULAR PHONE debe participar en los programas o promociones que realice COMCEL, según sus indicaciones
	19 – Proveedores de productos	CELLULAR PHONE se obliga a promocionar y vender los productos respaldados por COMCEL
	Plan CO-OP – Anexo C	Se diseña el Plan CO-OP como un mecanismo de colaboración para que CELLULAR PHONE

		promueva los productos y servicios, conforme a unos procedimientos y autorizaciones
20 de Abril de 1999	3 – Objeto del Contrato	COMCEL le concede a CELLULAR PHONE la comercialización de los servicios, incluyendo su mercadeo. Se indica que CELLULAR PHONE actúa en su propio nombre, por su propia cuenta y con su propia organización
	4 – Naturaleza y Relaciones entre las partes	Señala que el contrato es de distribución y, dentro de las prohibiciones incluidas, se indica que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que tiene una relación con COMCEL adicional o distinta a la de ser un distribuidor y comercializar el servicio
	6.1/6.3/6.4/6.5/6.7/6.10 – Deberes y obligaciones de COMCEL	Establece el deber general y específico de colaboración de COMCEL, plasmado en la entrega, a CELLULAR PHONE, de información de mercadeo, de folletos, de programas de promoción, de material creativo, y la asignación de un representante para canalizar la información relativa al contrato
	7.1/7.2/7.8/7.9/7.10/7.11/7.15/7.26.2 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de observar las directrices de COMCEL para el mercadeo y la gestión de ventas. También se señala que CELLULAR PHONE organizará su empresa de la forma más idónea para comercializar los productos y servicios, incluyendo el personal que permita un óptimo mercadeo. Se indican metas de ventas y el deber de participar en promociones organizadas por COMCEL, así como de seguir los planes de ventas de esta última como soporte en las labores de venta de CELLULAR PHONE. Se señala el deber de no promover ni

		comercializar servicios de operadores competidores de COMCEL
	8 – Publicidad	Señala el deber, de CELLULAR PHONE, de utilizar materiales promocionales provistos por COMCEL, y de preparar material que sea acorde a la reputación de COMCEL
	11 – Cumplimiento con las Leyes	Establece que CELLULAR PHONE debe cumplir con la ética, la lealtad y las leyes en sus programas de ventas
	14 – Marcas	Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También señala que, ante circunstancias como la promoción, por parte de COMCEL, de las ventas de CELLULAR PHONE, ésta obtiene beneficios económicos, razón por la cual se compromete a pagar una suma equivalente al cálculo de la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio
	15.10 – Terminación anticipada	Establece que COMCEL puede terminar el contrato si CELLULAR PHONE ofrece, vende, distribuye, comercializa o hace mercadeo de servicios que compitan con COMCEL
	16.1 – Efectos de la Terminación	Señala que, una vez termine el contrato, CELLULAR PHONE debe suspender el mercadeo, la promoción y la venta del servicio
	18 – Exclusividad	Señala que CELLULAR PHONE acepta que COMCEL celebre contratos, con terceros, con el mismo objeto y en las mismas zonas asignadas, incluyendo labores de venta, distribución, comercialización, mercadeo o promoción del servicio. También prevé

		que CELLULAR PHONE participe en los programas o promociones que realice COMCEL, según sus indicaciones
	19 – Proveedores de productos	CELLULAR PHONE se obliga a promocionar y vender los productos respaldados por COMCEL
	Plan de Comisiones – Anexo A	Regula el pago de comisiones a CELLULAR PHONE por los abonados activados debido a la labor de comercialización de CELLULAR PHONE. Se precisa que esta labor se hace en su propio nombre, con su propia organización y a su propio riesgo
	Plan CO-OP – Anexo C	Se diseña el Plan CO-OP como un mecanismo de colaboración para que CELLULAR PHONE promueva los productos y servicios, conforme a unos procedimientos y autorizaciones
	Apertura de Centros – Anexo D	Indica que si CELLULAR PHONE abre canales de distribución, ésta deberá cumplir con los estándares de mercadeo y ventas considerados apropiados por COMCEL

Como se puede observar, a lo largo del texto contractual es evidente que COMCEL le confirió el encargo, a CELLULAR PHONE, consistente en promover sus productos y servicios. Esta circunstancia, por supuesto, se debe ponderar con los otros elementos que determinan si hubo o no contrato de agencia comercial, tal como lo realizará el Tribunal adelante en el laudo.

El material probatorio da cuenta de la efectiva existencia de esta labor de promoción a cargo de CELLULAR PHONE.

Del testimonio rendido por el señor Darwin Rojas –funcionario de COMCEL-, se extraen los siguientes apartes:

“DR. TALERO: Entiendo según la respuesta que se le dio a uno de los interrogantes del apoderado de CELLULAR PHONE, que usted revisaba las estrategias comerciales y de gestión de publicidad y exhibición de marca, eso es correcto?”

SR. ROJAS: De acuerdo.

DR. TALERO: Usted podría por favor describirnos con un poquito de más detalle, en qué consistía esa interacción y esas funciones entre ustedes y CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Claro que sí, básicamente frente a esa pregunta mi interacción era una reunión que generalmente la hacíamos con el representante legal del distribuidor, con el director comercial, con el coordinador de desarrollo a distribuidores y en esa reunión lo que hacíamos nosotros es plantear alternativas, es decir desde el lado nuestro como empleados de COMCEL planteamos opciones de comercialización con la experiencia que tenemos digamos de otras zonas.

Entonces vea está funcionando muy bien el tema de los barridos puerta a puerta, me parece que podríamos implementar unos barridos puerta a puerta para mejorar las ventas en masivo, vea me parece que está funcionando muy bien el tema de los referidos para clientes empresariales, por qué no implementamos una estrategia en la cual empezemos a llamar a los clientes empresariales.

A nivel de la parte que mencionaba recomendaciones sobre la parte de exhibición justamente, entonces listo los vendedores deben estar uniformados, debemos procurar material publicitario vigente, por qué no reforzamos esta promoción que es la está vigente en el mes para que la gente se acerque más al punto de venta, ese era el apoyo digamos a nivel empresarial, comercial y de estrategia comercial.

(...)

DRA. MURRLE: Se ha referido usted al responder las preguntas del doctor Talero a las estrategias comerciales y cómo interactuaban con el distribuidor, ustedes simplemente delineaban la estrategia comercial y era el distribuidor el que tenía a cargo la labor comercial?

SR. ROJAS: Correcto, digamos que nosotros hacíamos en su momento un acompañamiento, es decir generar ideas, toda la parte de estrategia, pero finalmente dependía del distribuidor si quería implementarlas o no, o sea no era una exigencia de decirle venga usted tiene que hacer esto y lo hace, era potestad del distribuidor definir si consideraba que le servían o no le servían.”

En su testimonio, el señor Jorge Burgos –ex-funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, en los apartes que se extraen así:

“DRA. MURRLE: Podría por favor hacer un relato al Tribunal sucinto sobre lo que conoce en relación con ese contrato que ha mencionado?

SR. BURGOS: Los contratos que se manejaban en ese entonces del año 95 para acá son muchos años, pero era un contrato de distribución de ventas que los autorizaba para ofrecer y vender y mercadear sus productos, los productos de COMCEL.

(...)

DR. CEDIEL: Y qué labor desarrollaba CELLULAR PHONE para COMCEL, qué tenía que hacer?

SR. BURGOS: Un distribuidor tenía que tener, contar con una infraestructura mínima de una empresa, tener una fuerza de ventas para obviamente lograr el objetivo del contrato.

DR. CEDIEL: Que era cuál?

SR. BURGOS: Conseguir los abonados para el operador, conseguir los clientes por los cuales COMCEL directamente prestaba sus servicios de telefonía celular tanto en

postpago como en prepago, atacar todos los mercados que en ese entonces decíamos que atacarían, el mercado natural, personas naturales, empresas grandes, medianas y pequeñas, en las zonas en donde estaba cada distribuidor.”

A su vez, el señor Santiago Vanegas –ex funcionario de COMCEL-, se refirió al asunto de la siguiente manera en su testimonio:

“DR. CEDIEL: Qué labor cumplía CELLULAR PHONE para COMCEL, en lo que usted recuerde, qué hacía CELLULAR PHONE?”

SR. VANEGAS: Ellos eran promotores, representantes de la marca en la región, para mí vuelvo y digo eran de los más importantes y también digamos que ellos su ejercicio diario propendía por el cumplimiento de sus objetivos de la compañía, o sea había una reciprocidad en los intereses comerciales de COMCEL en la región.

(...)

DR. CEDIEL: En su condición de representante de distribución y ventas de COMCEL, le indicaba a CELLULAR PHONE dónde tenía que abrir los puntos, a quiénes tenía que dirigir el mercado?

SR. VANEGAS: Sí, mi papel era netamente comercial, teníamos unos objetivos de abrir puntos en la región, yo no los pedía, no los exigía, ellos tenían que hacer esa búsqueda, ellos presentaban los puntos para aprobación nuestra y seguir creciendo la red.

DR. CEDIEL: Durante el tiempo que usted trabajó en COMCEL qué incidencia tuvo CELLULAR PHONE en el posicionamiento de la marca de COMCEL?

SR. VANEGAS: Para mí creo que de los más importantes, de hecho cuando yo no trabajaba en COMCEL era un ciudadano más de Bucaramanga, cuando pensaba en COMCEL, lo veía y luego entendí que lo que yo veía de COMCEL era Phone Express, eran los dos puntos de más visibilidad en la región, eran los puntos más grandes y para mí ellos eran COMCEL, eran temas de marca, eran los más importantes.”

Igualmente, del testimonio rendido por el señor Mario Arenas –fundador de CELLULAR PHONE-, se extraen los siguientes apartes, que corroboran lo dicho por otros testigos, algunos de los cuales trabajaban o trabajan para COMCEL:

“DR. CEDIEL: La labor que ustedes desarrollaron para la ejecución de ese contrato en qué consistió?”

SR. ARENAS: Eso fue muy duro, había que promover mucho el nombre de COMCEL porque no se conocía en Bucaramanga y la promoción que hubo que hacer en nombre de COMCEL fue permanente invirtiendo y le hicimos todo lo que fue promoción, ventas servicios, todo eso lo montamos nosotros porque COMCEL no tenía absolutamente nada allá.

DR. CEDIEL: Qué actividades desarrollaban ustedes para esa promoción que nos acaba de señalar?

SR. ARENAS: Allá lo que era la gerencia permanentemente me presentaban presupuestos para invertir en campañas, en salir a los pueblos y todas partes a promover el nombre de COMCEL y los servicios que se podían prestar, para eso se adquirieron

vehículos y eran brigadas que se hacían los fines de semana, se iban los vehículos a hacer una procesión por diferentes zonas.

DR. CEDIEL: COMCEL tenía alguna oficina directa de ventas allá en Bucaramanga en esa época?

SR. ARENAS: COMCEL tenía una oficina en el Edificio Chicamocha en donde había 2 personas que estaban dedicadas a la parte administrativa de ese punto y no prestaban ningún servicio ni al público, ni a nosotros.

DR. CEDIEL: Entonces cómo daba COMCEL a conocer sus productos y servicios?

SR. ARENAS: Eso se hizo todo a través de nosotros, ellos inicialmente no tenían absolutamente nada allá y nos enseñaron, con Electrophone hicimos la escuela, ellos nos dieron toda la experiencia y con eso fue que comenzamos nosotros a trabajar.”

A su vez, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE, corroboró lo dicho por otros testigos, como se observa en los siguientes apartes de su testimonio:

DR. CEDIEL: En ejecución del contrato suscrito con COMCEL, sírvase informar al Tribunal cuál fue la labor que desarrollaron ustedes como CELLULAR PHONE para COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Cuando nosotros empezamos la labor comercial con COMCEL, empezamos desde dar a conocer la marca, de promover la marca COMCEL en Bucaramanga que fue donde iniciamos labores inicialmente, desarrollamos toda la parte comercial, la parte de ventas, brigadas de ventas, tomas de pueblos, tomas de plazas, capacitaciones, insistimos en colegios, en empresas, supermercados, toda la labor comercial y dar a conocer la marca COMCEL en Santander.

DR. CEDIEL Eso se lo indicaba a ustedes COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Era parte del compromiso que se tenía para poder desarrollarlo, poder llegar a hacer activaciones y ventas y era a través de la promoción de la marca y demás.

DR. CEDIEL: COMCEL les entregaba para ese propósito que usted acaba de mencionar alguna lista de clientes, dónde tenían que visitar, fueran a tal parte o tal otra?

SR. SCHNEIDER: No, absolutamente todo lo teníamos que desarrollar nosotros, buscar los clientes, de persona natural, clientes corporativos, a qué segmento de personas queríamos llegar, qué queríamos atacar, eso lo hacíamos nosotros.

(...)

DR. CEDIEL: En materia de publicidad usted manejó publicidad de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Sí claro, dentro de la función de la gerencia comercial manejamos la publicidad.

DR. CEDIEL: Cómo era el manejo de esa publicidad, cómo se hacía esa publicidad por parte del distribuidor a favor de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Nosotros todo lo que se manejaba de publicidad se debía presentar a COMCEL para que COMCEL lo autorizara, si iba a hacer una publicación escrita,

periódico o si era por medio radial mandarle el demo de eso y en lo que era escrito había unas proporciones establecidas con unas políticas de publicidad que se debían cumplir de fondo, de colores y demás y había una proporción del tamaño de la publicidad en donde era 65, 70% de COMCEL y el 35, 35% del distribuidor, la marca del distribuidor.

DR. CEDIEL: Era posible que un distribuidor se hiciera publicidad así mismo?

SR. SCHNEIDER: No, no tendría ningún sentido, o sea tiene que ir amarrado a COMCEL y nosotros éramos COMCEL, la publicidad iba amarrada a COMCEL, no tenía sentido.

(...)

DR. SALAZAR: Y como comercial cuáles eran sus funciones en CELLULAR PHONE?

SR. SCHNEIDER: Promover la marca, crecer en la zona, realizar venta, abrir puntos de ventas, COMCEL en determinadas oportunidades determinaba puntos triple A, doble A, C y alto tráfico, entonces había que entrar a todas esas cosas y todos esos requerimientos que hacían, se tenían que manejar, manejar las ventas, manejar los subdistribuidores, hacer capacitaciones de planes, de equipos, visitar municipios, todo lo que tiene que ver con la parte comercial para promover planes y promover las ventas.

DR. SALAZAR: Para esas labores de promoción de planes y de venas usted se reunía con los funcionarios de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Sí claro, ellos eventualmente sobre todo con el representante de ventas había un contacto directo porque desde capacitaciones, desde presentación de planes, de las mismas autorizaciones que hablaba se necesitaba que requería de ellas, había comunicaciones físicas por correos, por todo.”

En el testimonio de la señora Tulia Azucena Cordón –contadora y gerente administrativa de CELLULAR PHONE-, se resaltan los siguientes apartes referentes a la promoción:

“DRA. MURRLE: Qué sabe usted de la ejecución de ese contrato?

SRA. CORDON: Nosotros éramos distribuidores de COMCEL, nos encargábamos de impulsar la marca, de mostrar el servicio de COMCEL, cuando estábamos en Bucaramanga, fuimos prácticamente unos de los primeros, porque estábamos empezando, entonces teníamos empleados que eran los asesores, toda la infraestructura de la empresa, promocionamos a COMCEL, sacamos la gente a los barrios, a plazas, a centros comerciales porque COMCEL como que apenas estaba empezando y luego nos empezamos a expandir a lo que fue San Gil, Arauca, Tame, Cartagena y dentro de Bucaramanga abrimos varios puntos, tuvimos alrededor de 12,. 15 puntos nuestros, esa era más o menos la función que eran las activaciones, nosotros ganábamos por activaciones, comisiones por activaciones e impulsar la marca, darla a conocer.”

La señora Mary Luz Meléndez –revisora fiscal de CELLULAR PHONE-, en su testimonio, se refirió al asunto así:

DRA. MURRLE: Sí, es lo que usted sepa de la controversia que ha generado este proceso, brevemente lo que sepa.

DRA. MELENDEZ: Brevemente podría decir que cuando llegué a CELLULAR PHONE en el año 2006 a finales hace uno como revisor fiscal lo fundamental y lo básico para iniciar su trabajo como profesional independiente, mirar los estatutos de la sociedad y en mis manos tuve también el contrato de COMCEL, lo leí, enterarme de cuál era la actividad económica de la empresa que iba a asesorar a prestar mis servicios, conocer su actividad.

Por el contrato entendí que habían firmado un contrato de distribución y luego con el transcurso de los años mi revisoría fiscal se ha limitado a ejercer las funciones que la ley me imponen, esencialmente el código de Comercio con las circulares de la Superintendencia de Sociedades y en ese paso de los años Phone se dedica principalmente y se dedicó fundamentalmente a promover los servicios de telefonía celular que presta COMCEL, COMCEL como operador habilitado por el Estado ofrece al público un servicio de telefonía celular y mi cliente CELLULAR PHONE Express le promovía sus servicios.

Para esa promoción de esos servicios le apertura mercados en Santander, tengo entendido que fue la primera “distribuidora” le consiguió sus clientes y hoy COMCEL disfruta de las mieles de los clientes que consiguió CELLULAR PHONE, hablando de forma genérica, porque ya específica de determinadas operaciones me preguntará y le contestaré a lo que se refiere.

(...)

DR. CEDIEL: Eran de tipo ordinario los negocios entre COMCEL y CELLULAR PHONE que suscribieron acuerdos de pago?

DRA. MELENDEZ: No, el objeto social de mi cliente es la promoción de los servicios de telefonía celular, o sea los servicios es ubicar el cliente, promocionarlo, conquistarlo, ofrecerle los planes de telefonía celular, ofrecer un buen servicio, mantenerlo, tratar de que se quede con ese operador específico que es COMCEL, ese es el giro ordinario de los negocios.

Los acuerdos de pago no son préstamos a los cuales se ve obligada a acudir, pero ese no es el giro ordinario.”

En el interrogatorio rendido por la señora Sandra Arenas –representante legal de CELLULAR PHONE-, ésta dijo lo siguiente:

*“DR. SALAZAR: **Pregunta No. 1.** CELLULAR PHONE y COMCEL celebraron un contrato de distribución en el año 97, yo quiero preguntarle, antes de la firma de ese contrato qué conversaciones, reuniones, tratativas o discusiones se celebraron entre CELLULAR PHONE para llegar a ese contrato?*

SRA. ARENAS: Cuando se inició todo nos reunimos, ellos nos contaron de qué se trataba el negocio, era entrar a una zona donde íbamos a promover, a dar a conocer la marca de COMCEL, a buscar clientes, a generar activaciones, a prestar el servicio, a buscar apertura de puntos, nos explicaron que existía un contrato que nos lo dieron a conocer.”

En atención a los distintos elementos de juicio allegados al proceso, para el Tribunal está acreditado que COMCEL planteaba algunas opciones o alternativas de promoción o comercialización, pero era CELLULAR PHONE

quien decidía la viabilidad o conveniencia de estas últimas y quien las implementaba o no. En este contexto, COMCEL ofrecía un soporte estratégico a la labor de CELLULAR PHONE, esto es, un acompañamiento o colaboración a la gestión de esta última, pero era CELLULAR PHONE quien desarrollaba, por sí misma, la labor de promoción o comercialización de los productos y servicios de COMCEL.

Para el efecto, el Tribunal evidencia que CELLULAR PHONE realizaba campañas y brigadas de ventas, así como apertura de puntos de ventas y otras gestiones para facilitar, impulsar o estimular dichas ventas, ejercicio en el cual determinaba los segmentos del mercado a los cuales quería llegar, sin perjuicio del apoyo estratégico y comercial recibido de COMCEL (i.e. Plan CO-OP).

En relación con la publicidad, el Tribunal observa que COMCEL ejercía un control sobre las condiciones y materiales aplicables a esta actividad, todo en función de garantizar la integridad de su imagen corporativa y de fortalecer su posición en el mercado. No obstante, la labor de facilitación, búsqueda o estímulo de la clientela era efectuada por CELLULAR PHONE en la zona asignada por razón del contrato.

1.1.2.1.2 Remuneración del encargo

Este elemento se involucra, con distintos alcances y variaciones, entre otras, en las siguientes cláusulas o previsiones contractuales, cuyo contenido se sintetiza así:

Documento	Cláusula – Previsión	Resumen de contenido aplicable al elemento analizado del contrato de agencia
1 de Noviembre de 1997	6.4 – Deberes y obligaciones de COMCEL	Señala el deber, a cargo de COMCEL, de pagarle las comisiones a CELLULAR PHONE, según lo establecido en el Anexo A del contrato
	Plan de Comisiones – Anexo A	Regula el pago de comisiones a CELLULAR PHONE. Se hace referencia principalmente a las comisiones por activación de abonados y a las denominadas comisiones por residual
20 de Abril de 1999	7.26 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala que, ante la ocurrencia de distintas situaciones (i.e. permitir o tolerar la indebida utilización de equipos y demás elementos inherentes al contrato),

		CELLULAR PHONE pierde las comisiones, beneficios y utilidades causados hasta el momento de la comprobación sumaria de los respectivos hechos
	15.4 – Terminación anticipada por condición resolutoria expresa	Señala la posibilidad de COMCEL de terminar el contrato si CELLULAR PHONE le entrega información o solicitudes de reembolsos y devoluciones de dineros, entre otros rubros, que no correspondan a la realidad, o si realiza operaciones ficticias para generar o incrementar comisiones
	30 – Conciliación, compensación, deducción y descuentos	Regula, de manera general, la posibilidad de que COMCEL deduzca, descuenta o compense sumas debidas a CELLULAR PHONE, y señala que el 20% de los valores recibidos por esta última constituye un pago anticipado de cualquier prestación, indemnización o bonificación que fuere exigible debido a la ejecución y terminación del contrato
	Plan de Comisiones – Anexo A	Regula el pago de comisiones a CELLULAR PHONE
	Modelo de Acta de Conciliación, Compensación y Transacción – Anexo F	Regula la posible compensación de obligaciones entre las partes y los efectos del corte de cuentas, incluyendo la renuncia a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio en caso de que el contrato se tipificare como agencia comercial

El marco contractual denota el hecho evidente de que CELLULAR PHONE recibía una remuneración por su gestión contractual. Esta circunstancia, por supuesto, se debe ponderar con los otros elementos que determinan si hubo o no contrato de agencia comercial, tal como lo realizará el Tribunal adelante en el laudo.

El material probatorio se refiere, de manera notoria y reiterada, al elemento de remuneración. De ello dan cuenta, a simple título de ejemplo, los distintos testimonios rendidos en el proceso y el dictamen pericial emitido por la doctora

Gloria Zady Correa, el cual, a todo lo largo de su contenido -y de sus respectivas aclaraciones y complementaciones- aborda precisamente lo referente a la remuneración recibida por CELLULAR PHONE, incluyendo su contabilización y sus eventuales alcances y efectos a la luz de las normas que regulan los contratos de agencia comercial. Estos últimos aspectos serán abordados por el Tribunal en un acápite posterior de este laudo.

1.1.2.1.3 Estabilidad – Vigencia del Contrato en el caso concreto

Este elemento se involucra, con distintos alcances y variaciones, entre otras, en las siguientes cláusulas o previsiones contractuales, cuyo contenido se sintetiza así:

Documento	Cláusula – Previsión	Resumen de contenido aplicable al elemento analizado del contrato de agencia
1 de Noviembre de 1997	5 – Vigencia del Contrato	Establece la vigencia del contrato, señalando que éste tiene una duración de 6 meses y extensiones automáticas y sucesivas de 1 mes, salvo que opere una renovación de sus términos o que se dé una terminación anticipada, según las estipulaciones del contrato, principalmente la de terminación anticipada (cláusula 15)
	16.4 – Efectos de la Terminación	De manera general señala que, al terminarse el contrato, CELLULAR PHONE debía suscribir el documento previsto en el Anexo E, en el cual renunciaría a reclamar sumas de dinero emanadas de la terminación contractual, incluidas las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio.
	Documento de Terminación – Anexo E	Prevé que CELLULAR PHONE, al terminarse el contrato, suscriba dicho documento, en el cual renunciaría a reclamar sumas de dinero emanadas de la terminación contractual, incluidas las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio.
20 de Abril de 1999	5 – Vigencia del Contrato	Establece la vigencia del contrato, señalando que

		éste tiene una duración de 3 años y extensiones automáticas y sucesivas de 1 mes, salvo que opere una renovación de sus términos o que se dé una terminación anticipada, según las estipulaciones del contrato, principalmente la de terminación anticipada (cláusula 15)
	30 – Conciliación, compensación, deducción y descuentos	Regula, de manera general, la posibilidad de que COMCEL deduzca, descuenta o compense sumas debidas a CELLULAR PHONE. Prevé que durante la vigencia del contrato, cada 12 meses, se suscriban actas de conciliación de cuentas

Como se puede observar, el texto contractual preveía que CELLULAR PHONE asumiera su encargo de manera estable, es decir, con vocación de permanencia o continuidad y pese a los mecanismos de terminación anticipada establecidos. Esta circunstancia, por supuesto, se debe ponderar con los otros elementos que determinan si hubo o no contrato de agencia comercial, tal como lo realizará el Tribunal adelante en el laudo.

Es evidente que había numerosas provisiones contractuales que sí suponían el elemento de estabilidad, pese a no abordarlo expresamente. Tal es el caso, por ejemplo, de las estipulaciones que señalaban los deberes, a cargo de CELLULAR PHONE, de montar una infraestructura administrativa y de personal permanente, de responder inquietudes de los clientes sobre los productos y servicios, y de seguir pautas, manuales o procedimientos para preservar la imagen corporativa de COMCEL, entre otras⁴¹. Lo propio ocurre con la estructura y plan de las comisiones pagaderas a CELLULAR PHONE. Se señalaba, por ejemplo, que las denominadas comisiones por residual se pagarían *durante la vigencia del contrato, por un período máximo de cinco (5) años* contados desde el mes siguiente a la fecha de activación del respectivo abonado⁴².

Igualmente, y tal como se analiza adelante en el laudo, había distintas provisiones contractuales encaminadas a precaver y regular el riesgo de que se configurara un contrato de agencia comercial, situación que, por supuesto, asume que el negocio tenía una vocación de estabilidad.

La estabilidad, en la práctica, ha sido reconocida por ambas partes. Éstas señalan haber tenido un vínculo contractual ininterrumpido o permanente entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el

⁴¹ Ver, por ejemplo: Documentos del 1 de noviembre de 1997 y del 20 de abril de 1999: cláusula 7 – Deberes y Obligaciones de CELLULAR PHONE.

⁴² Ver, por ejemplo: Documento del 1 de noviembre de 1997: Anexo A – Plan de Comisiones, numeral 2.

treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), esto es, por un período aproximado de trece (13) años y siete (7) meses⁴³. Igualmente, han coincidido en afirmar que dicho vínculo terminó el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), pero discrepan acerca de las razones y mecanismos que acompañaron dicha terminación contractual, aspectos de los cuales se ocupará el Tribunal en un acápite posterior del laudo⁴⁴.

Incluso, en sus alegatos de conclusión, COMCEL reiteró la extensión o continuidad del vínculo contractual, sin solución de continuidad, durante dicho período aproximado de trece (13) años y siete (7) meses. Al abordar la naturaleza jurídica del contrato, sostuvo lo siguiente:

“Ninguna duda debe quedar entonces acerca de que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. si conoció la real naturaleza del negocio jurídico que celebró con COMCEL, el cual ejecutó lucrándose durante los más de trece (13) años de forma ininterrumpida y sin que durante dicho lapso hubiese efectuado a COMCEL S.A., reparo alguno acerca de su real naturaleza jurídica.”

Por lo demás, el material probatorio se refiere, de manera notoria y reiterada, al elemento de estabilidad. El dictamen pericial, emitido por la doctora Gloria Zady Correa, es suficientemente ilustrativo al respecto. A todo lo largo de su contenido -y de sus respectivas aclaraciones y complementaciones- en dicho dictamen se realizan análisis y cuantificaciones sobre el reconocimiento de una vigencia contractual de trece (13) años y siete (7) meses, la cual inició el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), y terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), como lo reconocen las propias partes. En dicho documento, por demás, se precisa que siempre hubo movimiento de operaciones entre las dos compañías en el lapso mencionado⁴⁵.

Con todo, es pertinente señalar que el referido dictamen también abordó otros escenarios de duración contractual, propuestos por CELLULAR PHONE. En dichos escenarios, también se reconocía una efectiva vigencia contractual de trece (13) años y siete (7) meses. Sin embargo, también se le solicitaba a la perito proyectar o efectuar cálculos hasta momentos posteriores, teniendo en cuenta fechas como (i) el vencimiento previsto de la prórroga mensual del contrato –diecinueve (19) de junio de dos mil once (2011)-, o (ii) aquella fecha que, según CELLULAR PHONE, marcaría el final de la relación contractual en atención al período contractual de tres (3) años pactado en el documento del (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Dicha fecha, en criterio de CELLULAR PHONE, sería el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), pues la convocante concibió que el contrato podría prorrogarse por términos automáticos y sucesivos de tres (3) años, iguales a aquél previsto como vigencia inicial⁴⁶.

⁴³ Ver, por ejemplo: Reforma a la Demanda Arbitral: Hechos 50, 65, 149, 196 a 200, 228, 281 y 340, entre otros; y Pretensiones 4, 5 y 25, entre otras / Reforma a la Demanda de Reconversión: Hechos 1, 3 y 11; y Pretensiones 1 y 4.

⁴⁴ Ibid.

⁴⁵ Dictamen Pericial, p. 85.

⁴⁶ Dichos cálculos fueron solicitados respecto de asuntos como la cesantía comercial, prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio, bajo la asunción de que el vínculo contractual, entre CELLULAR

Para el Tribunal, es claro que el elemento de estabilidad se configura en el caso concreto, como también lo es que el vínculo contractual entre las partes estuvo vigente, en realidad, por un lapso de trece (13) años y siete (7) meses.

No obstante, es procedente y oportuno referirse, en este momento, a los planteamientos de CELLULAR PHONE respecto de la vigencia del vínculo contractual, plasmados o reflejados en las pretensiones de su demanda, y que también se observan en las solicitudes efectuadas a la perito, según se acaba de señalar. El Tribunal debe abordar entonces el verdadero sentido y las consecuencias de la reclamación de la empresa convocante, respecto de la vigencia contractual. Para ello, debe atender las pretensiones planteadas y las razones, argumentos y demás circunstancias fácticas y jurídicas que las sustentan.

En dicho sentido, el Tribunal encuentra que CELLULAR PHONE, en algunos de sus planteamientos y pretensiones, señala que el vínculo contractual tuvo la mencionada vigencia de trece (13) años y siete (7) meses. Al respecto, se tiene lo siguiente:

- La pretensión 4 del escrito de reforma de la demanda, señala que el vínculo contractual, motivo de su reclamación, se instrumentó en los documentos del día primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999);
- La pretensión 5, a su vez, en su primera parte, señala expresa y nítidamente que dicho vínculo se dio, de manera continua, entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011);
- Como corolario de lo anterior, en la pretensión 25 se solicita declarar que, por la terminación del contrato, COMCEL perdió la potestad de aplicar penalizaciones o sanciones desde el día primero (1) de junio de dos mil once (2011);
- A su turno, en la pretensión 42 -de condena, en materia de la cesantía comercial- y, salvo algunas precisiones que hará el Tribunal, se reconoce (i) que el contrato surgió el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y (ii) que terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011);

PHONE y COMCEL, fuese una agencia comercial. Así, CELLULAR PHONE le solicitó a la perito proyectar los referidos cálculos en atención a tres fechas de terminación distintas, de las cuales se reconoció la efectiva ocurrencia de la primera -31 de mayo de 2011-, al paso que las otras dos -20 de junio de 2011 y 19 de abril de 2014- se plantearon como escenarios hipotéticos, esto es, sobre la eventualidad o suposición de que la relación contractual hubiese culminado en cualquiera de esos momentos. Ver: Dictamen Pericial, pp. 9-12.

- En la pretensión 48 –de condena, sobre indemnización de perjuicios por la terminación anticipada del contrato por justa causa imputable a COMCEL-, también se reconoce que la fecha de terminación del contrato fue el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). Dicho reconocimiento se hace a propósito de unas reclamaciones de perjuicios (i) por facturación no recibida por CELLULAR PHONE ante el cierre anticipado de los denominados CPs, (ii) por comisiones de activaciones dejadas de recibir; (iii) por comisiones por residual; (iv) por comisiones sobre recaudos en los CPs; y (iv) por bonificaciones e incentivos dejados de recibir;
- Igualmente, la lectura conjunta de los hechos 50, 61, 65, 149, 170, 200, 228 y 281 del escrito de reforma de la demanda, plantea que, para la convocante, el vínculo contractual surgió el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011);
- Los alegatos de conclusión ratifican lo anterior en distintos acápite o secciones –i.e. sección 3: existencia de varios contratos y una sola relación entre las partes-; y
- El dictamen pericial también recoge estos lineamientos sobre la efectiva vigencia del contrato –i.e. cuando se le solicita a la perito calcular la denominada cesantía comercial bajo un primer escenario, consistente en proyectar el cálculo hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), fecha en que, según la convocante, se terminó el contrato-.

Sin embargo, en el escrito de reforma de la demanda, CELLULAR PHONE formula planteamientos y pretensiones con alcances distintos, respecto de la vigencia de la relación contractual. Ello se evidencia especialmente –aunque no de manera exclusiva- en el capítulo II de dicho escrito, titulado “La Vigencia y Prórroga del Contrato”. Al respecto, se tiene lo siguiente:

- En la pretensión 12, se señala que la vigencia contractual comenzó el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), pero que, en atención al documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) -que consagraba una vigencia inicial de tres (3) años con prórrogas-, se entiende que hubo prórrogas automáticas y sucesivas de tres (3) años, la última de las cuales tuvo lugar u operó del veinte (20) de abril de dos mil once (2011) al diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014);
- Como corolario de lo anterior, en la pretensión 13 se señala que la vigencia contractual “se extendía” hasta el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014);

- En la pretensión 14, se le pide al Tribunal que, en subsidio de lo anterior, señale o fije la fecha a la cual “se extendió” la vigencia del vínculo contractual;
- A su vez, en la pretensión 42 -de condena, en materia de la cesantía comercial- y, salvo algunas precisiones que hará el Tribunal, se reconoce que el contrato terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), pero se solicita que la cesantía comercial contemple una duración entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), *“fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato; o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual.”*;
- En la pretensión 48 –de condena, sobre indemnización de perjuicios por la terminación anticipada del contrato por justa causa imputable a COMCEL-, también se reconoce que la fecha de terminación del contrato fue el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), pero al reclamarse (i) las comisiones de activaciones dejadas de recibir; (ii) las comisiones por residual dejadas de recibir; (iii) las comisiones sobre recaudos en los CPs; y (iv) las bonificaciones e incentivos dejados de recibir, se solicita que su valor cubra desde el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) hasta el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), *“fecha hasta la cual se extendía la vigencia de la relación contractual, con base en la prórroga igual al término inicialmente pactado en el contrato, por tres años o, en subsidio, hasta el día 19 de junio de 2011, si se toma como base la fecha correspondiente a la prórroga mensual, o a la fecha que determine el Tribunal como de expiración de la vigencia del contrato.”*;
- Igualmente, los hechos 196 a 198 se formulan como sustento de las pretensiones declarativas en esta materia;
- Lo propio ocurre en los alegatos, donde se concluye, de manera adicional, que se cuantifique la cesantía comercial y las indemnizaciones a que haya lugar *“hasta 19 de abril de 2014, o hasta la fecha que finalmente indique el Tribunal, ya que la terminación anticipada del contrato el 31 de mayo de 2011, por parte de CELLULAR PHONE se debió a una JUSTA CAUSA imputable a COMCEL.”*; y
- El dictamen pericial también recoge estos lineamientos sobre la vigencia del contrato –i.e. cuando se le solicita a la perito calcular la denominada cesantía comercial bajo un tercer escenario, consistente en proyectar el cálculo hasta el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), fecha hasta la cual “se extendía” el contrato, según la convocante.

En criterio del Tribunal, es necesario distinguir entre la fecha de terminación efectiva del contrato –treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011)- y la fecha en que el contrato podía terminar según su acontecer normal.

La primera de ellas marca la vigencia del vínculo contractual; éste concluyó en dicha fecha. Su vigencia, en consecuencia, fue de trece (13) años y siete (7) meses.

La segunda de ellas, por su parte, dependía del normal desarrollo del contrato y de las previsiones contractuales aplicables a su terminación. En tal sentido, la parte convocante CELLULAR PHONE ha interpretado la cláusula 5 del documento suscrito el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), en el sentido de establecer la ocurrencia automática y sucesiva de prórrogas de tres (3) años.

Dicha cláusula, en su aparte pertinente, dice así:

“5. Vigencia del Contrato

5.1 La Vigencia Inicial de este Contrato comenzará en la fecha escrita al comienzo de este contrato de distribución y continuará con plena vigencia y efecto durante (3) TRES AÑOS, sujeto a la terminación anticipada según se estipula en la Cláusula 15 de este Contrato de Distribución⁴⁷. De allí en adelante, este Contrato será renovado automáticamente, pero únicamente continuará vigente por períodos mensuales hasta cuando sea renovado según el numeral 5.2 de esta cláusula o hasta cuando alguna de las partes entregue a la otra aviso escrito de la terminación, por lo menos con 15 días comunes de anticipación a la fecha de vencimiento del correspondiente período mensual.

5.2 Al vencimiento de este Contrato, el mismo podrá ser renovado según los términos y las condiciones que las partes acuerden mutuamente.”

Para el Tribunal, la cláusula arroja suficiente claridad en el sentido de establecer un término inicial de tres (3) años y la ocurrencia, a partir de ese momento, de extensiones contractuales mensuales, hasta tanto operase una terminación anticipada o simplemente las partes decidiesen ajustar los términos del negocio mediante una renovación.

Por lo anterior, el Tribunal considera que el término inicial del contrato, según el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), concluyó el día diecinueve (19) de abril de dos mil dos (2002), esto es, tres (3) años después de su celebración. A partir de ese entonces, tuvo extensiones sucesivas y automáticas mensuales, las cuales habrían llevado el contrato hasta el día veinte (20) de cualquier mes, fecha que se precisaría según el momento en que se diera la terminación anticipada del contrato.

⁴⁷ La cláusula 15, por su parte, regula eventos o causales de terminación anticipada, basados en situaciones de incumplimiento, dificultades financieras y, en general, en circunstancias cuya gravedad ameritaría aniquilar el vínculo contractual. Esta cláusula permite la terminación del contrato en cualquier momento ante la ocurrencia de los eventos allí señalados. No señala un período de preaviso.

De ahí que el contrato no se prorrogó -ni se habría prorrogado- hasta el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), como erróneamente lo sostiene inicialmente la convocante. Según las circunstancias ocurridas en el caso, el contrato habría podido terminar, quizás o hipotéticamente, el diecinueve (19) de junio de dos mil once (2011), si se hubiese combinado la estipulación que consagraba un preaviso de quince (15) días con la fecha de la comunicación de terminación. No obstante, y como se ha explicado y recalado en el laudo, ambas partes coincidieron en aceptar y reconocer que la terminación ocurrió, nítidamente y en realidad, el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).

De ahí que en algún ejercicio de cuantificación de la cesantía comercial, el Tribunal sólo acepte tomar como base la fecha efectiva de terminación del contrato, vale decir, el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).

El Tribunal también observa que una de las principales incidencias derivadas de sostener que el contrato “se extendía” hasta el diecinueve (19) de abril de dos mil catorce (2014), radica en la cuantificación de las pretensiones de condena, asociadas principalmente a algunas indemnizaciones de perjuicios solicitadas por la convocante. En relación con esta fecha, el Tribunal la considera meramente hipotética por las razones ya mencionadas.

Con todo, CELLULAR PHONE ha manifestado la procedencia de una fecha posterior al treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) –i.e. el diecinueve (19) de junio de dos mil once (2011)- como base para las respectivas cuantificaciones. Ello obedecería a que el contrato se tuvo que terminar anticipadamente –el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011)-, por justa causa imputable a COMCEL, según lo dicho por CELLULAR PHONE.

Al respecto, y sin entrar aún en la determinación de si la terminación tuvo esa connotación, el Tribunal evoca el postulado según el cual, sólo son indemnizables los perjuicios directos y ciertos⁴⁸, es decir, aquellos que son la consecuencia lógica y cierta de un incumplimiento⁴⁹. En principio, el carácter directo no se predica de un concepto temporal de inmediatez, sino de la existencia de un nexo causal lógico y cierto entre el incumplimiento y el daño. De ahí que la doctrina especializada afirme que si *“(…) este vínculo existe el perjuicio debe ser reparado, aun cuando sea lejano, pues no se trata de proximidad en el tiempo ni en el espacio, sino de la existencia del vínculo de causalidad.”*⁵⁰

Lo anterior explica que sean indemnizables los daños futuros. Para establecer si el daño futuro es o no indemnizable, existe un criterio absoluto y otro relativo. En el primer caso, se considera que el daño indemnizable es aquel que necesaria y fatalmente debe ocurrir, es decir, aquel cuya configuración

⁴⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de mayo de 1977.

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 29 de octubre de 1945.

⁵⁰ Jorge Suescún. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo I. Legis y Universidad de Los Andes. Bogotá, 2003, p. 217.

depende del simple paso del tiempo, tal como el Consejo de Estado lo ha sostenido al señalar que el daño futuro se predica cuando “(...) *sólo le falte el transcurso del tiempo para que se produzca...*”⁵¹. En el segundo caso, se considera que el juez debe apreciar la certeza futura del daño sobre bases aproximativas sólidas, sin que entienda que el daño indefectiblemente se producirá⁵².

Para el Tribunal, en el caso *sub judice* la proyección de cuantificaciones de perjuicios hasta fechas posteriores a la terminación -como el diecinueve (19) de junio de dos mil once (2011)-, implica o denota el carácter hipotético del daño futuro. Está plenamente demostrado que dicha fecha era de ocurrencia imposible en términos contractuales. El contrato terminó el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y ambas partes lo aceptaron. De ahí que las distintas comisiones, bonificaciones y descuentos, reclamados por la convocante, no se fueran a generar por el simple transcurso del tiempo hasta una fecha posterior a la terminación, como tampoco existe una base aproximativa sólida que le permita al Tribunal concluir que esto hubiese ocurrido. En otras palabras, si bien es cierto que el perjuicio futuro es indemnizable, también lo es que, en el caso concreto, no están dadas las condiciones para establecerlo, como incluso se corroborará al abordar lo referente al lucro cesante.

En este orden de ideas, el Tribunal puntualiza que el elemento de estabilidad estuvo presente en la relación contractual entre las partes. Y, con base en ello, precisa y concluye que el contrato estuvo vigente desde el primero de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), fecha en que terminó.

Así mismo, precisa que esta fecha será la base o referencia para un ejercicio de cuantificación de la cesantía comercial y de las correspondientes indemnizaciones, en caso de que ello procediera, según las consideraciones posteriores que hará el Tribunal en este laudo.

1.1.2.1.4 Independencia

Este elemento se involucra, con distintos alcances y variaciones, entre otras, en las siguientes cláusulas o previsiones contractuales, cuyo contenido se sintetiza así:

Documento	Cláusula – Previsión	Resumen de contenido aplicable al elemento analizado del contrato de agencia
1 de Noviembre de 1997	4.3 – Relaciones entre las partes	Señala que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que es de propiedad de COMCEL o

⁵¹ Consejo de Estado. Sentencia del 23 de febrero de 1990.

⁵² Guillermo Ospina Fernández. Régimen General de las Obligaciones. Editorial Temis. Bogotá, 1984, p. 135, citando a Henri y León Mazeaud.

		que tiene una relación con COMCEL adicional o distinta a la de centro de ventas y servicios autorizado para comercializar y vender el servicio
	7.8/7.9/7.10/7.11 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de tener una determinada planta de personal para el óptimo mercadeo y comercialización de los productos y servicios. También se señalan metas de ventas y el deber de participar en promociones organizadas por COMCEL, así como de seguir los planes de ventas de esta última como soporte en las labores de venta de CELLULAR PHONE.
	14 – Marcas	Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También dice que CELLULAR PHONE no tendrá interés, derecho o propiedad de marcas, nombres comerciales, material publicitario, promocional u otro material escrito relacionado con los productos y servicios
	18 – Exclusividad a favor de COMCEL	Señala que CELLULAR PHONE no puede vender, distribuir, comercializar, mercadear o promover servicios de operadores distintos a COMCEL.
	20 – Situación laboral	Señala que CELLULAR PHONE no es intermediario, representante o contratista independiente

		de COMCEL, y que es el único patrono de los trabajadores que contrate. También señala que CELLULAR PHONE mantiene indemne, a COMCEL, por reclamaciones laborales de todo orden
	Localización Autorizada del Centro de Ventas y Servicios - Anexo D	Se establecen unos parámetros o exigencias básicas respecto de las áreas y espacios de los establecimientos empleados por CELLULAR PHONE para las actividades del contrato
	Documento de Terminación – Anexo E	Prevé que CELLULAR PHONE, al terminarse el contrato, suscriba dicho documento, en el cual renunciaría a reclamar sumas de dinero emanadas de la terminación contractual, incluidas las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio
	Anexo de Sub-distribución – Anexo F	Regula las condiciones generales para la vinculación de sub-distribuidores. Señala que CELLULAR PHONE estima que la existencia de los subdistribuidores incrementará los buenos resultados comerciales que ésta persigue y, por lo tanto, su beneficio económico según el contrato. También indica que COMCEL aprueba los contratos que CELLULAR PHONE quiera celebrar con los sub-distribuidores
20 de Abril de 1999	1.15/1.22 – Definiciones y normas de interpretación	Hace referencia a los establecimientos, locales, centros o puntos de ventas destinados por CELLULAR PHONE para desarrollar el contrato
	3 – Objeto del contrato	Señala que CELLULAR PHONE ejecuta el contrato en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia

		organización, personal e infraestructura y asumiendo los costos y riesgos
	4 – Naturaleza y Relaciones entre las partes	Señala que el contrato es de distribución y, tras excluir otras figuras contractuales como la agencia, indica que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que es de propiedad de COMCEL o que tiene una relación con COMCEL adicional o distinta a la de centro de ventas y servicios autorizado para comercializar y vender el servicio
	6.1/6.3/6.4/6.5/6.7/6.10 – Deberes y obligaciones de COMCEL	Establece el deber general y específico de colaboración de COMCEL, plasmado en la entrega, a CELLULAR PHONE, de información de mercadeo, de folletos, de programas de promoción, de material creativo, y la asignación de un representante para canalizar la información relativa al contrato
	7.1/7.2/7.8/7.9/7.10/7.11/7.15/7.25/7.26.2 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de observar las directrices de COMCEL para el mercadeo y la gestión de ventas. También se señala que CELLULAR PHONE organizará su empresa de la forma más idónea para comercializar los productos y servicios, incluyendo el personal que permita un óptimo mercadeo. Se indican metas de ventas y el deber de participar en promociones organizadas por COMCEL, así como de seguir los planes de ventas de esta última como soporte en las labores de venta de CELLULAR PHONE. Se

		señala el deber de no promover ni comercializar servicios de operadores competidores de COMCEL. Se dice que CELLULAR PHONE llevará su contabilidad. También se dice que CELLULAR PHONE es el único responsable por las obligaciones referentes a la situación prestacional y legal de su personal
	8 – Publicidad	Señala el deber, de CELLULAR PHONE, de utilizar materiales promocionales provistos por COMCEL, y de preparar material que sea acorde a la reputación de COMCEL
	9 – Derechos de control, inspección, supervisión, registros e informes	Se señala que COMCEL podrá, en cualquier tiempo y sin restricción alguna, ejercer el derecho de control, inspección y supervisión de la situación jurídica, financiera, empresarial, contable, laboral, tributaria, de negocios, cartera, relaciones con personal y puntos venta o canales de distribución atinentes a CELLULAR PHONE
	14 – Marcas	Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También señala que, ante circunstancias como la promoción, por parte de COMCEL, de las ventas de CELLULAR PHONE, ésta obtiene beneficios económicos, razón por la cual se compromete a pagar una suma equivalente al cálculo de la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio
	20 – Situación laboral	Señala que CELLULAR

		PHONE no es intermediario, representante o contratista independiente de COMCEL, y que es el único patrono de los trabajadores que contrate. También señala que CELLULAR PHONE mantiene indemne, a COMCEL, por reclamaciones laborales de todo orden
	Apertura de Centros – Anexo D	Se establecen unos parámetros o exigencias básicas respecto de las áreas y espacios de los establecimientos empleados por CELLULAR PHONE para las actividades del contrato. Indica la infraestructura administrativa y de persona mínima que ha de tener CELLULAR PHONE.
	Modelo de Acta de Conciliación, Compensación y Transacción – Anexo F	Regula la posible compensación de obligaciones entre las partes y los efectos del corte de cuentas, incluyendo la renuncia a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio en caso de que el contrato se tipificare como agencia comercial

En criterio del Tribunal, el texto contractual, por sí mismo, no arroja claridad suficiente respecto del elemento de independencia. Así, por ejemplo, hay previsiones que indican que CELLULAR PHONE actuaría con su propia organización, personal e infraestructura, y buscando remover, en su relación con terceros, cualquier tipo de situación que implicase un vínculo con COMCEL distinto al de comercializar los productos y servicios. No obstante, otras previsiones señalan, por ejemplo, que COMCEL tenía la potestad irrestricta para ejercer el control de la situación jurídica y empresarial de CELLULAR PHONE.

A pesar de ello, el Tribunal considera que el material probatorio sí da cuenta de la efectiva existencia del elemento de independencia.

Del testimonio rendido por el señor Darwin Rojas –funcionario de COMCEL-, se extraen los siguientes apartes:

“DR. CEDIEL: Respecto al tema ya de las dos empresas, qué vínculo tenía COMCEL con CELLULAR PHONE, tenía algún vínculo laboral con CELLULAR PHONE, con los empleados de CELLULAR PHONE?”

SR. ROJAS: No, no señor.

DR. CEDIEL: COMCEL fijaba o intervenía para la fijación de los salarios de los funcionarios de CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: No, no intervenía.

DR. CEDIEL: COMCEL fijaba horarios en que los funcionarios de CELLULAR PHONE deberían hacer las visitas a los clientes o para los clientes corporativos?

SR. ROJAS: No señor.

DR. CEDIEL: COMCEL entregaba listas de clientes a CELLULAR PHONE para la... de los servicios... se fijaban los cargos directivos que debía tener CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Había dentro del contrato sí estipulado no como tal los cargos macro para el distribuidor, pero sí una definición mínima de acuerdo a las oficinas.

DR. CEDIEL: La pregunta son los cargos directivos?

SR. ROJAS: No señor.

DR. CEDIEL: COMCEL le exigía participación en las mesas directivas de las empresas de sus distribuidores?

SR. ROJAS: No.

DR. CEDIEL: COMCEL tenía ingerencia en las inversiones anuales de las empresas de sus distribuidores de CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: No que yo sepa.

DR. CEDIEL: COMCEL participaba en las utilidades de CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: No señor.

DR. CEDIEL: CELLULAR PHONE participa de las utilidades de COMCEL?

SR. ROJAS: No que yo sepa.

(...)

DR. TALERO: Entiendo según la respuesta que se le dio a uno de los interrogantes del apoderado de CELLULAR PHONE, que usted revisaba las estrategias comerciales y de gestión de publicidad y exhibición de marca, eso es correcto?

SR. ROJAS: De acuerdo.

DR. TALERO: Usted podría por favor describirnos con un poquito de más detalle, en qué consistía esa interacción y esas funciones entre ustedes y CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Claro que sí, básicamente frente a esa pregunta mi interacción era una reunión que generalmente la hacíamos con el representante legal del distribuidor, con el director comercial, con el coordinador de desarrollo a distribuidores y en esa reunión lo que hacíamos nosotros es plantear alternativas, es decir desde el lado nuestro como empleados de COMCEL planteamos opciones de comercialización con la experiencia que tenemos digamos de otras zonas.

Entonces vea está funcionando muy bien el tema de los barridos puerta a puerta, me parece que podríamos implementar unos barridos puerta a puerta para mejorar las ventas en masivo, vea me parece que está funcionando muy bien el tema de los referidos para clientes empresariales, por qué no implementamos una estrategia en la cual empecemos a llamar a los clientes empresariales.

A nivel de la parte que mencionaba recomendaciones sobre la parte de exhibición justamente, entonces listo los vendedores deben estar uniformados, debemos procurar material publicitario vigente, por qué no reforzamos esta promoción que es la está vigente en el mes para que la gente se acerque más al punto de venta, ese era el apoyo digamos a nivel empresarial, comercial y de estrategia comercial.

(...)

DRA. MURRELE: Se ha referido usted al responder las preguntas del doctor Talero a las estrategias comerciales y cómo interactuaban con el distribuidor, ustedes simplemente delineaban la estrategia comercial y era el distribuidor el que tenía a cargo la labor comercial?

SR. ROJAS: Correcto, digamos que nosotros hacíamos en su momento un acompañamiento, es decir generar ideas, toda la parte de estrategia, pero finalmente dependía del distribuidor si quería implementarlas o no, o sea no era una exigencia de decirle venga usted tiene que hacer esto y lo hace, era potestad del distribuidor definir si consideraba que le servían o no le servían.”

En su testimonio, el señor Alexander Guarnizo –funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, así:

DR. TALERO: En relación con esas funciones había algo en su labor, su actividad relacionado con diseño de estrategias de promoción, diseños de estrategia de mercadeo, algún tipo de política comercial para ser ejecutada efectuada por los canales de distribución entre ellos CELLULAR PHONE?

SR. GUARNIZO: Diseño de estrategias como tal de la compañía no, las... diseña producto, digamos los planes y los productos los diseña un área que se llama producto y la parte de mercadeo la hace mercadeo que es un área también que maneja la parte de publicidad, material POP, nosotros lo que hacemos es que se cumplan las políticas y se le bajan a la red de distribución, entonces se le informa a la red tenemos esta promoción, este plan, la idea es que tenga este material POP en sus puntos de venta, tenemos esas condiciones comerciales para que ustedes desarrollen su actividad comercial, pero más que diseñarlas es hacerlas cumplir como parte de un ejecutivo digamos así dentro de la compañía.

(...)

DR. CEDIEL: En qué consiste la autorización que COMCEL otorga a un distribuidor para que abra un punto de ventas, un CPS?

SR. GUARNIZO: No entiendo en qué consiste?

DR. CEDIEL: La autorización sí, un distribuidor CELLULAR PHONE le dice señores COMCEL yo quiero abrir un punto de ventas en Unicentro donde sea, en cualquier punto donde él escoja, qué mira COMCEL para aprobar esa apertura de ese punto, usted maneja ese tema?

SR. GUARNIZO: Hoy en día no, pero que tenga una buena ubicación, que sea agradable y tenga unas buenas condiciones para atender un cliente, porque básicamente lo que se busca es que el distribuidor ahí pueda tener ventas... como distribuidor, que busque un local bien ubicado para que los clientes lleguen, en eso consiste básicamente tener unos buenos puntos de venta.

DR. CEDIEL: Pero el distribuidor en últimas puede determinar donde lo abren?

SR. GUARNIZO: Sí, obviamente no puede ser en un segundo piso, pero que sea en la calle, o pero sí no es un tercer piso lo puede abrir.”

A su vez, el señor Jorge Burgos –ex-funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, en los apartes que se extraen así:

“DR. CEDIEL: Qué le correspondía hacer como director o en los cargos?

SR. BURGOS: Estar al frente de los representantes de distribución que eran los que atendían los canales, los distribuidores de verificar y estar muy pendiente de que se cumplieran todas las normas y que en la ejecución del contrato que habían firmado con COMCEL visitas periódicas a los puntos de venta, estar pendiente que se ejecutaran los planes que se ofrecían, que estuvieran al día todos los parafiscales y todo lo que involucrara el contrato y que estén al día sus comisiones, que estuvieran al día en todo lo que era la labor de ejecución del contrato que habían firmado con COMCEL.

(...)

DR. CEDIEL: COMCEL entregaba alguna lista de clientes a los distribuidores para realizar su labor?

SR. BURGOS: No, parte de la labor del distribuidor era la consecución de los clientes potenciales que tuvieran en ese momento.

(...)

DR. OTALORA: Usted al iniciar nos señaló que su labor era estar al día con la ejecución del contrato, nos puede decir en qué consiste esa labor y cómo fue la ejecución del contrato de CELLULAR PHONE?

SR. BURGOS: Como les comenté al comienzo, cuando fui gerente de distribución y ventas estaba frente a los distribuidores no manejé sólo a CELLULAR PHONE, solamente la relación que tuve con ellos fue cuando fui gerente de amigo, atendí a CELLULAR PHONE y en la parte de amigo, era con la ejecución de amigo que tuvieran un cupo, que compraran y vendieran la tarjeta amigo y ya cuando fui director de distribución y ventas que atendí a CELLULAR PHONE y velábamos para que se

cumpliera todo el tema de los seguros, todo el tema de cumplir con las cuotas que estipulaba COMCEL, que se ejecutaran todas las circulares que se les comunicaba a los distribuidores tanto en los cambios de los precios, las comisiones que tuvieran el departamento donde revisaban los contratos, que tuvieran la fuerza de ventas, que tuvieran la sala de exhibición y ventas de acuerdo a la imagen corporativa de COMCEL en su momento, que se manejaran unos uniformes en las salas de ventas, que se hicieran eventos periódicos en cada parte según fuera la época, que realizaran actividades de mercado y distribución de ventas, que era lo que queríamos nosotros.”

A su vez, el señor Santiago Vanegas –ex funcionario de COMCEL-, se refirió al asunto de la siguiente manera en su testimonio:

“DR. CEDIEL: En su condición de representante de distribución y ventas de COMCEL, le indicaba a CELLULAR PHONE dónde tenía que abrir los puntos, a quiénes tenía que dirigir el mercado?”

SR. VANEGAS: Sí, mi papel era netamente comercial, teníamos unos objetivos de abrir puntos en la región, yo no los pedía, no los exigía, ellos tenían que hacer esa búsqueda, ellos presentaban los puntos para aprobación nuestra y seguir creciendo la red.”

Igualmente, del testimonio rendido por el señor Mario Arenas –fundador de CELLULAR PHONE-, se extraen los siguientes apartes, que corroboran lo dicho por otros testigos, algunos de los cuales trabajaban o trabajan para COMCEL:

“DR. CEDIEL: Usted como representante legal de CELLULAR PHONE que nos acaba de mencionar que pertenece a su junta directiva, le ruego le informe al Tribunal si COMCEL fijaba los salarios de los funcionarios de CELLULAR PHONE?”

SR. ARENAS: No.

DR. CEDIEL: Quién fijaba los salarios?”

SR. ARENAS: La junta directiva.

DR. CEDIEL: COMCEL le fijaba a CELLULAR PHONE los horarios para visitar a los clientes o las actividades que tenía que desarrollar, los horarios que debía cumplir?”

SR. ARENAS: No, nunca, esa era una función de nosotros, unas decisiones que tomábamos nosotros, ellos presentaban los proyectos y se las aprobaban y ellos estaban era con su grupo de ejecutivos, ponían todos los horarios y dirigían toda la operación.

DR. CEDIEL: Quién fijaba los cargos directivos de CELLULAR PHONE?”

SR. ARENAS: Nosotros en la junta directiva.”

A su vez, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE, corroboró lo dicho por otros testigos, como se observa en los siguientes apartes de su testimonio:

“DR. CEDIEL: En ejecución del contrato suscrito con COMCEL, sírvase informar al Tribunal cuál fue la labor que desarrollaron ustedes como CELLULAR PHONE para COMCEL?”

SR. SCHNEIDER: Cuando nosotros empezamos la labor comercial con COMCEL, empezamos desde dar a conocer la marca, de promover la marca COMCEL en Bucaramanga que fue donde iniciamos labores inicialmente, desarrollamos toda la parte comercial, la parte de ventas, brigadas de ventas, tomas de pueblos, tomas de plazas, capacitaciones, insistimos en colegios, en empresas, supermercados, toda la labor comercial y dar a conocer la marca COMCEL en Santander.

DR. CEDIEL: Eso se lo indicaba a ustedes COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Era parte del compromiso que se tenía para poder desarrollarlo, poder llegar a hacer activaciones y ventas y era a través de la promoción de la marca y demás.

DR. CEDIEL: COMCEL les entregaba para ese propósito que usted acaba de mencionar alguna lista de clientes, dónde tenían que visitar, fueran a tal parte o tal otra?

SR. SCHNEIDER: No, absolutamente todo lo teníamos que desarrollar nosotros, buscar los clientes, de persona natural, clientes corporativos, a qué segmento de personas queríamos llegar, qué queríamos atacar, eso lo hacíamos nosotros.

(...)

DR. CEDIEL: En materia de publicidad usted manejó publicidad de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Sí claro, dentro de la función de la gerencia comercial manejamos la publicidad.

DR. CEDIEL: Cómo era el manejo de esa publicidad, cómo se hacía esa publicidad por parte del distribuidor a favor de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Nosotros todo lo que se manejaba de publicidad se debía presentar a COMCEL para que COMCEL lo autorizara, si iba a hacer una publicación escrita, periódico o si era por medio radial mandarle el demo de eso y en lo que era escrito había unas proporciones establecidas con unas políticas de publicidad que se debían cumplir de fondo, de colores y demás y había una proporción del tamaño de la publicidad en donde era 65, 70% de COMCEL y el 35, 35% del distribuidor, la marca del distribuidor.

DR. CEDIEL: Era posible que un distribuidor se hiciera publicidad así mismo?

SR. SCHNEIDER: No, no tendría ningún sentido, o sea tiene que ir amarrado a COMCEL y nosotros éramos COMCEL, la publicidad iba amarrada a COMCEL, no tenía sentido.

(...)

DR. SALAZAR: Y como comercial cuáles eran sus funciones en CELLULAR PHONE?

SR. SCHNEIDER: Promover la marca, crecer en la zona, realizar venta, abrir puntos de ventas, COMCEL en determinadas oportunidades determinaba puntos triple A, doble A, C y alto tráfico, entonces había que entrar a todas esas cosas y todos esos requerimientos que hacían, se tenían que manejar, manejar las ventas, manejar los subdistribuidores, hacer capacitaciones de planes, de equipos, visitar municipios, todo lo que tiene que ver con la parte comercial para promover planes y promover las ventas.

DR. SALAZAR: Para esas labores de promoción de planes y de venas usted se reunía con los funcionarios de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Sí claro, ellos eventualmente sobre todo con el representante de ventas había un contacto directo porque desde capacitaciones, desde presentación de planes, de las mismas autorizaciones que hablaba se necesitaba que requería de ellas, había comunicaciones físicas por correos, por todo.

DR. SALAZAR: Cuando usted se refiere a que se reunía eventualmente, con qué periodicidad se reunían?

SR. SCHNEIDER: Dependería del representante, en la última época los representantes de distribución vivieron en Bucaramanga, por mucho tiempo vivieron en Bogotá, iban cada 15 días a Bucaramanga, entonces con esa frecuencia era que se reunían.

DR. SALAZAR: En esas reuniones se fijaban metas de ventas?

SR. SCHNEIDER: Sí claro.

DR. SALAZAR: Quién las fijaba?

SR. SCHNEIDER: COMCEL establecía un presupuesto de ventas de los diferentes productos, postpago, prepago, welcom back.”

En atención a los distintos elementos de juicio allegados al proceso, para el Tribunal está acreditado que COMCEL planteaba opciones o alternativas de promoción o comercialización, pero era CELLULAR PHONE quien decidía la viabilidad o conveniencia de estas últimas y quien las implementaba o no según su criterio. En este contexto, COMCEL ofrecía un soporte estratégico a la labor de CELLULAR PHONE, esto es, un acompañamiento o colaboración a la gestión de esta última, pero era CELLULAR PHONE quien desarrollaba, por sí misma, la labor de promoción o comercialización de los productos y servicios de COMCEL.

Es evidente que COMCEL sí contaba con una facultad de supervisión de la actividad de su co-contratante. Le exigía a CELLULAR PHONE unos determinados requisitos en materia de infraestructura física y administrativa. También le indicaba a CELLULAR PHONE una serie de pautas para preservar su imagen corporativa como operador del servicio de telefonía móvil celular, lo cual, por ejemplo, se evidencia en su Manual de Procedimientos⁵³. Igualmente, se reservaba la posibilidad de aprobar o no la vinculación de sub-distribuidores. Y, por supuesto, trazaba unas metas de ventas que CELLULAR PHONE debía cumplir, entre otros aspectos. Así, el margen o radio de autonomía de CELLULAR PHONE tenía algunas restricciones.

Sin embargo, de ahí no se puede colegir que CELLULAR PHONE actuase sin independencia. Al respecto, el Tribunal observa que CELLULAR PHONE tenía autonomía para buscar puntos de venta, contratar personal, fijar su remuneración, establecer sus cargos directivos, realizar la promoción de los productos y servicios, y en fin, para administrar y operar su negocio. Del análisis de los testimonios rendidos por funcionarios o ex-funcionarios de COMCEL, se advierte que esta última supervisaba la operación de CELLULAR

⁵³ Cuaderno de Pruebas 4, Manual de Procedimientos. Capítulo 1.

PHONE y buscaba que ésta cumpliera con unas políticas y con unos estándares de ventas e infraestructura, pero sin interferir en la gestión contractual que CELLULAR PHONE realizaba ni en el modo concreto en que ésta se desplegaba.

Más allá de una independencia formal de CELLULAR PHONE –que se verifica en el respectivo certificado de existencia y representación legal y en el hecho de llevar una contabilidad propia-, para el Tribunal es evidente que dicha empresa, pese a cumplir instrucciones de su co-contratante y de estar sujeta a unas políticas y a una supervisión, gestionaba sus actividades con autonomía y basada en su conocimiento del mercado local.

Desde otra perspectiva, CELLULAR PHONE no actuaba como lo haría un simple distribuidor de productos o servicios –quien puede asumir una posición propia en el mercado y desligarse de su respectivo proveedor-, pero tampoco se encontraba bajo la subordinación técnica y funcional de otros intermediarios mercantiles –i.e. los franquiciados-, quienes incluso alcanzan a preservar su independencia jurídica en desarrollo de su actividad.

Así las cosas, para el Tribunal está acreditado el elemento de independencia en el caso concreto.

1.1.2.1.5 Actuación por cuenta ajena

Este elemento se involucra, con distintos alcances y variaciones, entre otras, en las siguientes cláusulas o previsiones contractuales, cuyo contenido se sintetiza así:

Documento	Cláusula – Previsión	Resumen de contenido aplicable al elemento analizado del contrato de agencia
1 de Noviembre de 1997	1.4/1.5/1.6/1.8/1.11/1.13/1.16 - Definiciones	Señala que los abonados se vinculan a COMCEL mediante un contrato de prestación del servicio público de telefonía móvil celular. Indica que, por dicho concepto, cada abonado debe pagar mensualmente sumas de dinero, entre las cuales se menciona el cargo fijo mensual, que es el monto pagado por cada abonado por el derecho a usar el servicio de telefonía móvil celular
	4.2/4.3 – Relaciones entre las partes	Señala que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que tiene una

		<p>relación con COMCEL adicional o distinta a la de centro de ventas y servicios autorizado para comercializar y vender el servicio, ni puede comprometer a dicha empresa</p>
	<p>6.1/6.3/6.5/6.7/6.10/6.11/6.12 – Deberes y obligaciones de COMCEL</p>	<p>Establece el deber general y específico de colaboración de COMCEL, plasmado en la entrega, a CELLULAR PHONE, de información de mercadeo, de folletos, de programas de promoción, de material creativo, y la asignación de un representante para asistir a CELLULAR PHONE en sus esfuerzos de ventas. También prevé que COMCEL le entregue, a CELLULAR PHONE, un listado con los números de telefonía celular que reciben los abonados de COMCEL. Igualmente, señala que COMCEL provee los documentos que el abonado y CELLULAR PHONE deben diligenciar al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios</p>
	<p>7.1/7.2/7.4/7.5/7.6/7.7/7.8/7.9/7.10/7.11 – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE</p>	<p>Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de observar las directrices de COMCEL para el mercadeo y la gestión de ventas. También se le indica a CELLULAR PHONE que debe abstenerse de pactar condiciones distintas, adicionales o inexactas, respecto de aquellas señaladas por COMCEL, para la prestación del servicio. Igualmente, se obliga a CELLULAR PHONE a emplear el texto proporcionado por COMCEL, referente al contrato de prestación del servicio, y a remitir los documentos adicionales que corresponden a la</p>

		<p>activación del servicio. Así mismo, se indica que CELLULAR PHONE debe consignar, en las cuentas bancarias fijadas por COMCEL, las sumas de dinero correspondientes a la activación, el cargo fijo mensual y otros conceptos aplicables a cada abonado. También se señalan metas de ventas y el deber de participar en promociones organizadas por COMCEL, así como de seguir los planes de ventas de esta última como soporte en las labores de venta de CELLULAR PHONE.</p>
	8 – Publicidad	<p>Señala el deber, de CELLULAR PHONE, de utilizar materiales promocionales provistos por COMCEL, y de preparar material que sea acorde a la reputación de COMCEL</p>
	14 - Marcas	<p>Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También señala que, ante circunstancias como la promoción, por parte de COMCEL, de las ventas de CELLULAR PHONE, ésta obtiene beneficios económicos, razón por la cual renuncia a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio (se reitera en el Anexo E – Documento de Terminación)</p>
	24 – Convenio	<p>Señala que los nombres de los abonados y los respectivos números celulares son confidenciales y de propiedad de COMCEL. Así mismo, establece que CELLULAR PHONE no puede contactar, directa o indirectamente, a los</p>

		abonados de COMCEL para pasarlos bien sea a un tercero que preste servicios de operadores competidores de COMCEL o a algún distribuidor actual de COMCEL
	Plan de Comisiones – Anexo A	Regula el pago de comisiones a CELLULAR PHONE. Allí se establecen las condiciones para el pago de comisiones, respecto de los abonados activados en la red de COMCEL, y se indica que esta última puede rechazar la activación de abonados. También se dice que las comisiones, pagaderas a CELLULAR PHONE, se establecen según los ingresos que efectivamente generen comisión, que son aquellos que COMCEL realmente recaude según distintos cargos que se le cobran a un abonado
20 de Abril de 1999	1.4/1.5/1.6/1.8/1.11/1.13/1.14/1.16 - Definiciones	Señala que los abonados se vinculan a COMCEL mediante un contrato de prestación del servicio público de telefonía móvil celular. Indica que, por dicho concepto, cada abonado debe pagar mensualmente sumas de dinero, entre las cuales se menciona el cargo fijo mensual, que es el monto pagado por cada abonado por el derecho a usar el servicio de telefonía móvil celular. Se precisa que el producto de abonado es un equipo terminal o transceptor al que se le asigna un número telefónico para operar el servicio según el contrato celebrado con COMCEL
	3 – Objeto del Contrato	COMCEL le concede a CELLULAR PHONE la comercialización de los servicios, incluyendo su mercadeo. Se indica que CELLULAR PHONE actúa

		en su propio nombre, por su propia cuenta y con su propia organización
	4 – Naturaleza y Relaciones entre las partes	Señala que el contrato es de distribución y, dentro de las prohibiciones incluidas, se indica que CELLULAR PHONE, al presentarse ante terceros, no puede señalar que tiene una relación con COMCEL adicional o distinta a la de ser un distribuidor y comercializar el servicio
	6.1/6.3/6.4/6.5/6.7/6.10/6.11 – Deberes y obligaciones de COMCEL	Establece el deber general y específico de colaboración de COMCEL, plasmado en la entrega, a CELLULAR PHONE, de información de mercadeo, de folletos, de programas de promoción, de material creativo, y la asignación de un representante para canalizar la información relativa al contrato. También prevé que COMCEL le entregue, a CELLULAR PHONE, un listado con los números de telefonía celular para que ésta los asigne. Igualmente, señala que COMCEL provee los documentos que el abonado y CELLULAR PHONE deben diligenciar al momento de celebrarse el contrato de prestación de servicios
	7.1/7.2/7.3/7.4/7.5/7.6/7.7/ – Deberes y obligaciones de CELLULAR PHONE	Señala el deber, por parte de CELLULAR PHONE, de observar las directrices de COMCEL para el mercadeo y la gestión de ventas, incluyendo la aplicación de tarifas. También se le indica a CELLULAR PHONE que debe abstenerse de pactar condiciones distintas o adicionales, respecto de aquellas señaladas por COMCEL, para la prestación del servicio. Igualmente, se obliga a CELLULAR

		PHONE a emplear el texto proporcionado por COMCEL, referente al contrato de prestación del servicio, y a remitir los documentos adicionales que corresponden a la activación del servicio. También prevé la sujeción de CELLULAR PHONE al Manual de Procedimientos de COMCEL. Así mismo, se indica que CELLULAR PHONE debe consignar, en las cuentas bancarias fijadas por COMCEL, las sumas de dinero correspondientes a la activación, el cargo fijo mensual y otros conceptos aplicables a cada abonado
	8 – Publicidad	Señala el deber, de CELLULAR PHONE, de utilizar materiales promocionales provistos por COMCEL, y de preparar material que sea acorde a la reputación de COMCEL
	14 – Marcas	Señala el deber de exhibir marcas, nombres y material únicamente para la publicidad y la promoción de los productos y servicios de COMCEL. También señala que, ante circunstancias como la promoción, por parte de COMCEL, de las ventas de CELLULAR PHONE, ésta obtiene beneficios económicos, razón por la cual se compromete a pagar una suma equivalente al cálculo de la cesantía comercial prevista en el artículo 1324 del Código de Comercio
	16.3 – Efectos de la Terminación	Establece que la totalidad de los derechos derivados de la activación de líneas y de los contratos de suscripción celebrados con los abonados, son de exclusiva propiedad de

		COMCEL
	24 - Convenio	Señala que los nombres de los abonados y los respectivos números celulares son confidenciales y de propiedad de COMCEL. Así mismo, establece que CELLULAR PHONE no puede contactar, directa o indirectamente, a los abonados de COMCEL para pasarlos bien sea a un tercero que preste servicios de operadores competidores de COMCEL o a algún distribuidor actual de COMCEL. Agrega que la violación de este deber implica un incumplimiento grave y la terminación anticipada del contrato, además de otras consecuencias de carácter patrimonial
	Plan de Comisiones – Anexo A	Regula el pago de comisiones a CELLULAR PHONE por los abonados activados debido a la labor de comercialización de CELLULAR PHONE. Se precisa que esta labor se hace en su propio nombre, con su propia organización y a su propio riesgo

Como se puede observar, a lo largo del texto contractual se advierte, de manera general, que CELLULAR PHONE sí actuaba por cuenta de COMCEL. Si bien es cierto, como se acaba de ver, que existen previsiones que señalan expresamente la actuación de CELLULAR PHONE por cuenta propia, también lo es que hay otras que contrarían dicha aseveración.

La actuación de CELLULAR PHONE, por cuenta de COMCEL, se advierte, entre otras, en previsiones que establecen lo siguiente:

- La titularidad, que tiene COMCEL, de la concesión para prestar el servicio de telefonía móvil celular⁵⁴;
- La vinculación de los abonados, con COMCEL, mediante el respectivo contrato de prestación de servicios de telefonía móvil celular;

⁵⁴ Cuaderno de Pruebas 2, Contrato de Concesión suscrito el 28 de marzo de 1994.

- La sujeción, por parte de CELLULAR PHONE, a los textos contractuales predispuestos por COMCEL para la vinculación de abonados, incluyendo el cumplimiento de unos procedimientos –i.e. evaluación de la situación crediticia de los usuarios- y de unos requisitos documentales concretos para efectuar las respectivas activaciones⁵⁵, y la imposibilidad de pactar, con los abonados, condiciones adicionales o distintas a aquellas dispuestas por COMCEL;
- La consignación, por parte de CELLULAR PHONE y, a favor de COMCEL, de los dineros referentes a las activaciones y, en general, a los cargos o rubros emanados de la vinculación del respectivo abonado a la red de COMCEL; y
- La titularidad, por parte de COMCEL, de la totalidad de los derechos derivados de la activación de líneas y, en general, de los contratos de prestación del servicio, tras la terminación del vínculo contractual con CELLULAR PHONE.

Ahora bien, dentro de las previsiones contractuales reseñadas, también llama la atención del Tribunal aquella denominada “Convenio”, la cual fue incluida, con una pequeña variación, en los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Para mayor ilustración, se cita el contenido de la cláusula, prevista en el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), así:

“24. Convenio.

EL DISTRIBUIDOR reconoce y acuerda que los nombres de Abonados y potenciales abonados y los números telefónicos celulares constituyen información confidencial y que son de propiedad de COMCEL. El DISTRIBUIDOR conviene y acuerda que ni EL DISTRIBUIDOR ni ninguna de sus filiales, contactará, directa o indirectamente a los abonados de COMCEL con miras a pasar a esos abonados de COMCEL a cualquier tercero, preste o no un Servicio Competitivo o a un distribuidor actual de COMCEL. El incumplimiento o tentativa de incumplimiento de esta estipulación constituye causa de incumplimiento grave, origina su terminación anticipada por condición resolutoria expresa e implica la exigibilidad de la penal pecuniaria más alta consagrada en este contrato, sin perjuicio de la indemnización ordinaria.”

En criterio del Tribunal, esta previsión contractual refuerza la actuación por cuenta ajena de CELLULAR PHONE. En efecto, allí se establece que los clientes pertenecerían a COMCEL y que CELLULAR PHONE no podría “ (...) pasar a esos abonados de COMCEL a cualquier tercero”. En consonancia con ello, la misma cláusula prevé que los nombres y números telefónicos respectivos serían de “ (...) propiedad de COMCEL”, situación que se refuerza adelante cuando se establecen consecuencias gravosas, para CELLULAR PHONE, si ésta incurriese en alguna conducta contraria a los deberes de abstención previstos en la cláusula.

⁵⁵ Cuaderno de Pruebas 4, Manual de Procedimientos.

El material probatorio, por demás, corrobora la presencia de la actividad por cuenta ajena realizada por CELLULAR PHONE.

Del testimonio rendido por el señor Darwin Rojas –funcionario de COMCEL-, se extraen los siguientes apartes:

“DR. CEDIEL: COMCEL participaba en las utilidades de CELLULAR PHONE?”

SR. ROJAS: No señor.

DR. CEDIEL: CELLULAR PHONE participa de las utilidades de COMCEL?

SR. ROJAS: No que yo sepa.

DR. CEDIEL: Cómo se remuneraba inicialmente la promoción del producto prepago amigo?

SR. ROJAS: No entiendo la pregunta.

DR. CEDIEL: Empecemos por otro lado, por la labor que desarrollaban los distribuidores cómo se les remuneraba?

SR. ROJAS: Dentro del contrato de distribución tenemos básicamente una figura en la cual las líneas de postpago tenían una comisión, hay unas condiciones por supuesto para el pago de esa comisión, condiciones básicas como legalización de los documentos, confirmación de la titularidad de los clientes y otras condiciones que no tengo presentes en este momento que están dentro del contrato.

Para la parte de las líneas prepago hablamos de un descuento comercial que se le da al distribuidor, una bonificaciones que son digamos de libre entrega por parte del operador, está estipulado y en la medida que el distribuidor vende más, que es el esquema del negocio, por eso digamos que en la parte comercial tratamos de ayudar al distribuidor para que logre mayor volumen de ventas, en la medida que venda más, esas comisiones en postpago aumentan y las bonificaciones en prepago también aumentan mejorando el flujo del distribuidor.

DR. CEDIEL: Me refería entonces a esas comisiones, a lo que usted mencionaba del pago por el producto prepago, en eso cómo se inició, se inició siempre como descuento?

SR. ROJAS: No lo tengo presente, yo en la parte comercial como lo comentaba arranqué aproximadamente en el 2005, en los anteriores cargos estuve siempre alejado de lo que es la parte de bonificaciones de pagos, de comisiones, entonces no tengo cómo confirmar.

(...)

DR. SALAZAR: Nos quiere por favor ampliar cómo era el manejo del recaudo de cartera por parte de CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Nosotros tenemos dentro de la compañía una modalidad de puntos de pago, digamos que los distribuidores nuestros están autorizados para recibir dinero del cliente cuando el cliente nos compra, entonces el cliente nos compra en la modalidad de postpago que es con factura, el cliente nos paga el cargo mensual anticipado que se le

abona posteriormente y el distribuidor está autorizado a recibir ese dinero y consignarlo en las cuentas de la compañía, en una modalidad que tenemos que se llama centros de pago y servicio en los cuales a algunos distribuidores se les da la autorización de recaudar dineros de las facturas mensuales de los clientes, es decir a la gente cuando le llega su factura va al centro de pago, cancela el dinero que es para abonar a su cuenta y el distribuidor recauda en el transcurso del día esos dineros y los debe consignar a las cuentas de la compañía para aplicárselo a los clientes correspondiente, esa es la figura de los centros de pago.

(...)

DR. TALERÓ: Tras la terminación del contrato por la causa que haya sido, que estaremos revisando en el proceso, qué sucedió con la base de clientes que se tenía en ese momento por la gestión de CELLULAR PHONE, cambió, se mantuvo estable, aumentó, se redujo, qué pasó con ese comportamiento con esa base de clientes?

SR. ROJAS: Que a nivel de base de clientes nosotros no manejamos que yo conozca las bases de los distribuidores, es decir yo no cojo la base de un distribuidor y la muevo de un lado a otro, es una situación en la cual esos clientes que se activaron en su momento con CELLULAR PHONE “quedan sueltos” los clientes por demanda habrán solicitado servicios, nos habrán contactado, nos habrán buscado, pero la base como tal no se reasigna, entonces no puedo, cada distribuidor tiene un código asignado en la compañía, se identifica como único.

Cuando el distribuidor activa esa venta queda ligada a ese código, digamos que esa línea en el sistema de la compañía queda con ese código hasta que el cliente se vaya de la compañía, no se cambia.”

En su testimonio, el señor Alexander Guarnizo –funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, así:

“DRA. MURRELE: Conoce usted si hubo algún deterioro en las relaciones entre el distribuidor y Claro, en ese momento COMCEL, previos a la terminación a la que usted ha hecho mención?

SR. GUARNIZO: No entiendo la pregunta.

DRA. MURRELE: Si se deterioró la relación, si hubo controversia o discusiones entre CELLULAR PHONE y COMCEL, previas a la terminación del contrato que usted ha mencionado, reclamos de ambas partes por algún tipo de incumplimientos, por requerimientos no atendidos?

SR. GUARNIZO: Sí, había comunicaciones de las áreas de la compañía, esta es una compañía muy grande y digamos yo respondo por la parte comercial en esa época, pero se que el área de recaudos por ejemplo llamó la atención al distribuidor por mal uso de los... que hacíamos a los clientes en los puntos de venta del distribuidor, el distribuidor tenía unas figuras en Arauca sobre todo CPS.

CPS es un punto de ventas donde el cliente puede pagar las facturas, los pagos el distribuidor no abonaba los pagos a las cuentas de COMCEL, ese fue como su llamado de atención al distribuidor en su momento, como le digo esa información no es de mi área, pero sí se que esas conversaciones se habían tenido por parte de Claro al distribuidor.

(...)

DR. CEDIEL: Usted hablo de los CPS y ya informó al Tribunal en qué consistían los CPS, explique al Tribunal por favor cómo era el proceso de recaudo de esos dinero de los CPS y posterior consignación en dónde se consignaban, qué se hacía con esos dineros?

SR. GUARNIZO: Lo que... de COMCEL un CPS es un punto de venta donde el cliente paga la factura y el distribuidor por contrato y por otrosí debe tener un medio de transporte como la Brinks donde pasa todos los días a las 5 de la tarde y recoge el dinero recaudado y se lo lleva a las entidades financieras, pero es el sistema que teníamos nosotros dentro de la operación, entiendo que... no tenía a la Brinks para Arauca.

DR. CEDIEL: De quién son esos dineros que se recaudan?

SR. GUARNIZO: De claro obviamente.

DR. CEDIEL: De los clientes que pagan?

SR. GUARNIZO: El cliente paga su factura para poder tener servicio y el dinero es de Claro.

DR. CEDIEL: Explique por favor por qué si el dinero es de COMCEL, por qué el distribuidor tenía que él proveer los medios para transportar esos dineros que no eran de ellos para consignarlos en las cuentas de COMCEL?

SR. GUARNIZO: Así está en el contrato.

(...)

DR. CEDIEL: Usted hablaba de esas estaciones base, en cuanto a la celebración de los contratos con los abonados una vez se realiza la labor por parte de CELLULAR PHONE de conquistar al cliente, entre quiénes se suscribe el contrato de prestación de servicio de telefonía móvil celular?

SR. GUARNIZO: Entre el cliente y COMCEL.

DR. CEDIEL: COMCEL le entrega al distribuidor esos contratos para que los firme el cliente y qué más papelería le entrega?

SR. GUARNIZO: Me entrega el contrato, no me acuerdo en este momento.

DR. CEDIEL: Pero ese se le entrega a todos los distribuidores?

SR. GUARNIZO: Sí claro.

DR. CEDIEL: Qué comprende la activación de una línea?

SR. GUARNIZO: Respecto a qué?

DR. CEDIEL: Cuando un cliente y le dice voy a activar qué quiere decir eso, qué le activan a uno, cómo se vincula uno a la red de COMCEL?

SR. GUARNIZO: A través de un contrato de servicio, hay unos sistemas para poder suscribir, para poder ingresar la línea y se ingresa a través del sistema, entonces ahí enseguida se digita un e-mail del teléfono de un CD a simcard... y se da el servicio, es a través de los sistemas de la compañía.

DR. CEDIEL: Y del teléfono?

SR. GUARNIZO: Del teléfono, aunque también hay a través de equipos traídos, pero se puede traer el equipo como los planes welcom back y todos esos.

DR. CEDIEL: La papelería que estábamos mencionando de los contratos y todo lo que usted me acaba de relacionar tiene la marca, la insignia COMCEL o son papeles en blanco?

SR. GUARNIZO: No, son contratos con COMCEL.

DR. CEDIEL: Con logo y todo eso?

SR. GUARNIZO: Sí.”

En su testimonio, el señor Jorge Burgos –ex-funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, en los apartes que se extraen así:

“DR. CEDIEL: Entre quiénes se suscribía el contrato de prestación de servicios?

SR. BURGOS: Entre COMCEL y el distribuidor.

DR. CEDIEL: El de prestación de servicios?

SR. BURGOS: El de servicio de los clientes era entre el usuario, el abonado y COMCEL, de hecho toda la papelería la aportaba COMCEL, los contratos de prestación de servicios los aportaba COMCEL.”

A su vez, el señor Santiago Vanegas –ex funcionario de COMCEL-, se refirió al asunto de la siguiente manera en su testimonio:

“DR. CEDIEL: Durante el tiempo que usted trabajó en COMCEL qué incidencia tuvo CELLULAR PHONE en el posicionamiento de la marca de COMCEL?

SR. VANEGAS: Para mi creo que de los más importantes, de hecho cuando yo no trabajaba en COMCEL era un ciudadano más de Bucaramanga, cuando pensaba en COMCEL, lo veía y luego entendí que lo que yo veía de COMCEL era Phone Express, eran los dos puntos de más visibilidad en la región, eran los puntos más grandes y para mi ellos eran COMCEL, eran temas de marca, eran los más importantes.”

Igualmente, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE, corroboró lo dicho por otros testigos, como se observa en los siguientes apartes de su testimonio:

“DR. CEDIEL: El servicio al usuario que usted manifiesta realizaban los CPS era sólo para abonados vinculados con CELLULAR PHONE?

SR. SCHNEIDER: No, nosotros debíamos atender a todos los clientes que tuviera COMCEL, fueran usuarios nuestros o de la competencia, todos los usuarios debían ser atendidos por igual sin ninguna diferenciación.

DR. CEDIEL: Usted manifiesta que en los CPS se recaudaban dineros, esos dineros de quién eran?

SR. SCHNEIDER: Esos dineros eran para COMCEL, nosotros recaudábamos los dineros en lo que tenía que ver con pagos de facturas, con pagos de consumos, con todo eso se recaudaban los dineros para COMCEL y se hacía entrega de esos dineros inmediatamente para COMCEL, o sea se hacían unos cierres dependiendo de la fecha, dependiendo si eran cortes o no eran cortes, de las cuantías, se hacían 1, 2, 3 cierres en el día y se hacía trámite con la transportadora de valores y se lo llevaban y se reportaba a COMCEL.

DR. CEDIEL: A cuánto podían ascender esos recaudos diarios que usted manifiesta?

SR. SCHNEIDER: Depende de la fecha y depende de si eran fechas de cierre o no, esas fechas de cierre son las fechas de corte de las facturas, pero días normales en CPS en Bucaramanga podíamos hablar de \$50, \$60 millones y cuando eran temporadas, fechas de cierre, que siempre al límite pagamos, podemos llegar a \$100, \$120 millones.

DR. CEDIEL: Usted mantenían en los CPS?

SR. SCHNEIDER: Se recibía en los CPS y la transportadora como les digo dependiendo del monto se hacían cierres y se entregaban a la transportadora.

DR. CEDIEL: Cómo era el proceso ya que usted habla de transportadora, cómo era ese proceso de consignación de los dineros que ustedes recaudaban por cuenta de COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Se hacían cierres de los pagos, eso está en línea, entonces cuando un cliente va y hace el pago de su factura inmediatamente queda reportado ante COMCEL que el cliente ya hizo el pago y esos dineros se recogen y se llevan a las cuentas indicadas por COMCEL para la consignación.

DR. CEDIEL: Cómo hacen ese transporte, cómo lo llevan?

SR. SCHNEIDER: Dentro del contrato para el manejo de CPS hay unos requisitos que tiene que contarse con el pago de transportadora, que tiene que contarse con celaduría, que tiene unos requisitos y entre esos requisitos está el transporte de los dineros.

DR. CEDIEL: Quién asumía el pago de esa transportadora de valores?

SR. SCHNEIDER: El distribuidor, eso lo asumíamos nosotros.

DR. CEDIEL: Cuándo realizaban ustedes ese pago?

SR. SCHNEIDER: Nos lo hacía por descuento COMCEL de los pagos de facturas.

(...)

DR. CEDIEL: COMCEL tenía dispuesto algún mecanismo para cobrar al distribuidor, a CELLULAR PHONE, los dineros que no se consignaban por recaudo de CPS?

SR. SCHNEIDER: Claro, si una vez se informaba y no recibían, automáticamente nos descontaban esos valores de los pagos que debían hacerse inmediatamente, y no sólo eso, nosotros debíamos rembolsar también ese dinero a COMCEL y después hacer una aclaración de cuentas para que ellos nos la devolvieran, pero era descontado directamente de nuestros pagos.

(...)

DR. CUBIDES: Es que cuando se habla de los “fraudes” porque parece que debemos mantener las comillas por un tiempo, tendrían algo que ver con ese tipo de inconsistencia?

SR. SCHNEIDER: No, los fraudes son más dados a la activación de líneas celulares, los fraudes son más enfocados a que en el proceso de activación de una línea partimos que cuando llega un cliente yo tengo que pedirle la información de la cédula y con esa información de la cédula COMCEL manejaba un documento que era una matriz de ventas y una matriz de venta donde con su número ahí me decía si usted era tipo A, B, C, E, I, 7, 5, letras y números o era inconsistente, inconsistente es una persona que tenía 18 años, 19 años y que su cédula no tenía un historial crediticio, era una inconsistencia, pero si usted era un tipo 5 me decía que usted sólo le podía vender planes hasta de tanto valor y con tales equipos y si usted quería un plan de mayor categoría me tocaba decirle busque a quién se le puede vender porque usted no puede porque tiene algún tipo de reporte, eso era lo primero, o sea ya había un primer filtro y cómo le podía vender, de ahí para adelante los fraudes se presentan porque a criterio de COMCEL la huella que colocó el cliente no corresponde con la fotocopia de la cédula que se envió o que la fotografía de la cédula no corresponde a la fotografía que está presentando en el contrato, que la dirección reportada es inexistente.

Un fraude también podría ser que esa persona tiene factura atrasada por 3 meses no pago, entonces es un fraude para COMCEL, un posible fraude y nos lo descontaban, el fraude básicamente era en relación a activaciones de postpagos, en prepagos eran inconsistencias y bajos consumos, pero fraude el único fraude que podría presentar el CPS sería en la adquisición de equipos o en cambios de planes, pero más relacionado con ventas que con pagos, eso es fraude.

(...)

DRA. MURRLE: En los hechos de la demanda se hace referencia a dos etapas en relación con el proceso de activación, una primera etapa en la que el distribuidor recauda los documentos y quien activa es COMCEL y otra una segunda etapa cuando entra a operar el sistema poliedro que le permite a los funcionarios del distribuidor hacer la activación directamente, en esa primera etapa en la que ustedes recaudaban documentos COMCEL hacía una segunda revisión antes de la activación, es decir había también en relación con la segunda etapa antes de activar ustedes debían recibir algún tipo de autorización de COMCEL para activar o la responsabilidad en la activación recaía en la revisión de documentos que ustedes hacían?

SR. SCHNEIDER: En esa primera etapa nosotros digamos que éramos tramitadores de documentos, nosotros llenábamos toda la información, toda la documentación y algo que tenía que haber en el distribuidor era un fax porque esa información se mandaba por fax a Bogotá a que Bogotá lo activara y ese proceso duraba 8, 15 días sin que el cliente recibiera su teléfono y la revisión la hacía COMCEL de la documentación, COMCEL no activaba si la documentación no venía completa, si no va completa y no tiene forma de mirar la huella, si no viene la cédula todo no había activación, entonces la primera revisión la hace el distribuidor y la revisión final en esa primera etapa la hace COMCEL cuando da la activación a la línea y físicamente en ambas etapas tanto en la primera como en la segunda los contratos originales tienen reposo ni control, o sea se despachan periódicamente a COMCEL con unos tiempos establecidos.

En esa segunda etapa nosotros manejábamos el sistema poliedro, la revisión la hacíamos nosotros y no había ningún tipo de autorización a no ser de que el cliente por la calificación lo necesitara que era una autorización de gerencia, una autorización del representante, dependiendo de qué había la autorización o una autorización de cartera, de los diferentes departamentos que debían y hacerlo, pero la activación si lo permitía poliedro era porque no tenía inconveniente, un tipo A no necesitaba autorización de nada.”

En el testimonio de la señora Tulia Azucena Cordón –contadora y gerente administrativa de CELLULAR PHONE-, se resaltan los siguientes apartes referentes a la actuación por cuenta ajena:

“DR. CEDIEL: Dentro de ese documento también veo que existen descuentos por Datacrédito, qué es eso de Datacrédito?

SRA. CORDON: Es que cuando se habla con la gente, se muestra el servicio, se muestran las diferentes opciones que teníamos en los planes de COMCEL, entonces él decía bueno yo quiero un plan postpago, nosotros teníamos que mirar la vida crediticia en Datacrédito, entonces dependiente del Datacrédito se miraba si era un Datacrédito tipo P que era prepago, era que no podía adquirir ningún plan en postpago, si era tipo A entonces ya se le empezaban a pedir todos los documentos que necesitaran para el contrato o según lo que pedía en el contrato, estos datacréditos nosotros lo pagábamos, nosotros hacíamos la consulta al cliente y nosotros lo pagábamos.

DR. CEDIEL: Si como lo acaba de mencionar el beneficiario es COMCEL de dichas consultas para efectos de poder vender una promoción, realizar una activación, por qué se las cobraba COMCEL a CELLULAR PHONE?

SRA. CORDON: Siempre las cobraban no solamente Datacrédito también cliente evidentes, había casos que había usuarios que pedían como la página el sistema de COMCEL pedía cliente evidentes también nos los cobraban y también hubo un tiempo que nos hacían visitas domiciliarias, de pronto no era tipo A, sino un tipo B, yo pienso que de menos calificación entonces nos tocaba mandar una persona que fuera hasta el domicilio, mirara si era cierto que vivía allá, para ver si se le podía vender el plan, también nos tocó vario tiempo la visita domiciliaria, también nos tocaba pagarla a nosotros, no la pagaba COMCEL, todo nos tocaba a nosotros.

DR. CEDIEL: Veo que existe un rubro que se llama transportadora de valores, qué quiere decir eso?

SRA. CORDON: Es que COMCEL, nosotros teníamos los CPS, donde iban todas las personas a pagar sus facturas en postpago y cuando hacían reposiciones de equipos, nosotros manejábamos plana de COMCEL, COMCEL contrataba en este caso era con la Brinks y la Brinks iba a los puntos nuestros a recoger la plata, ellos iban recogían la plata, llevaban una planilla y ya esa plata se iba para COMCEL porque esa plata eran dineros de COMCEL, era por seguridad de los dineros de ellos, por eso ellos lo exigían.

DR. CEDIEL: Al igual que la pregunta anterior si los dineros eran de COMCEL por qué ustedes tenían que pagar la transportadora?

SR. CORDON: La verdad porque así lo imponía COMCEL, o sea eso era dentro de las reglas.

DR. CEDIEL: Existía la posibilidad de que ustedes dijeran nosotros vamos a prescindir de la transportadora, está muy caro, no queremos pagar?

SR. CORDON: Eso era imposible, no, porque eso era como decirle a COMCEL no, eso lo contrataba directamente COMCEL, no era decisión de nosotros si la transportadora venía o no, eso ya era una regla, es como una regla, eso no se podía, igual eran dinero de COMCEL.

(...)

DR. TALERO: No se si entendí bien, pero en una de sus respuestas refiriéndose a los kit prepago usted decía que CELLULAR PHONE compraba los kit prepago pero que estos kit prepago seguían siendo de COMCEL, entendí bien eso?

SRA. CORDON: Sí señor es que yo siempre decía eso o le decía al gerente comercial porque por ejemplo teníamos subdistribuidores que eran como hijos de nosotros que tenían tiendas supermercados, entonces me decían yo necesito... porque nosotros también teníamos que tener stock porque si a nosotros nos mandaban el 1100 que era lo más económico y la promoción no se la podíamos dar a un solo distribuidor por ejemplo... entonces decía máximo 5, entonces a mi me decía el gerente comercial tenemos que tener cuidado a quién le estamos vendiendo, porque si ellos no me legalizan el kit, si ellos compran el kit para sacarle la simcard porque había por ejemplo una mamá le tenía a su hijo un postpago y votó el celular, entonces la simcard yo la recupero porque habrá reposición, pero me voy a comprar un equipo de \$50.000 me gasto la recarga, boto la tarjeta de \$10.000, la simcard de prepago y le meto la de postpago, eso a nosotros nos perjudicaba porque no había tráfico entre el celular que iba amarrado con la simcard, entonces don Jorge me decía no podemos, primero que todo tenemos que tener mucho cuidado qué es lo que van a hacer ellos con el celular a quién se lo van a vender, y dejarlos claro que tiene que haber tráfico de llamado, yo le decía al gerente... nos toca comprarlos, pagarlos y vivir bajo... yo no puedo decir voy a coger el celular y lo voy a regalar, yo lo podía regalar pero me tocaba legalizarlo antes de 24 horas, me tocaba que sacara la primera llamada antes de 24 horas y que aparte de todo le hicieran unas recargas en un tiempo sino, nos lo cobraban a full precio, por eso es que yo digo era y no era de nosotros, o sea lo pagábamos pero teníamos que tener unas condiciones para que no nos lo cobraran a full precio, es por eso que yo lo decía.”

Por su parte, al rendir su testimonio, la señora Blanca Azucena Tavera –ex-funcionaria del departamento de activaciones de CELLULAR PHONE, dijo lo siguiente:

“DR. CEDIEL: Entre quiénes se suscribía ese contrato?

SRA. TAVERA: Se suscribía entre el usuario y COMCEL.

DR. CEDIEL: Usted manifiesta que recibía dineros, por qué recibía dineros, de quién eran esos dineros?

SRA. TAVERA: Los dineros se recibían del usuario para la activación del contrato y por ende ese dinero pertenecía a COMCEL en el momento en que se activara el contrato para poderlo enviar.

DR. CEDIEL: Dónde se consignaban esos dineros?

SRA. TAVERA: Los dineros se consignaban directamente en cuentas de COMCEL, en las cuentas que ellos autorizaban en los bancos respectivos.

DR. CEDIEL: Existía algún plazo para esa consignación de esos dineros?

SRA. TAVERA: Los plazos eran de 2 días, 3 días contados a partir del día de la activación para enviarlos, para consignarlos.

DR. CEDIEL: Quién realizaba esas consignaciones?

SRA. TAVERA: Yo.

DR. CEDIEL: Usted directamente era la que llevaba la plata al banco?

SRA. TAVERA: No, las consignaciones yo las realizaba en la oficina e iba una persona especializada al banco a hacer las consignaciones.”

Los anteriores testimonios corroboran lo dicho en las previsiones contractuales que señalan la actuación de CELLULAR PHONE por cuenta de COMCEL. En tal sentido, los testigos no sólo coinciden en afirmar que los contratos de prestación de servicios se daban entre COMCEL y los abonados, sino también sostienen que su documentación de soporte, su papelería, su texto y otras condiciones aplicables –i.e. tipo de cliente según historia crediticia-, eran fijados por COMCEL. El acervo documental del expediente arbitral corrobora estas situaciones⁵⁶.

En relación con los abonados, también se precisa que éstos quedaban ligados a las bases de datos de COMCEL y que los dineros pagados por éstos, en los denominados CPs, correspondían a COMCEL. CELLULAR PHONE, a su vez, una vez recaudaba los dineros tenía que consignarlos en las cuentas dispuestas por COMCEL, para lo cual acudía, por lo general, a una empresa transportadora según las directrices de COMCEL.

COMCEL también elaboró y dispuso el contenido de los documentos que instrumentaron el vínculo contractual entre las partes, tal como se corrobora, entre otros elementos de juicio, en los alegatos de conclusión de esta última⁵⁷.

El dictamen pericial, emitido por la doctora Gloria Zady Correa, también demuestra la actuación de CELLULAR PHONE por cuenta de COMCEL.

Al respecto, el dictamen señala, por ejemplo, que los abonados permanecieron vinculados a la red de COMCEL con posterioridad a la terminación del contrato. Incluso, se incluyó una tabla en la cual se evidencia la estabilidad en la facturación de rubros como cargo básico, otros conceptos y tiempo al aire, entre el segundo semestre del año dos mil once (2011) y el año dos mil doce (2012)⁵⁸.

⁵⁶ Cuaderno de Pruebas No. 3, contratos suscritos con los abonados en los formatos de COMCEL.

⁵⁷ Alegatos de Conclusión de COMCEL, p. 23 y p. 36, donde se reconoce que los textos fueron elaborados y propuestos por COMCEL.

⁵⁸ Dictamen Pericial, p. 75.

También se señala que COMCEL tenía contratos con la transportadora de valores y que le pagaba, a esta última, los respectivos servicios, para luego descontárselos a CELLULAR PHONE en las respectivas liquidaciones mensuales⁵⁹.

En sentido similar, el peritaje refrenda que CELLULAR PHONE consignaba los dineros recaudados en las cuentas de COMCEL⁶⁰.

Como se puede observar, los efectos jurídico-patrimoniales, derivados de la gestión de CELLULAR PHONE, recaían directa y principalmente en COMCEL. Los abonados, obtenidos por CELLULAR PHONE en desarrollo de su labor de promoción, se vinculaban con COMCEL y permanecían en su red, incluso tras la terminación del vínculo contractual entre esta última y CELLULAR PHONE. En realidad, y sin perjuicio del análisis de los incumplimientos que ambas partes se señalan entre sí, el Tribunal encuentra que CELLULAR PHONE actuó como gestora de los intereses de COMCEL y que obtuvo, para COMCEL y no para sí misma, una base de clientes en la zona asignada para desplegar su labor comercial.

Ahora bien, en el análisis de la actuación de CELLULAR PHONE por cuenta ajena, el Tribunal debe abordar lo referente al denominado producto prepago, pues tal como se ha analizado en el acápite general de los elementos propios del contrato de agencia, se ha discutido si la adquisición de un producto, para su posterior colocación en el mercado, descarta que el respectivo distribuidor haya actuado como agente comercial.

En últimas, si el Tribunal concluyera que CELLULAR PHONE actuó con posición propia en el mercado al comercializar este producto, sería necesario determinar que la agencia comercial, como tal, se combinó o mezcló con un contrato de distribución en sentido estricto, lo cual, a su vez, podría incidir en una eventual cuantificación de prestaciones favorables a CELLULAR PHONE, dado el caso de que éstas procedan, según lo analizará el Tribunal más adelante. Por el contrario, si el Tribunal concluyese que CELLULAR PHONE no actuaba con posición propia en el mercado al comercializar este tipo de producto, sería necesario establecer que la agencia comercial, como tal, abarcó todo el espectro de productos atinentes a la gestión de CELLULAR PHONE.

En el material probatorio, se hacen distintas referencias a este tipo de producto. Así, por ejemplo, tratándose del denominado kit prepago, se rindieron distintos testimonios pertinentes en el análisis.

Al respecto, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE, sostuvo lo siguiente:

⁵⁹ Dictamen Pericial, pp. 31-32.

⁶⁰ Dictamen Pericial, p. 91.

“DR. CEDIEL: Usted sabe si COMCEL utilizaba en alguna oportunidad un bloqueo comercial, si ese bloqueo comercial lo utilizaba en contra de CELLULAR PHONE?”

SR. SCHNEIDER: Sí, claro, sí lo utilizaba y sí fuimos afectados por ese bloqueo comercial que realizaba COMCEL.

DR. CEDIEL: En qué consistía ese bloqueo comercial?

SR. SCHNEIDER: Implicaba que no pudiéramos tener acceso a kit prepago o simcard, inclusive que en determinado momento no pudiéramos comprar kit prepago ni siquiera de contado, porque muchas veces se presentaba que en la misma red uno pudiera conseguir el dinero para cancelar esos kit o comprar esos kit prepago y realizar su venta y ya en más avanzado el bloqueo podría uno despachar inclusive equipos en prepago que era la razón de ser y existir nuestra que era comercializar y hacer las activaciones de líneas y de equipos.

(...)

DR. SALAZAR: Usted por qué tenían que comprarle los equipos prepago a COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Porque los equipos prepago se le compran a COMCEL, todos los equipos que se venden en prepago o en postpago eran suministrados por COMCEL.

DR. SALAZAR: Después de que ustedes los compraban, qué hacían con esos equipos?

SR. SCHNEIDER: Se vendían a clientes, a los subdistribuidores y se comercializaban con unas condiciones específicas para cumplir con lo que fijaba COMCEL, determinada cantidad de consumo, determinado número de minutos, consumidos que generara tráfico en 2, 3 meses, unas condiciones establecidas por COMCEL.”

A su vez, la señora Tulia Azucena Cordón -contadora y gerente administrativa de CELLULAR PHONE-, se refirió al asunto así:

“DR. CEDIEL: Qué son los kit prepago, en qué consisten?”

SRA. CORDON: Son los teléfonos en donde ustedes no reciben factura mensual, usted paga su kit, viene una carga de \$10.000, \$20.000 y cada vez que se le acaban los minutos recarga su celular con tarjeta y no va a recibir factura fija mensual.

DR. CEDIEL: Existe alguna sanción que se aplique a la venta de kit prepago?

SRA. CORDON: Sí señor, nosotros le comprábamos los kit a COMCEL aunque era una compraventa seguían siendo los equipos de COMCEL, o sea nosotros no podíamos decir, yo no podía decir este kit prepago se lo voy a dar a... y se tome se lo regalo y ya pasó así, a mi ese kit me tocaba al momento de venderlo me tocaba legalizarlo, es que tenían tantas cosas, tenían que sacar unas llamadas, tenía que haber tiempo al aire por un tiempo determinado, porque si no COMCEL me cobraba el equipo a full precio, nos penalizaban, la penalización era que nos cobraban el kit a full precio.

DR. CEDIEL: Lo que me está diciendo es que COMCEL les cobraba, o sea ustedes tenían que ser responsables por el consumo del cliente?

SRA. CORDON: Sí, pero yo una vez le dije a Betty que era la que manejaba la parte comercial, pero es que ustedes nos están pidiendo que nos casemos con el cliente, es

tenaz que yo le diga al señor que venga a comprarme el celular no me acuerdo si eran \$90.000 en 3 meses, ahí sí perdóneme pero no me acuerdo bien, era una carga, no le puedo decir al cliente señor usted me compró un celular que vale \$50.000 hágame el favor y me meta \$60.000, o sea yo no puedo hacer eso, porque la gente escasamente viene y paga los \$50.000 y eso y es como uno casarse con el cliente, señor usted volvió y recargo otra tarjeta de \$10.000 este mes, señor haga el favor y no le saque la simcard y pase la otra, decía eso no es negocio Betty, claro nos llegaban muchos descuentos, muchos cobros full precio de equipos de kit prepago porque uno vendía el equipo, uno le hacía sacar la primer llamada porque eso sí lo hacíamos, vamos a ver si el teléfono le va a quedar funcionando, entonces llame a cualquier persona, voy a llamar a mi hijo por ejemplo, entonces pasamos el primer requisito que sacara primer llamada antes de 24 horas y lo otro cuando eso había contratos, después pasaron a Dijín y ahora ya no hay nada, pero entonces se llenaba el contrato y se legalizaba antes de 24 horas, si no se legalizaba, ya empezábamos a perder con el kit prepago.

DR. CEDIEL: En materia de kit prepago, COMCEL exigía al distribuidor algún tipo de garantía especial?

SRA. CORDON: Dentro de las pólizas había un monto para kit prepago.

DR. CEDIEL: Pólizas de qué?

SRA. CORDON: Como en la parte de inventarios estaba metido un rubro que decía kit prepago.

DR. CEDIEL: Y el beneficiario era quién después?

SRA. CORDON: El beneficiario COMCEL, es que en los seguros que nosotros sacamos el beneficiario era COMCEL, o sea tenía que ser COMCEL, cuando llegaban a hacernos auditoría, llegaban si estaban bajo llave, ellos revisaban eso que estuvieran bajo llave.

DR. CEDIEL: COMCEL exigía que estuvieran con alguna seguridad los kit?

SRA. CORDON: Si ellos llegaban a revisar dentro del check list que manejaban los auditores que llegaban de COMCEL ellos miraban están bajo llave, están en condiciones, ellos iban diciendo sí, no.

DR. CEDIEL: Ustedes podían vender los kit prepago al precio que ustedes quisieran?

SRA. CORDON: No, los kit prepago tienen el precio que da COMCEL, si COMCEL dice que vale \$100.000 a \$100.000 se tiene que vender, yo no lo puedo vender ni por encima, ni por debajo es el valor que da COMCEL.”

Por su parte, el señor Jorge Burgos –ex-funcionario de COMCEL- se refirió al asunto, en los apartes que se extraen así:

“DR.CEDIEL: Cuéntenos cómo era la remuneración que COMCEL daba a sus distribuidores, por qué remuneraba COMCEL, cómo remuneraba COMCEL a los distribuidores?

SR. BURGOS: Era una comisión que se pagaba dependiendo del plan si era postpago o prepago, por los dos planes había una comisión, estoy recordando que de pronto en la parte de prepago hubo alguna modificación tal vez.

Se pagaba una comisión por cada kit prepago que vendiera el distribuidor, después COMCEL decidió darles una comisión anticipada que consistía en venderle el kit a un valor y ellos lo vendían en un valor superior y esa diferencia era la comisión que ya recibía el distribuidor que era lo que llamábamos comisión anticipada, solamente aplicaba para los kit prepago.

(...)

SR. BURGOS: En prepago los kit fueron en venta, de hecho tenían que tener algunos, los que no tenían un músculo financiero muy alto no podían acogerse mucho a tenerlos porque eran...

DR. CEDIEL: Usted acaba de mencionar que eso se adquiría en venta, eso significa que el distribuidor se hacía el dueño del equipo?

SR. BURGOS: Si eran ventas sí.

DR. CEDIEL: El distribuidor podía fijar libremente el precio al cual revendía el equipo?

SR. BURGOS: No, era un precio que estipulaba COMCEL y era el precio al que se debía vender en el mercado.

DR. CEDIEL: El distribuidor podía poner las condiciones de la venta de ese equipo?

SR. BURGOS: En cuanto a qué?

DR. CEDIEL: En cuanto a la venta, las condiciones de la venta, yo se lo vendo y usted puede hacer lo que quiera con el equipo, puede hacer llamadas, no puede hacer llamadas, tiene que comprar tarjetas para recargar la línea o no recargarlas, condiciones de venta diferentes a las que establecía COMCEL?

SR. BURGOS: No.

DR. CEDIEL: COMCEL le exigía algún tipo de seguridades al distribuidor para el inventario de los equipos prepago?

SR. BURGOS: Sí, ellos tenían que tomar unas pólizas, eran mandatorias porque eran para proteger el inventario que tenía el distribuidor, recuerdo que inclusive en una época se estandarizó con una compañía de seguros y a lo último, pocos meses antes de yo salir ya dejaban en libertad, pero en una época se estableció que fueran inclusive creo que había una oficina en unos edificio de COMCEL de una compañías de seguros, creo que era... si no estoy mal, pero sí tenían que tomar todos la póliza contra todo riesgo.

DR. CEDIEL: Es decir que si el equipo se lo robaban o se perdía o se deterioraba en manos del distribuidor, el distribuidor tenía que responderle a COMCEL por esos equipos?

SR. BURGOS: Sí, en ese caso con la póliza era que tenía que responder."

Estos testimonios le indican al Tribunal que la labor de CELLULAR PHONE, respecto del denominado kit prepago, no se agotaba con la simple adquisición de los equipos para comercializarlos con terceros. También era necesario que se cumpliesen condiciones adicionales, basadas principalmente en la

legalización de los contratos con los clientes, la generación de tráfico de llamadas y el tiempo al aire. En tal sentido, había comunicaciones y circulares, emitidas por COMCEL, en las cuales se condicionaba la remuneración a CELLULAR PHONE, por este producto, a circunstancias como la realización de una primera llamada, por parte del cliente, dentro de determinados períodos de tiempo, y al registro de determinados consumos de voz durante períodos mínimos, entre otros requisitos⁶¹.

La remuneración recibida por CELLULAR PHONE, independientemente de su denominación –i.e. comisión o bonificación- dependía entonces del cumplimiento de condiciones adicionales a una simple compra para la reventa.

De ahí que los términos y condiciones aplicables a la gestión de CELLULAR PHONE, con respecto al producto prepago, tuviesen un carácter accesorio, instrumental o complementario respecto de la finalidad económica del contrato, consistente en promover los productos y servicios de COMCEL.

Tal como lo explicó el Tribunal en el acápite sobre los elementos propios del contrato de agencia comercial, ocurre que la compra para la reventa no necesariamente descarta la presencia de la actuación por cuenta de otro como elemento propio de la agencia mercantil. Puede haber agencia comercial si el intermediario mercantil, al actuar como un distribuidor, despliega una labor de promoción enderezada a conquistar, ampliar o preservar la clientela del empresario principal. En el caso concreto, se ha evidenciado que los clientes del producto prepago –i.e. kit prepago- se vinculaban a la red de COMCEL, como clientes suyos. A su turno, la remuneración de CELLULAR PHONE, como distribuidor en este aspecto, no se extraía de una simple diferencia entre el valor de adquisición de una mercancía y el de su reventa o comercialización, pues era fundamental la generación de consumos en la respectiva línea telefónica.

Por todo lo anterior, el Tribunal concluye que el espectro de actividades, desplegadas por CELLULAR PHONE en su vínculo contractual con COMCEL, se desarrollaron bajo un contrato de agencia comercial, que tuvo una vigencia ininterrumpida entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), fecha en la cual terminó.

1.1.3 Consideraciones adicionales sobre la posición de COMCEL

Desde el inicio del proceso, COMCEL ha cuestionado la calificación jurídica del contrato planteada por la parte convocante CELLULAR PHONE. En tal sentido, formuló la excepción de inexistencia del contrato de agencia comercial. Tal como se ha observado a todo lo largo de este acápite 1 de consideraciones, dicha excepción no prosperará, pues en el caso concreto se han configurado

⁶¹ Ver, por ejemplo. Cuaderno de Pruebas 1, Circulares 2010GSDI01-SO22167 del 15 de febrero de 2010, y 2010-DIME01-S100229 del 28 de junio de 2010. También: Cuaderno de Pruebas 5, comunicaciones sobre pago de comisiones, remitidas por COMCEL a CELLULAR PHONE.

los elementos propios, cualidades intrínsecas y demás aspectos correspondientes al contrato de agencia.

En todo caso, y sin perjuicio de los distintos lineamientos que descartan la prosperidad de dicha excepción, el Tribunal considera pertinente referirse a uno de los planteamientos principales y adicionales de COMCEL en esta materia.

En los alegatos de conclusión, COMCEL señala que CELLULAR PHONE, al haber dado su consentimiento para contratar, pactó con su co-contratante, de manera expresa, que el vínculo contractual sería un contrato de distribución, y no un contrato de agencia. En consecuencia, según COMCEL, si CELLULAR PHONE alegase la configuración de la agencia comercial, estaría actuando contra sus actos previos y, en últimas, contra la voluntad real de las partes. Como complemento de lo anterior, COMCEL afirma, con base en el testimonio rendido por el señor Mario Arenas –fundador de CELLULAR PHONE- que esta última no cumplió con una carga mínima de diligencia en la revisión del contrato para determinar sus alcances y efectos, razón por la cual no puede ahora alegar su propia culpa y pretender que el contrato sea una agencia mercantil⁶².

En criterio del Tribunal, el error en la calificación jurídica del contrato –*error in nomine negotii*- no siempre o necesariamente se confunde con la violación de la regla de coherencia, emanada del principio general de la buena fe, consistente en no actuar contra los actos propios –*non concedit venire contra factum proprium*-. Es posible que las partes, por diversas razones –legítimas o ilegítimas-, acudan a una determinada forma de negocio jurídico –i.e. contrato de distribución- pese a que éste, en realidad, corresponda a otra tipología contractual –i.e. contrato de agencia comercial-.

Tal como lo explicó el Tribunal al comienzo de este acápite 1, al juez le compete realizar la calificación del contrato, pues de dicho ejercicio depende el régimen jurídico aplicable a la solución del litigio, asunto éste que a dicho juez precisamente le corresponde definir –*da mihi factum, dabo tibi jus*-.

En todo caso, al Tribunal le llama la atención este planteamiento de COMCEL, pues su contenido paradójicamente resulta contrario a su propia defensa, especialmente en lo que atañe al principio de la buena fe. En efecto, en los textos contractuales, remitidos por COMCEL a CELLULAR PHONE, se advierten algunas previsiones en las cuales se busca eliminar o conjurar el riesgo de configuración de una agencia comercial, pese a la calificación formal del contrato, en dichas previsiones, como un negocio de distribución.

Esto se evidencia, por ejemplo, al cotejar las previsiones que señalan expresamente que el contrato no es de agencia (i.e. cláusulas 4.1 y 27 del documento del 1 de noviembre de 1997; cláusula 4 del documento del 20 de abril de 1999), con aquellas que prevén que CELLULAR PHONE renuncie a las prestaciones previstas a favor de los agentes comerciales en el artículo 1324

⁶² Alegatos de Conclusión de COMCEL, pp. 18-24.

del Código de Comercio (i.e. cláusula 14 y Anexo E del documento del 1 de noviembre de 1997; Anexo F del documento del 20 de abril de 1999).

Al respecto, el Tribunal simplemente se remite al siguiente aparte de un laudo arbitral, por considerarlo suficientemente ilustrativo⁶³:

“El Tribunal encuentra una contradicción estructural, en afirmar con tanta reiteración que el contrato no es de agencia, e incluir, al mismo tiempo, todas estas cláusulas que indican la convicción contraria. Leídas dichas disposiciones, es notoria la grande preocupación de quien concibió el texto, por el riesgo de una reclamación del agente. Y esto lleva al Tribunal a la reflexión de que si en realidad COMCEL, al concebir y elaborar el contenido del contrato, hubiera guardado la convicción inmaculada de que no se trataba de uno de agencia mercantil, tales previsiones habrían resultado inútiles o, por lo menos, tremendamente exageradas. Ellas evidencian, sin duda alguna, la insinceridad del predisponente del texto del contrato (...).”

Por todo lo anterior, el Tribunal puntualiza que el vínculo contractual, entre CELLULAR PHONE y COMCEL, correspondió a un contrato de agencia comercial, y descarta, en consecuencia, su calificación jurídica como un contrato de distribución. El Tribunal desestimará entonces la excepción de inexistencia del contrato de agencia comercial, propuesta por COMCEL. También desestimará la excepción denominada “contravención de los propios actos por parte de CELLULAR PHONE Express – venire contra factum proprium non valet-“, desarrollada por COMCEL en los alegatos de conclusión respecto de la naturaleza jurídica del contrato.

1.1.4 De la cláusula de exclusividad

En los contratos, se distinguen los elementos que son de su esencia, de su naturaleza y los puramente accidentales⁶⁴. En general, la cláusula de exclusividad, favorable a un agente comercial, no es de la esencia de un contrato de agencia comercial sino de su naturaleza⁶⁵. Por su parte, la cláusula de exclusividad, favorable a la empresa principal, es simplemente un elemento accidental⁶⁶.

De este modo, ocurre que una cláusula de exclusividad favorable al agente se entiende incluida, de manera implícita o automática, en el respectivo contrato, salvo que las partes, basándose en su autonomía privada, decidan excluirla o

⁶³ Laudo Arbitral del caso de Autos del Camino v COMCEL, 16 de diciembre de 2008.

⁶⁴ El artículo 1501 del Código Civil, dice así: “Se distinguen en cada contrato las cosas que son de su esencia, las que son de su naturaleza, y las puramente accidentales. Son de la esencia de un contrato aquellas cosas, sin las cuales, o no produce efecto alguno, o degeneran en otro contrato diferente; son de la naturaleza de un contrato las que no siendo esenciales en él, se entienden pertenecerle, sin necesidad de una cláusula especial; y son accidentales a un contrato aquellas que ni esencial ni naturalmente le pertenecen, y que se agregan por cláusulas especiales.”

⁶⁵ El artículo 1318 del Código de Comercio, dice lo 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.”

⁶⁶ El artículo 1319 del Código de Comercio, dice lo siguiente: “En el contrato de agencia comercial podrá pactarse la prohibición para el agente de promover o explotar, en la misma zona y en el mismo ramo, los negocios de dos o más empresarios competidores.”

modificar sus alcances. Y ello es así porque el régimen legal aplicable a los contratos de agencia ha tenido tradicionalmente un móvil protector de los intereses del agente.

En cambio, no ocurre lo propio con la exclusividad favorable al empresario principal, donde sí se hace necesario pactarla en el respectivo contrato.

El Tribunal aborda entonces lo referente al pacto de exclusividad en el vínculo contractual entre COMCEL y CELLULAR PHONE, teniendo en cuenta que esta última ha formulado algunas pretensiones referentes a esta circunstancia.

De los documentos que instrumentan el vínculo contractual entre las partes, se extraen las siguientes previsiones o deberes en materia de exclusividad⁶⁷:

- CELLULAR PHONE se debía abstener de tener algún derecho, interés, propiedad o participación en empresas operadoras distintas de COMCEL;
- CELLULAR PHONE se debía abstener de comercializar los servicios de operadores distintos a COMCEL;
- CELLULAR PHONE se debía abstener de promover, comercializar y mercadear, entre otros aspectos, productos o servicios no autorizados por COMCEL;
- CELLULAR PHONE se debía abstener de ofrecer, vender, distribuir, comercializar o gestionar cualquier producto o servicio incompatible, esto es, cualquier producto o servicio ajeno al objeto del contrato con COMCEL;
- CELLULAR PHONE se debía abstener de tener intereses comerciales, a cualquier título, en empresas que fuesen o no competidoras de COMCEL o incluso en terceros que prestasen servicios incompatibles; y
- COMCEL sí podía establecer otros canales de comercialización en las áreas asignadas a CELLULAR PHONE.

Algunos testigos se refirieron a esta circunstancia. Así, por ejemplo, se transcriben los siguientes apartes de los testimonios rendidos por algunos funcionarios o ex-funcionarios de CELLULAR PHONE:

“DR. SALAZAR: Usted igualmente dijo que no tenían experiencia, a qué se dedicaba usted entonces?”

SR. ARENAS: Yo toda la vida tuve un negocio de venta de materiales para la construcción y en el momento en que me ofrecieron esto yo tenía ese negocio, el negocio tiene ya 40 años y yo estaba dedicado a eso y de ahí fue que saqué dinero para montar lo que se necesitaba para ser distribuidor de COMCEL.

⁶⁷ Ver, por ejemplo: Documento del 1 de noviembre de 1997, cláusulas 1.2, 15.10 y 18; Documento del 20 de abril de 1999, cláusulas 1.2, 1.20, 7.14, 7.26.2, 15.10 y 18

DR. CEDIEL: Cómo incidió ese bloque comercial en la parte comercial y financiera de CELLULAR PHONE, tuvo alguna incidencia?

SR. SCHNEIDER: Claro que hay una incidencia porque si nosotros no teníamos el producto para poderlo comercializar, si COMCEL no nos permitía realizar era muy difícil que nosotros pudiéramos cumplir, o sea no hay forma que consiguiéramos equipos para poderlos comercializar si no era directamente con COMCEL, no podemos proveernos de nadie más que no sea COMCEL.

DR. CEDIEL: Por qué?

*SR. SCHNEIDER: Porque el contrato no lo permite, nosotros éramos exclusivos de COMCEL y no podíamos buscar equipos en otra parte, entonces era un compromiso adquirido con COMCEL que nuestra relación era directa.
(...)*

DR. SALAZAR: Al contestar una pregunta del doctor Cediel dijo que nos vimos forzar a incumplir los compromisos por razón de los descuentos en los acuerdos de pago, por qué se vieron forzados a incumplir los compromisos con los bancos, empleados y DIAN?

*SR. SCHNEIDER: Porque no teníamos producto, o sea nosotros estábamos amarrados a COMCEL, lo que le decía yo leí el contrato con COMCEL, pero no le puedo decir ni cuál es el artículo, ni el numeral, ni todas esas cosas, pero nosotros no podemos comercializar productos que no fueran de COMCEL y donde dice COMCEL nosotros no podíamos tener ningún otro tipo de manejo, si yo no tengo el producto de COMCEL, si no manejo, no me dan las herramientas para comercializar yo no voy a poder cumplir, o sea si no hago venta no tengo cómo pagar.
(...)*

DR. SALAZAR: También dijo al contestar que en la publicidad teníamos que ir amarrados a COMCEL, por qué tenían que ir amarrados a COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Nosotros éramos distribuidores de COMCEL, nosotros no éramos a ver cómo le planteo yo, o sea nosotros estábamos amarrados y estábamos trabajando por voluntad propia, al decir amarrados no quiere decir que estuviéramos amenazados ni mucho menos, nosotros estábamos trabajando con una marca y esa marca era COMCEL y en el momento en que se hizo esa alianza o se estableció esa distribución éramos socios de COMCEL y había digamos una normativa en donde sólo podíamos trabajar con COMCEL, nosotros no podíamos ser distribuidores de todos los operadores celulares y en el momento en que yo quisiera hacer publicidad sólo como CELLULAR PHONE Express, no tendría ningún sentido que siguiera trabajando con COMCEL, si yo no le hago publicidad a COMCEL, para qué estoy trabajando con COMCEL?

--

DRA. MURRLE: Tiene algún conocimiento adicional de manera que nos pudiera hacer algún relato sobre lo que conoce de la controversia?

SRA. RODRIGUEZ: Se que más que todo es como por la parte de los ingresos, de las comisiones que CELLULAR PHONE tenía con COMCEL, ya que CELLULAR PHONE era distribuidor de COMCEL y sus ingresos provenían 100% de COMCEL.”

Como se puede observar, los testigos simplemente reafirman las previsiones contractuales, al señalar que CELLULAR PHONE no podía comercializar productos de terceros. Uno de ellos, el señor Mario Arenas –fundador de la empresa-, señaló que, durante más de cuarenta (40) años, ha vendido materiales para la construcción. Dicha afirmación se refrenda en el certificado de existencia y representación legal de la compañía, el cual contempla, dentro de su objeto social, la realización de distintas operaciones comerciales, tanto en materia de telefonía convencional y celular, como en la construcción de bienes muebles e inmuebles, su decoración y diseño, entre otros aspectos.

A su vez, el dictamen pericial –con sus correspondientes aclaraciones y complementaciones-, también incide en el análisis del pacto de exclusividad entre las partes.

Al respecto, COMCEL le había solicitado a la perito que señalara si, en la contabilidad de CELLULAR PHONE, se habían registrado egresos por concepto de la adquisición de mercancías a terceros distintos de COMCEL. En el dictamen, se estableció que ello no ocurrió, pero también se afirmó que “(...) de acuerdo con la contabilidad se encontró que si (SIC) vendieron productos diferentes a los de COMCEL, tales como alfombras, persianas, instalaciones y pisos.”⁶⁸ Con base en ello, COMCEL solicitó aclaración y complementación, en este punto, de manera que la perito indicase en qué años se hicieron las ventas de estos bienes, cuáles fueron los valores facturados y cuál fue su porcentaje respecto del total de ingresos operacionales. Sobre el particular, el escrito de aclaraciones y complementaciones señala que, entre los años dos mil cinco (2005) y dos mil nueve (2009), se comercializaron estos productos. Y, en relación con su porcentaje respecto del total de ingresos operacionales, se precisa que en todos esos años el porcentaje fue inferior al uno por ciento (1%) de los ingresos operacionales, mientras que en el año dos mil ocho (2008) el porcentaje fue de uno punto treinta y siete por ciento (1.37%).

De este modo, para el Tribunal es claro que efectivamente había previsiones contractuales que le impedían, a CELLULAR PHONE, por regla general, comercializar productos o servicios de cualesquiera terceros. No obstante, la realidad indica que CELLULAR PHONE sí comercializó otro tipo de productos, durante la vigencia contractual, aun cuando su incidencia en la operación y sus respectivos ingresos fue mínima.

1.2 Incidencia en las pretensiones y excepciones de la demanda y de la demanda de reconvencción

⁶⁸ Dictamen Pericial, p. 104.

En atención a todas las consideraciones, contenidas en este acápite 1, el Tribunal aborda la procedencia o no de las respectivas pretensiones y excepciones de las partes, como se observa a continuación⁶⁹:

1.2.1 Respetto de la demanda de CELLULAR PHONE

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes pretensiones formuladas por CELLULAR PHONE, así:

A. Declarativas - Naturaleza y Ejecución del Contrato- Capítulo 1

*“1. Que se declare que entre **COMCEL**, como agenciado, y **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.**, como agente, se celebró y ejecutó un contrato típico de **Agencia Comercial**, para promover y ejecutar la venta de los servicios de telefonía móvil celular para transmisión de voz y de datos de la red de **COMCEL** y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.”*

Prospera la pretensión, en el entendido de que el Tribunal declara la existencia del contrato de agencia comercial referente a la promoción y ejecución de la venta de los servicios de telefonía móvil celular para transmisión de voz de la red de COMCEL, y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.

*“3. Que se declare que **COMCEL**, como predisponente, fue quien diseñó, redactó y elaboró unilateralmente las cláusulas de los contratos que dieron origen a la relación de agencia comercial, que vinculó a las partes.*

Prospera la pretensión.

*“4. Que se declare que la relación contractual de agencia comercial existente entre **CELLULAR PHONE** y **COMCEL** estuvo regida por los siguientes contratos:*

A. Contrato de fecha 1 de noviembre de 1997, suscrito entre **COMCEL y **CELLULAR PHONE**.**

B. Contrato de fecha 20 de abril de 1999, suscrito entre **COMCEL S.A. y **CELLULAR PHONE**.”**

Prospera la pretensión.

*“5. Que se declare que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 31 de mayo de 2.011, fecha en que **CELLULAR PHONE** dio por terminada la relación contractual*

⁶⁹ En su escrito de reforma de la demanda, CELLULAR PHONE cometió un error de numeración en relación con los distintos capítulos o secciones de sus pretensiones declarativas, contenidas en el acápite A de dicho escrito. En particular, pasó del Capítulo IV Terminación unilateral del contrato por justa causa al Capítulo VI La nulidad de las cláusulas abusivas, sin incluir un Capítulo V. El Tribunal, al pronunciarse sobre las pretensiones, toma la misma numeración expresada por CELLULAR PHONE en su escrito.

*existente, de manera unilateral y por una **JUSTA CAUSA** imputable a **COMCEL.**”*

Prospera la pretensión, en cuanto a que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). La prosperidad de esta pretensión respecto de si CELLULAR PHONE dio por terminada la relación contractual existente y lo hizo por justa causa imputable a COMCEL, se decide en el acápite posterior del laudo, dedicado a la terminación del contrato.

*“6. Se declare que en virtud de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato, para **CELLULAR PHONE, COMCEL** era la única empresa operadora del servicio de telefonía móvil celular, a la cual podía prestar sus servicios para realizar la labor de promoción y comercialización de los bienes productos y servicios que **COMCEL** presta en virtud del contrato de concesión celebrado con el estado.”*

Prospera la pretensión.

*“7. Como consecuencia de la anterior declaración, se declare, igualmente, que los ingresos operacionales de **CELLULAR PHONE** provinieron exclusivamente de la ejecución del contrato con **COMCEL.**”*

No prospera la pretensión.

*“9. Que se declare que **COMCEL**, tal como lo disponen los textos de los contratos, fue quien determinó las condiciones de selección de los clientes y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos. (Manual de Procedimientos y las cláusulas 7.4 y 7.5 de los contratos)”*

Prospera la pretensión.

*“10. Que se declare que **CELLULAR PHONE** no fue parte en los contratos de servicios de comunicaciones que **COMCEL** celebró con sus suscriptores o abonados, conforme se estipuló en la cláusula 7.5, 1.11., 1.13 y 1.16 de los contratos a que se refiere esta demanda.”*

Prospera la pretensión.

*“11. Que se declare que por el vínculo directo entre **COMCEL** y el abonado o usuario de la prestación del servicio de telefonía móvil celular (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 o abonado.”*

Esta pretensión tiene un contenido genérico que conviene precisar. Para el Tribunal, prospera la pretensión en el entendido de que COMCEL es el titular de la prestación del servicio de telefonía móvil celular a los abonados, y que

CELLULAR PHONE actuó por cuenta de COMCEL. No prosperaría si se interpretase que, debido al vínculo directo entre COMCEL y los abonados, CELLULAR PHONE se desentendiese de los compromisos que tiene como agente comercial de COMCEL frente a dichos abonados. Igualmente, el Tribunal precisa que no tiene competencia frente a los contratos de prestación del servicio de telefonía móvil celular, sobre los cuales no se pronuncia.

A. Declarativas - Vigencia y Prórroga del Contrato – Capítulo II

“12. Que se declare que la vigencia de la relación contractual existente entre las partes desde el 1 de noviembre de 1997 y regida últimamente por el contrato de 20 de abril de 1999, se prorrogó automática y sucesivamente, en las mismas condiciones y por el mismo término de 3 años pactado en dicho contrato, así: Término inicial: Del 20 de abril de 1999, al 19 de abril de 2.002; primera prórroga: Del 20 de abril de 2002, al 19 de abril de 2005; segunda prórroga: Del 20 de abril de 2005, al 19 de abril de 2008; tercera prórroga: del 20 de abril de 2008, al 19 de abril de 2011; y la cuarta prórroga: del 20 de abril de 2011, al 19 de abril de 2014.”

Prospera parcialmente la pretensión, esto es, en cuanto a que el contrato inició el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y se rigió últimamente por el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). No prospera en cuanto a la manera como la parte convocante califica o estima las prórrogas a partir del veinte (20) de abril de dos mil dos (2002), por las razones expuestas por el Tribunal.

“13. Que, como consecuencia del reconocimiento anterior, se declare que la vigencia de la relación contractual de agencia comercial existente entre las partes, se extendía hasta el 19 de abril de 2014.”

No prospera la pretensión.

“14. En subsidio de la pretensión anterior, solicito que el Tribunal fije la fecha hasta la cual se extendió la vigencia de la relación contractual.”

Prospera la pretensión. La vigencia de la relación contractual se extendió hasta el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), por las razones expuestas por el Tribunal.

A. Declarativas - Nulidad de las cláusulas abusivas – Capítulo VI

*“32. Que se declare que en virtud de la exclusividad pactada contractualmente, **CELLULAR PHONE** no podía prestar a persona distinta de **COMCEL** los servicios relacionados con las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y servicios de posventa.”*

Prospera la pretensión.

B. De Condena – Cesantía Comercial – Capítulo I

“42 (inciso primero). *Que se condene a **COMCEL** a reconocer y pagar en favor de **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.**, el monto de la prestación derivada del inciso 1º del Art. 1324 del Co. de Co., por todo el período de duración de la relación contractual, esto es desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato; o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual..”*

Por lo evacuado hasta ahora, prospera parcialmente la pretensión en este inciso primero. Al respecto, no prospera en lo que atañe a la expresión “al 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato”. Prospera en cuanto a la expresión “o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual..” Sobre esto último, el Tribunal ha establecido la extensión de la relación contractual hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). La prosperidad del contenido restante de este inciso primero de la pretensión 42 y, del resto del contenido de dicha pretensión, se define en un acápite posterior del laudo.

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes excepciones, planteadas por COMCEL, así:

“4. Inexistencia del contrato de agencia comercial”

No prospera la excepción, por las razones expuestas por el Tribunal. En el caso concreto, hubo un contrato de agencia comercial entre las partes, el cual tuvo lugar, de manera continua e ininterrumpida, entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), es decir, por trece (13) años y siete (7) meses.

“10. Contravención de los propios actos por parte de CELLULAR PHONE EXPRESS – Venire contra factum proprium non valet”

No prospera la excepción, respecto de las pretensiones aplicables a los asuntos tratados por el Tribunal en el acápite 1 de consideraciones del laudo, referente a la existencia, calificación jurídica integral y extensión del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL⁷⁰.

La prosperidad de esta excepción, respecto de las pretensiones aplicables a los asuntos tratados por el Tribunal en acápites posteriores, será decidida por el Tribunal en estos últimos. Así, el Tribunal volverá sobre la explicación de los alcances de esta excepción, dada por la parte convocada en su contestación así: “Como se demostrará, CELLULAR PHONE Express ejerció de forma

⁷⁰ Como se explicó, en sus alegatos de conclusión COMCEL sostuvo que CELLULAR PHONE había actuado contra sus propios actos al haber desconocido, según la convocada, la naturaleza del contrato que las partes habían pactado.

inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse. Con la presente demanda, y con las afirmaciones en ella realizadas, CELLULAR PHONE Express busca irse en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado por el Tribunal, so pena de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.”

1.2.2 Respecto de la demanda de reconvención de COMCEL

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes pretensiones, formuladas por COMCEL en su demanda de reconvención, así:

“PRIMERA. Que se declare que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió para con COMCEL S.A. en virtud del Contrato de Distribución que se instrumentó en los contratos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) y cuatro (4) de septiembre de dos mil seis (2006).”

Por lo evacuado hasta ahora, no prospera la pretensión, en lo que atañe específicamente a la calificación del contrato como un contrato de distribución, pues se trató de un contrato de agencia comercial que, para los efectos de este proceso arbitral, se instrumentó en los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). En todo lo demás, la prosperidad de la pretensión se decide en un acápite posterior del laudo.

Las excepciones formuladas por CELLULAR PHONE no aplican frente al presente acápite de existencia, calificación jurídica integral y extensión del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL. Serán entonces analizadas adelante en el laudo.

2. Análisis de las conductas, estipulaciones y previsiones contractuales

A continuación, el Tribunal abordará lo referente al abuso contractual, invocado por CELLULAR PHONE a todo lo largo de su demanda. Posteriormente, se ocupará de los incumplimientos que las partes se atribuyen entre sí.

2.1 Abuso contractual

La más saliente y frecuente manifestación del abuso del derecho en el ámbito de la responsabilidad contractual o concreta se da en las cláusulas abusivas. Y

éstas en general tienen su escenario más propicio en los contratos predispuestos o por adhesión, en los cuales lo usual es que el contratante que no participó en la redacción o preparación del texto contractual tenga ante sí, *ab initio*, la alternativa de aceptar el texto con todas sus previsiones y reglas, o no perfeccionar el contrato. Raramente caben discusiones o reformas de los textos predispuestos y por ello en la mayoría de los casos es la necesidad personal o institucional la que define la celebración del contrato. Si a esta circunstancia se agrega una situación de posición dominante del contratante que predispone el texto, los elementos del abuso, si lo hubiere, pueden delinearse con mayor facilidad.

Christian Larroumet dice que esta forma de abuso se plantea “(...) cuando una de las partes, que está en posición ventajosa en un contrato que es de adhesión, ha estipulado, ya sea obligaciones muy gravosas a cargo de la otra, ya sea derechos en su favor que no se pueden equiparar con los que se asignan a la otra parte. En estas circunstancias se habla de cláusulas abusivas.”⁷¹ La noción de cláusula abusiva, por demás, también opera en contratos no adhesivos⁷².

La doctrina contemporánea y numerosas expresiones de la jurisprudencia han trazado líneas bastante definidas sobre la naturaleza de las cláusulas abusivas, con base en las cuales el Tribunal considera como abusiva, para el caso *sub judice*, la cláusula que es redactada e impuesta por uno solo de los contratantes y que implica significativo e injustificado desequilibrio y/o desconoce normas o principios jurídicos de general aceptación⁷³.

Formas frecuentes de cláusulas abusivas serían, entre otras, fijar unilateralmente el precio de un contrato sin criterios ligados a las circunstancias objetivas; aligerar la responsabilidad de la parte dominante en el contrato o agravar o acentuar la responsabilidad del adherente; evitar las consecuencias que se desprenden de la reciprocidad de obligaciones; limitar cualquier derecho de la parte que se adhiere al contrato; establecer la renuncia anticipada del adherente a cualquier derecho concedido por el contrato; y establecer la posibilidad en cabeza de la parte que redacta el contrato, de modificar sus obligaciones por motivos que sólo sean de su interés.

Uno de los aspectos más importantes de las cláusulas abusivas, que el Tribunal estima necesario precisar desde ahora, es el efecto o la sanción que las mismas pueden tener, tanto miradas desde el punto de vista de su

⁷¹ *Teoría General del Contrato*. V.I. Editorial Temis, 1993, pp. 310 y ss

⁷² Jorge Suescún. *Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Tomo II. Legis y Ediciones Uniandes. Bogotá, 2003, pp. 193 y 210. Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil, sentencia del 2 de febrero de 2001.

⁷³ Se ilustra muy bien el punto en recientes obras que recogen doctrina nacional y extranjera, en particular las de Ernesto Rengifo García (*El Abuso del Derecho en Derecho de las Obligaciones Tomo II Vol I*, Universidad de la Andes. Bogotá, 2010), Yolima Prada Márquez (*De las Cláusulas Abusivas en Realidades y Tendencias del Derecho en el Siglo XXI*. Tomo IV. Pontificia Universidad Javeriana y Editorial Temis. Bogotá, 2010) o la de Camilo Andrés Rodríguez Yong (*Una Aproximación a las Cláusulas Abusivas*. Universidad del Rosario y Legis. Bogotá, 2013).

redacción, aún sin que hayan sido ejecutadas, como ya cumplidas y realizados los efectos perseguidos con ellas.

El control jurisdiccional frente a una cláusula abusiva, como es el que cumple el Tribunal en el presente proceso, se contrae primeramente al análisis detenido de sus elementos y del propósito que las inspiró, y luego, si de tal análisis surge nítido el abuso, a declarar su ineficacia o su nulidad, y las indemnizaciones a que haya lugar.

El Tribunal declarará la ineficacia de una cláusula -y con mayor razón la ineficacia de pleno derecho- siempre que esta sanción esté expresamente prevista por la Ley para el tema en concreto pues no de otro modo cabría este género de sanción dado que normalmente conlleva la inexistencia y solo una norma con fuerza de ley puede imponerla; o declarará la nulidad absoluta en cuanto la cláusula abusiva viole o desconozca tanto el artículo 95 de la Constitución Política que impone a toda persona “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” como el artículo 871 del Código de Comercio que prevé que “los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”. Dentro de la noción general de cláusula abusiva, también cabrán aquellas previsiones contractuales que violen normas imperativas de rango constitucional y legal.

Eventualmente podría declararse la nulidad relativa en casos que impliquen vicios del consentimiento, o lesión, o un acuerdo para pretermitir u omitir reglas o formalidades exigidas en razón de la calidad de las partes. Menos probable buscar una declaración de inoponibilidad, cuando, por ejemplo, la cláusula prohíbe o impide la inscripción obligatoria de un acto o un documento en un registro público. Sin embargo, en suma, y ya con referencia al contrato de agencia entre CELLULAR PHONE y COMCEL, las sanciones que se pretenden por la convocante giran en general, de acuerdo con las estipulaciones contractuales, alrededor de la nulidad absoluta.

2.1.1 Contratos objeto del presente proceso

Como está claramente acreditado, COMCEL preparó el clausulado del llamado Contrato de Distribución – Centro de Ventas y Servicios, celebrado entre dicha firma y CELLULAR PHONE el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), así como el celebrado entre las mismas partes el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Además, por su importancia en el sector de la telefonía celular, por el volumen de sus operaciones, la amplia difusión de sus servicios en todo el territorio nacional y las numerosas atribuciones que se reservó en los contratos, la mayoría de las cuales consonantes con la especialidad técnica de sus servicios, COMCEL tuvo desde el principio de su relación contractual con CELLULAR PHONE una clara posición dominante. No es necesario ahondar en esta ostensible situación.

2.1.2 Cláusulas abusivas en los contratos objeto del proceso

En el Capítulo VI de sus pretensiones de condena (según el orden que trae sería Capítulo V), que denomina La Nulidad de Cláusulas Abusivas, la convocante solicita diferentes declaraciones y la nulidad de varias cláusulas de los contratos mencionados y sus anexos. Pero no solo lo hace en ese capítulo; también en otros sobre diversos temas, por lo cual adelante se mencionan buscando agruparlas dentro de este marco de las cláusulas abusivas.

Antes sin embargo conviene una mención a la excepción muy amplia que la demandada propone en relación con estas cláusulas. Dice en su escrito de contestación que ninguna de las cláusulas cuestionadas por el demandante reúne las condiciones que se exigen para considerar abusiva una estipulación, cuales son que sea impuesta a una de las partes, que genere un desequilibrio contractual y que esa situación constituya una violación a la buena fe negocial o al deber de lealtad y probidad que se deben las partes. Por otra parte anota que *la abusividad de una estipulación debe analizarse bajo la óptica de las relaciones comerciales a la que nos enfrentamos actualmente, en las que los distribuidores son comerciantes con experiencia que no pueden escudarse bajo nociones que le son propias y predicables a los consumidores*”, y que de todos modos en el caso concreto nada impedía a CELLULAR PHONE pronunciarse sobre los contratos, ni se encontraba satisfaciendo una necesidad indispensable, familiar o personal, ni estaba siendo presionada por parte de COMCEL para celebrar el negocio.

En términos teóricos no es difícil compartir la opinión de la convocada. Pero el examen que corresponde al Tribunal debe descender al desarrollo concreto, en la práctica diaria, de la ejecución de los contratos. Es lo que hace a lo largo del laudo, fundado en las pruebas, y es lo que lo lleva a desestimar, en general, los planteamientos constitutivos de la excepción. Como se va explicando a lo largo de la tarea de despachar cada una de las pretensiones, hubo abusos en algunas cláusulas o en los desarrollos prácticos del contrato; además los contratos y la mayoría de documentos, declaraciones, renunciaciones o compromisos escritos derivados de los mismos fueron predispuestos por COMCEL, y en los casos en que el Tribunal encontró mérito para declararlo, lesionaron el equilibrio y la buena fe contractuales. Por supuesto CELLULAR PHONE pudo no haber celebrado los contratos, y si lo hizo fue ante todo por una expectativa empresarial, como bien lo anota el demandado; pero esa disyuntiva de celebrar el contrato, desde luego en forma voluntaria porque se trata de un acto jurídico, y aceptar de antemano todas las consecuencias, incluyendo actuaciones abusivas en su contra, o no celebrarlo, no es la que ubica bien el asunto. Igual podría decirse de todos los contratos, civiles, comerciales, administrativos, laborales, y nada se habría agregado en términos de análisis jurisdiccional. De lo que se trata es de examinar si en los contratos celebrados -por particulares, consumidores, expertos comerciantes, entidades públicas, en fin- hay abusos, o lesiones a la buena fe negocial, y de haberlas, determinar las necesarias rectificaciones o indemnizaciones.

Para mayor facilidad en el estudio de las diferentes pretensiones referentes al abuso, el Tribunal seguirá la numeración y secuencia utilizadas por el demandante, así:

“32. Que se declare que en virtud de la exclusividad pactada contractualmente, CELLULAR PHONE no podía prestar a persona distinta de COMCEL los servicios relacionados con las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y servicios de posventa.”

Por las razones expuestas en el acápite 1 del laudo, esta pretensión prospera. En todo caso, el Tribunal considera que este tipo de previsión es apenas usual y razonable en sistema de distribución, como lo es el contrato de agencia comercial.

“33. Que se declare que COMCEL tenía una posición de dominio contractual frente a CELLULAR PHONE como agente, en las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y la prestación de servicios de posventa.”

Con lo expuesto hasta ahora en esta providencia, y la ostensible posición dominante en el mercado de COMCEL, no se necesita consideración nueva para concluir que prospera esta pretensión.

“34. Que se declare, en aplicación de los Arts. 95 e inciso final del Art. 333 de la Constitución Política; 15, 16, 1603 y 2536 del Código Civil; 830 y 871 del C. de Co., que COMCEL incurrió en abuso contractual, tanto en la celebración de los contratos de Agencia Comercial, a que se refiere esta demanda, como en la ejecución de los mismos.”

En la forma tan general planteada, la pretensión no puede despacharse sin una previa interpretación. De la celebración propiamente dicha del contrato no puede predicarse abuso alguno. Algunas cláusulas son abusivas; otras no lo son. Igual puede decirse de la ejecución del contrato: habrá actuaciones abusivas, otras no lo serán. El Tribunal enmarca su función jurisdiccional dentro de la precisión que requiere cada *petitum*, y en los términos de la ley procesal funda cada una de sus decisiones en las pruebas regular y oportunamente allegadas al proceso. La pretensión prospera si se interpreta, como lo hace el Tribunal, en el sentido de que hubo abusos en algunas cláusulas y en algunas actuaciones a lo largo de la ejecución del contrato: las que se definen en tal sentido en el presente Laudo.

“35. Que se declare que los contratos que dieron lugar a la agencia mercantil que vinculó a las partes, fueron por adhesión.”

COMCEL, en sus alegatos de conclusión, sostuvo que CELLULAR PHONE – con base en el testimonio del señor Mario Arenas, su fundador- *“(…) sí tuvo la oportunidad de informarse y de conocer previamente la totalidad de las cláusulas contenidas en los contratos de distribución que celebró libremente y*

sin reparo alguno con COMCEL, desde hace más de trece (13) años, sin que durante dicho lapso hubiera manifestado inconformidad alguna sobre su naturaleza jurídica, contenido y alcance.”⁷⁴

Para el Tribunal, sí está acreditado que CELLULAR PHONE tuvo la oportunidad de conocer y revisar el contenido del contrato predispuerto por COMCEL. Ello sólo serviría para deducir la ausencia de un vicio de consentimiento para contratar. Sin embargo, el carácter adhesivo del contrato se da por otras circunstancias: la posición de dominio de COMCEL; la predisposición del contenido contractual por COMCEL, según su voluntad de reglamentar el funcionamiento de su red de distribución en sentido amplio; y la correlativa dificultad para que CELLULAR PHONE ajustara los términos del negocio, pese al conocimiento de que éstos tuviese desde el inicio de la relación comercial; entre otros asuntos.

Obran numerosas evidencias en el proceso en el sentido pretendido, en las que no sería necesario ahondar.

Así, por ejemplo, el señor Mario Arenas también sostuvo lo siguiente en su testimonio cuando se le preguntó sobre las circunstancias aplicables a la negociación del contrato:

“DR. CEDIEL: Ese contrato ustedes lo discutieron, hubo reuniones para discutir ese contrato?”

SR. ARENAS: No, en eso sí Peter nunca habló sobre ese tema y nos mandaba era con los gerentes comerciales, cuando yo conocí el contrato tuvimos muchas observaciones qué hacerle, pero la respuesta de ellos es que eso no tenía variación que se firmaba así, yo hablé con los amigos de Electrophone y les dije esto? Me dijeron no, a nosotros también nos tocó firmarlo así, ellos no aceptan ninguna modificación al contrato.”

Basta memorar, por último, las afirmaciones del apoderado de COMCEL en su alegato conclusivo según las cuales CELLULAR PHONE tuvo “...la oportunidad de leer el texto del contrato propuesto por COMCEL...” (página 23 del Alegato), y “... si bien es cierto que el contrato que le fuera propuesto fue elaborado por COMCEL, no lo es menos ...” (página 36 del Alegato). Prospera esta pretensión.

“36. *Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que las cláusulas ambiguas u oscuras que existan en los contratos, se interpretan en contra del predisponente, conforme a los criterios establecidos en el Art. 1624 del C.C., aplicable por remisión directa del art. 822 del Co. de Co. y numeral 1º del art. 95 de la C.P. e inciso final del art. 333 ibídem.”*

Esta es otra pretensión genérica que conviene precisar. Allí se plantea un conocido principio de interpretación, aunque conviene recordar la parte final del artículo 1624 del Código Civil: “Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se

⁷⁴ Alegatos de Conclusión de COMCEL, p. 23.

interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”. Prospera la pretensión, en el entendido de que la interpretación, contra la parte predisponente, opera si la ambigüedad de las cláusulas proviene de la falta de una explicación que haya debido darse por dicha parte predisponente, y sin perjuicio del ejercicio hermenéutico que efectúa el Tribunal.

“37. Que por el hecho de haber incurrido COMCEL en abuso contractual, tanto en la celebración de los contratos de Agencia Comercial, como en la ejecución de los mismos, se declare la nulidad absoluta o, subsidiariamente, la invalidez o la ineficacia de las cláusulas que se indican a continuación y que forman parte del vínculo contractual entre COMCEL y CELLULAR PHONE, integrado por todos los contratos que se indican en las pretensiones anteriores, y de todas aquellas cláusulas que con el mismo texto se repitieron en los contratos subsiguientes, adendas, otrosi, 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.”

Prospera esta pretensión, en el obvio sentido de que hay petición concreta de nulidad y el Tribunal, en razón de las pruebas y sus propios razonamientos, así lo determine en función de las cláusulas o previsiones contractuales indicadas por la convocante.

“38. Las cláusulas que deben anularse, declararse inválidas o ineficaces, son las siguientes, sin perjuicio de que el Tribunal anule, invalide o declare ineficaces las que sean consecuencia directa o indirecta de éstas, de conformidad con lo solicitado:

38.1. Naturaleza del vínculo contractual:

Cláusula No. 4 numeral 4.1 del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 4 del Contrato del 20 de abril de 1999, en lo referente a la naturaleza de la relación contractual y se establece que el vínculo contractual sostenido entre las partes no constituye agencia comercial.”

En lo señalado como abusivo por la convocante, los textos de estas dos cláusulas son los siguientes:

Cláusula 4.1 del contrato de 1 de noviembre de 1997: *“EL CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS reconoce y acepta expresamente que: 4.1 este Contrato no lo constituye en Agente de COMCEL”*

Cláusula 4 del contrato del 20 de abril de 1999: *“4. Naturaleza y Relaciones entre las Partes. El presente Contrato es de distribución. Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en el desarrollo de las actividades a que se*

obliga EL DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por COMCEL según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni representante ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresa e instalaciones son de propiedad de COMCEL, que es asociado o tiene una relación con ésta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y las condiciones establecidas en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas.”

Esencialmente estos textos reiteran la manifestación de que el contrato no es de agencia comercial sino de distribución, tema al cual se refiere en detalle la primera parte de estas Consideraciones y no es necesario ahora repasar.

Sin embargo contienen dos manifestaciones que resultan excesivas a juicio del Tribunal: la primera que *“nada en este contrato (...) implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga EL DISTRIBUIDOR”*; y la segunda que el agente *“no podrá (...) hacer (...) declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al servicio (...) ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante, ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades”*.

En efecto, excluir absolutamente, con la enfática expresión *nada en este contrato implica responsabilidad*, toda forma de compromiso o deuda de COMCEL en el desarrollo de un contrato que por su naturaleza y condiciones supone estrecha relación entre agente y agenciado, más cuando lo que ofrece y formaliza el agente con los terceros clientes es la activación de telefonía móvil, servicio que solamente COMCEL como concesionario del Estado puede prestar, es desconocer la finalidad misma del contrato. La insistencia en rechazar el contrato-realidad no puede llevar a desconocer que “las actividades a que se obliga el DISTRIBUIDOR” en el curso de la ejecución contractual y las ofertas que por cuenta de COMCEL formula a su cliente, y las condiciones de la contratación del servicio, y los costos del mismo, conllevan la obvia vinculación del agenciado y su consiguiente responsabilidad. Responderá desde luego solo si su conducta revela un proceder culposo o doloso, pero esta condición, inseparable y esencial en la responsabilidad civil, es bien diferente de la exclusión absoluta que indica el texto *“nada en este contrato (...) implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por COMCEL”*- que no puede tener cabida, se insiste, tratándose de un contrato que genera vínculos muy estrechos, y deberes y derechos entre las dos partes tanto en la ejecución de las obligaciones propias del agente como en las propias del agenciado, y por supuesto vínculos, derechos, y obligaciones

entre estas empresas y sus clientes. Una exclusión tan absoluta de responsabilidad de una sola de las partes, que cubre por tanto la exclusión del dolo y la culpa grave⁷⁵, es abusiva y puede lesionar a la otra parte, y aún a terceros.

La otra expresión excesiva es la que prohíbe al agente hacer “*declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al servicio (...) ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante, ni podrá comprometer a COMCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades*”. De nuevo el afán de desvirtuar el contrato-realidad movió a la parte predisponente a plantear una situación que si se hubiera observado al pie de la letra habría paralizado el contrato. ¿Cómo podría imaginarse este contrato si CELLULAR PHONE no hubiera podido presentarse como un representante, o un agente, o un mandatario -que lo es, en tanto la agencia es una especie de mandato- de COMCEL? ¿Qué podría haber ofrecido en telefonía celular sin mencionar a COMCEL como la firma por cuya cuenta actuaba? ¿Cómo podría saberse cuando hay -o mejor, cuando no hay- afirmaciones implícitas con respecto al servicio sin anunciar o mencionar a COMCEL?

En suma, prospera esta pretensión 38.1, referente a las cláusulas 4, numeral 4.1 del contrato del 1 de noviembre de 1997 y 4 del contrato del 20 de abril de 1999, como declaración de nulidad de las expresiones que se acaban de puntualizar como excesivas. En cuanto a la sola calificación del negocio como un contrato de distribución y no de agencia, el Tribunal considera que una cosa es la verdadera calificación jurídica del contrato –se trató de una agencia comercial- y otra es el objeto de la pretensión, consistente en la nulidad, invalidez o ineficacia de dicha calificación jurídica. Éstas son sanciones jurídicas inaplicables, en principio, a circunstancias como esta, que denotan yerros conceptuales en la elaboración de un texto contractual.

“38.2. Aceptación anticipada de un tercero.

Cláusula 7.22 del Contrato de 20 de abril de 1999, que impone una condición imposible al agente en cuanto lo obliga a obtener de sus eventuales arrendadores, que son terceros en el contrato de agencia comercial, la aceptación anticipada de la cesión de los respectivos contratos de arrendamiento a favor de COMCEL o la obligación de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento con COMCEL.

Importa destacar que la presente cláusula fue tácitamente derogada por el predisponente del contrato, dado que todos y cada uno de los contratos de arrendamiento firmados por CELLULAR PHONE con los respectivos arrendadores, careciendo de esta obligación a cargo del arrendador, fueron admitidos y aprobados por COMCEL.”

El texto de la cláusula 7.22 citada es el siguiente:

⁷⁵ Esta circunstancia, por demás, está prohibida por la Ley: artículo 1522 del Código Civil.

“7.22 EL DISTRIBUIDOR, se obliga a abrir al público todos sus establecimientos, dentro de un horario mínimo que fijará COMCEL y se obliga a ajustarlo según las determinaciones que COMCEL le haga sobre el particular.

Siempre que EL DISTRIBUIDOR, tome un inmueble, local, establecimiento o punto de venta en arrendamiento o abra en éstos un centro o punto de venta, propio o ajeno, pactará en el contrato respectivo con el ARRENDADOR, una cláusula en virtud de la cual, a la terminación por cualquier causa de este contrato de DISTRIBUCION, COMCEL podrá continuar con el arrendamiento o celebrar directamente con el ARRENDADOR un nuevo contrato, sin que en tales casos y en los de terminación del arrendamiento o en los de restitución de tenencia por cualquier causa, deba reconocer suma alguna de dinero por ningún concepto al DISTRIBUIDOR, en particular por comisiones, residuales de los abonados que hubiere obtenido, primas etc., las cuales caducan o cesan ni se asuma responsabilidad de COMCEL respecto de cánones, servicios, cuotas de administración y demás causados hasta dicho instante, que en todo caso, COMCEL con cargo a los réditos que resulten a favor del DISTRIBUIDOR podrá cancelar en nombre y por cuenta de éste”.

En su demanda la convocante hace la expresa salvedad de que esta cláusula fue tácitamente derogada por COMCEL en cuanto “todos y cada uno de los contratos de arrendamiento firmados por CELLULAR PHONE con los respectivos arrendadores, careciendo de esta obligación a cargo del arrendador, fueron admitidos y aprobados por COMCEL”. Pero por encima de esta consideración el Tribunal estima que la cláusula no entraña abuso. Se trata, primero, de una previsión sobre horario de atención al público que es razonable conforme al espíritu de la agencia comercial o de cualquier otra asociación que implique obrar una parte por cuenta de la otra, y en especial de la que se analiza en el presente proceso porque procura que el nombre y las características de los productos y servicios de COMCEL puedan ser expuestos, atendidos y promocionados de manera uniforme en todos los establecimientos de sus agentes. No ve el Tribunal exceso en esta previsión.

Tampoco configura exceso o abuso la obligación a cargo de CELLULAR PHONE de pactar con el arrendador de los locales que utilice para cumplir su actividad que a la terminación por cualquier causa de su contrato con COMCEL, el arrendamiento continuará con COMCEL como arrendatario. Es una exigencia inspirada en la conveniencia de mantener sin cambios sorpresivos o abruptos -porque puede ser abrupta la terminación del contrato de agencia, como en la realidad lo fue- el lugar de sus ventas y de atención de su clientela. No será siempre sencillo que los arrendadores acepten la cláusula pero en términos generales, estima el Tribunal, una firma como COMCEL despertará buena acogida como inquilino de inmuebles. Por lo demás cláusulas con esta reserva son usuales en negocios que tengan una marca y un servicio caracterizado y deseen preservar los lugares de atención de su clientela, y los agentes o distribuidores.

Y la parte final de la cláusula, que si bien luce muy exigente y perentoria, para el Tribunal tampoco implica abuso. Es la consecuencia de la terminación del

contrato, momento a partir del cual cesan los servicios del agente y consiguientemente el pago de comisiones, residuales, primas y demás cargos y remuneraciones derivadas del contrato, y se deslinda la responsabilidad por los cánones de arrendamiento, cuotas de administración y demás costos inherentes al inmueble, que son del agente hasta el momento de la terminación y por los cuales COMCEL en forma expresa no asume ninguna responsabilidad.

Por lo expuesto no prospera esta pretensión, marcada con el número 38.2 de la demanda.

“38.3. Obligación de mantener indemne a COMCEL:

Cláusula No. 12 de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que CELLULAR PHONE indemnizará y mantendrá indemne a COMCEL por toda acción, daños, perjuicios y reclamos que surjan del desarrollo del contrato o como consecuencia del incumplimiento del mismo.”

La cláusula 12 de los contratos dice así:

“12. Indemnización

EL DISTRIBUIDOR indemnizará y mantendrá indemne a COMCEL contra todo reclamo, acción daños y perjuicios (incluyendo, sin limitar la generalidad de lo anterior, honorarios y costos legales razonables) de cualquier clase o naturaleza que surjan como resultado del normal desarrollo del presente contrato, o como consecuencia directa o indirecta del incumplimiento o violación de cualquiera de los términos u obligaciones de este Contrato.”

De entrada se aprecia la inconsistencia de la cláusula en cuanto se refiere a reclamos o daños que surjan como resultado del “normal desarrollo” y a la par “del incumplimiento o violación” de cualquiera de los términos u obligaciones del contrato, sin distinguir si la imputabilidad es del agente o del agenciado. En otros términos, se trataría de indemnizar y mantener indemne a COMCEL por cualquier reclamo, ocasionado por el desarrollo normal o anormal del contrato, y aún por reclamos que provengan por actuaciones que se hubieren realizado con culpa grave o dolo de COMCEL, y ello en razón de que no hace ninguna salvedad y en el desarrollo de un contrato de agencia ocurren con frecuencia actuaciones que comprometen a las dos partes.

La predispuesta manifestación contractual de indemnizar y mantener indemne a COMCEL de todas maneras, sea cual sea el origen del reclamo, aún si del reclamo es imputable COMCEL, es abusiva y desproporcionada, y origina la declaración de su nulidad, como lo hará el Tribunal.

Por consiguiente prospera la pretensión señalada con el número 38.3 de la demanda reformada de la convocante.

“38.4. Renuncia a derechos por parte de CELLULAR PHONE:

Cláusula No. 14, inciso tercero, del Contrato de 1 de noviembre de 1997; en cuanto contienen renunciaciones a derechos que la ley consagra a favor de CELLULAR PHONE, como el derecho a percibir las retribuciones e indemnizaciones previstas en el artículo 1324 del Código Comercio. Cláusula 14, incisos quinto y sexto en su totalidad, del Contrato de 20 de abril de 1999, por cuanto: (i) El inciso quinto, de una parte, excluye la verdadera naturaleza del contrato y de la otra, impone a CELLULAR PHONE el pago de un 20% del promedio de la totalidad de los ingresos percibidos por concepto del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, su infraestructura y goodwill, más otro 20% de la suma resultante, en caso de que COMCEL resulte condenada al pago de las prestaciones o indemnizaciones derivadas de la agencia comercial y (ii) El inciso sexto fija la forma de la exigibilidad de tal obligación.”

Dice así el inciso tercero de la cláusula 14 citado:

14. Marcas

.....

“EL CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS (el Agente) reconoce que el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte de COMCEL de las ventas del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS y el acceso a la tecnología de COMCEL, tiene un impacto positivo directo y sustancial en sus ingresos. Por consiguiente, en pago de ello, el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS promete expresa e irrevocablemente que, una vez termine este Contrato por cualquiera 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 a que hace mención el Artículo 1324 del Código de Comercio de Colombia. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo, con la simple afirmación de COMCEL del incumplimiento de la misma por parte del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS, sin necesidad de requerimiento previo privado o judicial alguno”.

Esta cláusula podría calificarse de “cínica”, denominación usada por algunos autores⁷⁶. Y habría razón para ello. Porque no puede ser sino cínico “pagar” el cumplimiento de las obligaciones del contrato con la renuncia del agente “a cualquier derecho que le pueda otorgar la ley a su favor”. Las actuaciones por las cuales se exige el pago al agente en atención a que tienen “un impacto positivo directo y sustancial en sus ingresos” (que es, sin más, lo que él persigue con el contrato) son, propiamente hablando, obligaciones a cargo de COMCEL, o del agente, derivadas del propio contrato. Baste simplemente repetir la enumeración que trae la cláusula para confirmarlo: “el uso de las marcas comerciales de COMCEL (cláusula 14), la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad (cláusulas 7.18 y 8.1), la promoción por parte de COMCEL de las ventas (...), y el acceso a la tecnología de COMCEL

⁷⁶ Entre otros la tratadista Yolima Prada Márquez, *op. cit.*, pág 310.

(cláusulas 6.2, 6.5 y 7.11)”. De manera que si los contratantes cumplen esas obligaciones contractuales, como es su deber, el contratante CELLULAR PHONE queda obligado a renunciar a sus derechos, en particular el que le da el artículo 1324 del Código de Comercio. Y además de renunciar debe otorgarle a COMCEL el beneficio de hacer de esa renuncia un título ejecutivo, frente al cual, por si fuera poco, renuncia ahora a cualquier requerimiento privado o judicial.

Ahora bien, la cláusula mencionada, pese a denotar una notoria desproporción y abuso del derecho, no conlleva una renuncia directa, anticipada o automática, por parte de CELLULAR PHONE, a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio. Nótese que allí se establece el deber de renuncia “una vez termine este Contrato por cualquier causa”. Al terminarse el contrato, CELLULAR PHONE no renunció a dichas prestaciones. Por el contrario, las reclamó, como luego lo hizo y formalizó en el proceso arbitral.

La desproporción aplicable a la cláusula 14, inciso tercero, citada, también es extensiva a la cláusula 14, incisos quinto y sexto, del documento suscrito el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), donde se le obliga a CELLULAR PHONE a pagar una suma parecida a la prevista en el artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio, en la eventualidad de que el contrato sí fuese una agencia comercial.

No se requiere agregar más para concluir que la notoria desproporción y el abuso del derecho en esta cláusula predispuesta son ostensibles. Por ello el Tribunal declarará su nulidad absoluta.

Finalmente, el Tribunal verifica que CELLULAR PHONE no renunció allí a las prestaciones previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio. Y ello, como se corrobora y puntualiza adelante y en un acápite posterior del laudo, se refrenda por varias circunstancias: no hubo, como tal, una renuncia a dichas prestaciones; en relación con la primera de ellas, denominada cesantía comercial, se encontraba vigente la jurisprudencia que señalaba el carácter irrenunciable de dicha prestación⁷⁷; aún si se dijese que la prestación era renunciante, también se vio que una hipotética renuncia debería estar exenta de circunstancias de abuso contractual, requisito que el Tribunal no ha encontrado satisfecho; y, respecto de la denominada indemnización equitativa, su naturaleza de orden público ha sido inveterada e incuestionable en el régimen jurídico colombiano, razón por la cual tampoco habría sido viable su renuncia.

Prospera en consecuencia la pretensión distinguida con el número 38.4 de la demanda arbitral.

“38.5. Consagración de la “cláusula espejo” en contra del agente comercial:
Cláusula No. 16, numeral 16.4, del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 14, inciso quinto, del Contrato de 20 de abril de 1999, ya mencionada; en cuanto consagran estipulaciones que imponen al agente el

⁷⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 1980.

pago de sumas de dinero equivalentes o superiores a las que resultaría condenada COMCEL, en caso de que se determinara que el contrato suscrito y ejecutado fuera de AGENCIA COMERCIAL.”

Bajo la misma pretensión 38.4 de la demanda, se solicita la nulidad de los incisos quinto y sexto de la cláusula 14, cuyos textos son los siguientes:

“Por consiguiente, aun cuando las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en este tipo contractual, o también en el caso en que COMCEL deba reconocerle cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad. El DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de suma resultante.

Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento o reconvencción alguno al que se renuncia expresamente. Para efectos de la exigibilidad ejecutiva de esta prestación bastará: 1 el presente contrato; y 2 el Certificado expedido por el Revisor Fiscal de COMCEL en el que se certifique el monto equivalente a la vigésima parte del promedio de las comisiones recibidas por el distribuidor en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del mismo, o el promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años y al 20% de la suma resultante.”

Textos que guardan similitud con el transcrito se analizan en el apartado anterior y en el inmediatamente siguiente, respecto de los cuales se concluye, como en este, que constituyen cláusulas abusivas que originan su nulidad.

En efecto, es abusivo predisponer que si el contrato que unió a las partes llegare a ser de agencia comercial, como en efecto lo es por la expuesto en estas Consideraciones, y hay entonces lugar a la prestación establecida en el artículo 1324 del Código de Comercio, el agente queda obligado a pagar a COMCEL, en forma incondicional e irrevocable, por “el aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR COMCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad” una suma equivalente a la vigésima parte del promedio anual de los ingresos recibidos más un 20% de la suma resultante. Y es claramente abusivo porque este pago simplemente busca compensar la prestación del artículo

1324 citado y lo hace a través de una figura insólita, cual es la de pagar por el cumplimiento y desarrollo del contrato, como si en el mismo no se hubieran establecido las prestaciones recíprocas propias de la bilateralidad. Es propio y natural del contrato que se analiza, y va implícito sin necesidad de mención expresa, y menos de costos o pagos, el aprovechamiento del nombre de COMCEL, su *good will*, sus marcas y distintivos, su cooperación en publicidad. ¿Cómo no?

También se observa abuso, por parte de COMCEL, al desconocer la regla de coherencia emanada del principio de la buena fe, pues en el texto predispuesto por ella se intenta evitar, por todos los medios, que se entienda configurada la agencia comercial, pero al mismo tiempo se acepta este riesgo inminente y se disponen las medidas para conjurarlo.

El último inciso se explica por ser consecuencia del anterior y debe correr la misma suerte: se declarará su nulidad. Se ratifica entonces la prosperidad de la pretensión 38.4.

“38.6. Efectos de la terminación del contrato:

Cláusula No. 16, numeral 16.3., del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 16, numeral 16.4. del Contrato de 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que COMCEL no será responsable frente a CELLULAR PHONE por ningún concepto a la terminación del contrato. De igual manera la Cláusula 16.5 del contrato del 20 de abril de 1999, en cuanto establece un término de caducidad del derecho a reclamar, si el acta de liquidación del contrato no se objeta dentro de los tres días siguientes a su remisión por parte de COMCEL y por ende se considerará firme y definitiva.”

Transcrita y comentada en los párrafos precedentes la cláusula 14, inciso quinto, del contrato del 20 de abril de 1999, resta para despachar esta pretensión hacer referencia a la cláusula 16.4 del contrato de 1 de noviembre de 1997, cuyo texto es el siguiente:

“16.4 Con posterioridad a la terminación del presente contrato, el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS se obliga incondicional e irrevocablemente desde ahora a suscribir el documento que aparece en el Anexo E del presente contrato, a las 3:00 p.m. del día hábil siguiente a la fecha de terminación del presente contrato, en las oficinas de COMCEL S.A., indicadas al comienzo del presente contrato. En caso de incumplimiento de la obligación contemplada en este numeral por parte del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS, éste pagará incondicional e irrevocablemente a COMCEL o a su orden la suma equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones recibidas por el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, de conformidad con el ANEXO A de este contrato, por cada uno de vigencia del mismo, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la doceava parte del promedio citado anteriormente. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo

tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo, con base en: 16.4.1 el presente contrato; y 16.4.2 la mera declaración de COMCEL del incumplimiento por parte del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS de la obligación aquí contemplada, sin necesidad de requerimiento previo privado o judicial alguno; y adicionalmente, para el caso del cobro de la pena aquí contemplada, 16.4.3 el Certificado expedido por el Revisor Fiscal de COMCEL en el que se certifique el monto equivalente a la doceava parte del promedio de las comisiones recibidas por el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del mismo, o el promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años.”

El documento que aparece en el Anexo E del mismo contrato es del siguiente tenor:

“ANEXO E

DOCUMENTO DE TERMINACION

El suscrito, actuando en su calidad de Representante Legal del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS (tal y como se encuentra dicho término definido en el contrato suscrito con COMCEL S.A. el día 1 ° de noviembre de 1997, por medio del presente, expresamente renunció a reclamar a COMCEL el pago de suma alguna derivada del hecho de la terminación de dicho contrato por cualquier causa, ya que reconozco expresamente que el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte de COMCEL de las ventas del suscrito en su calidad de CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS y el acceso a la tecnología de COMCEL, tuvo un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos, que supera ampliamente cualquier compensación a que tuviere derecho según la ley colombiana, incluida la compensación de que trata el Artículo 1324 del Código de Comercio.”

CELLULAR PHONE quedó obligado “incondicional e irrevocablemente” a suscribir el documento transcrito al día siguiente de la terminación del contrato, so pena de pagar a COMCEL la doceava parte del promedio de las comisiones anuales recibidas, más una suma equivalente al 20% de dicha doceava parte. La alternativa para no incurrir en esa sanción era firmar el documento del Anexo E renunciando a cualquier pago que pudiera derivarse de la terminación del contrato, incluida la prestación del artículo 1324 del Código de Comercio, además de reconocer CELLULAR PHONE en compensación que “el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte de COMCEL de las ventas (...), y el acceso a la tecnología de COMCEL” tuvieron un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos.

Predisponer que CELLULAR PHONE suscribía el documento y perdía toda compensación derivada de la terminación del contrato, o no firmaba y debía pagar la doceava parte del promedio de las comisiones recibidas más el 20% de dicho promedio, entraña un claro abuso por las mismas razones que se explicaron con ocasión del análisis de la pretensión 38.4 y que en síntesis

dejan ver que a cambio del cumplimiento de obligaciones contractuales (el uso de las marcas, la cooperación de COMCEL en publicidad, la promoción de COMCEL en las ventas y el acceso a su tecnología), que desde luego debían contribuir positivamente a los ingresos de CELLULAR PHONE -ingresos que serían de todas maneras la razón para haber contratado- COMCEL dejaría de pagar las prestaciones derivadas de la terminación del contrato, en especial la prevista en el artículo 1324, propia de la agencia comercial que rigió la relación de las partes como lo declarará el Tribunal. Pero además de su significativo desequilibrio, esta cláusula se orienta a desconocer la relación de agencia comercial y si no lo lograre, a crear unos pagos sin claro fundamento que compensen las prestaciones legales de la agencia, lo que va en contravía de la naturaleza de la verdadera relación comercial y de su reglamentación legal.

Esta previsión, por lo demás, tampoco le indica al Tribunal una renuncia a las prestaciones del artículo 1324 por parte de CELLULAR PHONE. Independientemente del carácter irrenunciable de dichas prestaciones a la luz de las circunstancias de este caso, para el Tribunal es claro que no hubo siquiera renuncia, pues se estableció, de antemano, que CELLULAR PHONE firmaría un anexo de terminación en el que así lo dispondría, circunstancia que no ocurrió, como lo evidencia el debate procesal.

El Tribunal declarará la nulidad absoluta de la cláusula analizada y por tanto la prosperidad de la pretensión número 38.5 de la demanda.

“38.6. Efectos de la terminación del contrato:

Cláusula No. 16, numeral 16.3., del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 16, numeral 16.4. del Contrato de 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que COMCEL no será responsable frente a CELLULAR PHONE por ningún concepto a la terminación del contrato. De igual manera la Cláusula 16.5 del contrato del 20 de abril de 1999, en cuanto establece un término de caducidad del derecho a reclamar, si el acta de liquidación del contrato no se objeta dentro de los tres días siguientes a su remisión por parte de COMCEL y por ende se considerará firme y definitiva.”

Los textos de la cláusula 16.3 del contrato del 1 de noviembre de 1997, y de las cláusulas 16.4 y 16.5 del contrato del 20 de abril de 1999, son los siguientes:

16.3 (contrato de 1997) COMCEL no será responsable para con el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS ni para con sus clientes, por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.

16.4 (contrato de 1999) COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR ni para con sus centros o puntos de venta, canales de distribución o subdistribución ni para con sus clientes, por concepto de costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de ninguna clase, incluyendo, entre otras, la pérdida de utilidades (lucro cesante) como resultado de la terminación o expiración de este Contrato.

16.5 (contrato de 1999) (El DISTRIBUIDOR deberá) Suscribir dentro de los quince (15) días comunes siguientes acta de liquidación del contrato. En todo caso COMCEL la enviará dentro de los ocho (8) días siguientes a la terminación y, si no se recibiere observación ninguna dentro de los tres (3) días siguientes a su envío, caducará el derecho a cualesquiera reclamación u observación, y será firme y definitiva.

El Tribunal entiende que a diferencia de la cláusula 12, analizada atrás, en la cual se dispuso que el agente tendría que indemnizar y mantener indemne a COMCEL por todo reclamo por actuaciones normales o anormales, incluso aquellas desarrolladas por las dos partes en conjunto, en estas cláusulas de la pretensión 38.6 la definición de ausencia de responsabilidad de COMCEL frente al agente, sus centros dependientes y sus clientes, es usual para la terminación o expiración de cualquier contrato.

Desde luego el Tribunal entiende que estas cláusulas se refieren a costos, reclamos, daños y perjuicios o gastos de cualquier clase que se originen exclusivamente para el agente con motivo de la terminación del contrato y que en *ningún caso* envuelven o pueden envolver la responsabilidad de COMCEL porque en tal evento la exoneración sería indebida y abusiva.

Por lo demás, la cláusula 16.5 es muy exigente en los tiempos pero no es inusual ni excesiva en casos de terminación de contratos, con la aclaración de que si se trata de establecer posibles errores, omisiones u otros vicios de las cuentas contenidas en el acta, de todos modos puede aplicarse el artículo 880 del Código de Comercio, norma que expresamente prevé que en el evento descrito el comerciante “no perderá el derecho” de solicitar las rectificaciones del caso.

El Tribunal considera que con las precisiones expuestas, no hay lugar a declarar nulidad alguna, y en consecuencia no prospera la pretensión 38.6. Lo anterior, se reitera, bajo el entendido de que la cláusula no exonera a COMCEL por los rubros o conceptos allí contenidos, en aquellas hipótesis que impliquen su responsabilidad ante circunstancias que, en desarrollo del vínculo contractual, implicasen la terminación de este último.

“38.7.- Limitación de la responsabilidad a cargo de COMCEL:

Cláusula No. 17 de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, en cuanto contienen una exoneración de toda responsabilidad de COMCEL como consecuencia de la terminación del contrato.”

Dice así la cláusula 17 en ambos contratos:

“17. Limitación de la Responsabilidad

No obstante cualquier disposición en contrario en este contrato, COMCEL no será responsable para con EL DISTRIBUIDOR ni para con sus clientes, centros o puntos de venta y canales de distribución o de subdistribución ni para con su personal, ni para con sus subdistribuidores, clientes o personal de éste, ni para

con ninguna persona por concepto de las relaciones jurídicas que se contraigan entre ellos ni con respecto de terceros por daños y perjuicios directos o indirectos, incluyendo, entre otras, pérdidas de negocios o pérdidas financieras.”

Cabe la misma consideración que acaba de expresar el Tribunal, y con mayor razón porque la cláusula expresamente advierte que debe tratarse de las “relaciones jurídicas que se contraigan entre ellos”, es decir entre el agente y sus clientes, centros o puntos de venta y canales de distribución o de subdistribución, su personal, sus subdistribuidores, clientes, etc. Con todo, dado que CELLULAR PHONE actuó por cuenta de COMCEL, hay circunstancias que podrían generar la responsabilidad de COMCEL ante terceros, sobre las cuales, por supuesto, no se está pronunciando el Tribunal. En tal sentido, el Tribunal considera que prospera la pretensión, en el entendido de que COMCEL no puede excusar su responsabilidad frente a las gestiones que CELLULAR PHONE realizó por cuenta de aquella. Por lo demás, la cláusula no merece objeción del Tribunal. Prospera la pretensión marcada con el número 38.7 en los términos anteriores.

“38.8. Aspectos Generales: Exclusión de agencia comercial:

Cláusula 27, inciso segundo, parte final del Contrato de 1 de noviembre de 1997, en cuanto excluye la agencia comercial como tipo contractual aplicable a la relación negocial sostenida entre las partes.

El inciso segundo de la cláusula 27 dice:

27. Aspectos Generales

.....

Por medio del presente, las partes reconocen expresamente que este Contrato no se rige por las reglas de la Agencia Comercial (Artículos 1317 a 1331 del Código de Comercio de Colombia).

Por lo expuesto en forma detallada en la primera parte de estas Consideraciones y en el presente acápite del laudo, el Tribunal no declarará la nulidad absoluta de esta cláusula por el sólo hecho de calificarse erróneamente el negocio.

No prospera así la pretensión número 38.8 de la demanda.

“38.9. Conciliación, compensación, deducción y descuentos:

Cláusula 30, incisos segundo, parte final, y tercero del Contrato suscrito el 20 de abril de 1999, en cuanto establecen: El inciso segundo, una caducidad del derecho de CELLULAR PHONE de presentar reclamaciones sobre las Actas de Conciliación, si dentro del término de los tres días posteriores a su remisión no se recibe observación alguna sobre su contenido y por ende el acta se considerará firme y definitiva y el inciso tercero, porque a pesar de que en el contrato se niega la existencia de la agencia comercial se establece que dentro

de los valores que reciba “EL DISTRIBUIDOR” durante la vigencia del contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquiera causa y concepto deba pagar COMCEL a CELLULAR PHONE a la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza.”

Los mencionados incisos segundo y tercero de la cláusula 30 establecen:

Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que se expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Diez (10) días antes de los doce (12) meses, COMCEL, remitirá el acta de conciliación y, si no recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores, caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo y, será firme y definitiva.

Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cuales quiera sea su naturaleza.

El inciso segundo contiene una previsión usual y razonable en contratos que suponen prestaciones periódicas a cargo de las dos partes. El tercero una forma especial, inusual, de pago anticipado de eventuales prestaciones sociales mediante el 20% de los valores que reciba CELLULAR PHONE de COMCEL durante la vigencia del contrato. De los alcances de este último tema, se ocupa el Tribunal en otros apartes del presente laudo.

Como se acaba de anotar, la regla del inciso segundo es usual y razonable. Similar a los finiquitos que cierran períodos de pago fijos y hacen presumir los pagos anteriores (artículo 879 del Código de Comercio), la llamada en el contrato “acta de conciliación” tiene por objeto expresar los valores recibidos, las acreencias y deudas, y los saldos, y otorgar paz y salvo, todo con un término de tres días para entender definitiva la relación propuesta. Sin embargo, como pasa a comentarse, los desarrollos prácticos de la previsión contractual se alejan de su finalidad y lo que fue usual y razonable se convierte en irregular y un tanto exótico.

En primer lugar el contrato contempla como contenido del acta periódica solamente pagos y saldos, y aunque da un carácter definitivo y firme a las cifras consignadas en el acta, no es posible impedir en la forma como lo hace, la posibilidad de buscar aclaraciones, revisiones o correcciones. A pesar del texto de la cláusula, las partes de todos modos pueden ejercer el derecho contemplado en el artículo 880 del Código de Comercio, en virtud del cual “el comerciante que al recibir una cuenta pague o dé finiquito, no perderá el derecho de solicitar la rectificación de los errores, omisiones, partidas duplicadas u otros vicios de la cuenta”. Estima el Tribunal, recogiendo reciente

pronunciamiento de la Corte Suprema de Justicia, que a todo comerciante - como lo es CELLULAR PHONE- le basta “denunciar su temor (ni siquiera se le exige que sea fundado) para deprecar, válidamente, la revisión de la cuenta con miras a establecer posibles errores, omisiones u otros vicios de ella” y al efecto cuenta con la “prerrogativa legal que ... (tiene) para solicitar la revisión de la cuenta final o el desarrollo del crédito del que era deudor, (que) no (es) otra que invocar el artículo 880 del C. de Co.”⁷⁸

Menos aún se altera el derecho de solicitar revisiones o rectificaciones cuando las expresiones de firmeza de las cuentas son formuladas por una sola de las partes, precisamente la que tendría interés en el finiquito definitivo, y ello a pesar de la curiosa definición de que vencido el plazo para formular observaciones “caducará el derecho del DISTRIBUIDOR a formular cualquier reclamación o reparo...” El empleo de la palabra “caducidad” induce a pensar en su significado jurídico, es decir, en la limitación del tiempo para acceder a la definición jurisdiccional de un derecho o una obligación, y así entendida es una figura de orden público, irrenunciable, según precisión de la Corte Constitucional⁷⁹, que no está en manos de los particulares ni alterar, ni imponer, ni retirar.

Bien sea entonces, que la firmeza contenida en la cláusula se mire desde el ángulo de la prerrogativa que da el artículo 880 del Código de Comercio, o que se sitúe en el ámbito de la caducidad jurídica, lo que se colige con claridad es que el contratante adherido al texto de acta que le predispuso su contraparte conserva en todo caso la atribución de proponer cualquier reclamación o reparo a las cuentas o saldos objeto del cierre periódico.

De otro lado, y ya no respecto del texto de la cláusula sino de los desarrollos y alcance que se les dio a las actas periódicas por el contratante que las preparó, el Tribunal encuentra que desde las primeras hubo una extralimitación de su finalidad en cuanto, más que finiquitos de pagos y saldos como se concibieron en el contrato, fueron un cuerpo de declaraciones y reservas sobre la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes y sobre los efectos futuros de esa relación.

Ya no fueron “actas de conciliación de cuentas”, denominación propia de su finalidad de ser finiquitos de corte periódico, usuales y necesarios en contratos de giros o pagos recíprocos; ahora se llamaron “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas”. Aunque de importancia menor, este cambio de denominación ya implicaba un alcance diferente, como en efecto ocurrió: a más de ser relaciones de corte de cuentas, ahora contenían declaraciones que ninguna vinculación tenían con cortes de pagos y saldos, como la declaración de que dentro de los valores recibidos por CELLULAR PHONE por concepto de comisiones se incluía un mayor valor equivalente al 20% con el cual se pretendía cubrir y pagar anticipadamente toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto fuera exigible

⁷⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 24 de enero de 2011 (M.P. Pedro Octavio Munar Cadena).

⁷⁹ Corte Constitucional, Sentencia del 8 de agosto de 2001 (M.P. Rodrigo Escobar Gil)

y debiera o hubiera debido pagar COMCEL, o como la declaración, grave y exorbitante, según la cual las partes, “en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria” disponen que el contenido de su acuerdo “hace tránsito a cosa juzgada” e implica renuncia “a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas”, y que en consecuencia se otorgan un paz y salvo “total, firme y definitivo” respecto de todas las comisiones y pagos que puedan desprenderse de su “relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio...”

En las últimas “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas” se añadieron nuevos factores de renuncia que perfilaron mejor el propósito de su suscripción. Se agregaba ahora, mencionando diferencias surgidas entre las partes para configurar mejor un convenio de transacción, que los pagos recibidos cubrían cualquier suma que resultara exigible en razón de la relación existente entre las partes, “en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil”, con lo cual, en forma directa y expresa, ante la evidencia de que la relación contractual configuró un contrato de agencia comercial, como en efecto lo confirma la presente providencia y lo han decidido numerosos laudos recientes en casos similares, se asumía y aceptaba el pago de la prestación especial que para la agencia comercial consagra el citado artículo 1324 del código mercantil. Y cada vez con mayor énfasis se consagró la renuncia a cualquier reclamación o acción indemnizatoria, a la “acción resolutoria de esta transacción y en particular a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión” para concluir diciendo que “el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes”.

Ninguna de estas declaraciones fueron contempladas en el contrato como contenido de las actas de conciliación de pagos y saldos. No obedecieron al desarrollo contractual sino a una notoria prevención o cautela por razón de la naturaleza de la relación convencional que unió a las partes. Y lejos de ser una declaración “espontánea, madura, deliberada y voluntaria” o una “renuncia expresa y voluntaria en interés y beneficio recíprocos” fue una fórmula impuesta por el contratante que ostentaba posición dominante, una renuncia propiciada en el exclusivo interés de quien predispuso el documento.

Y esta ceremonia de consagrar diferencias sin precisarlas, de renunciar a acciones o reclamos de cualquier naturaleza, de incluir un mayor valor por si acaso la relación entre las partes configuraba una agencia comercial, de expedir paz y salvos definitivos, y de repetir y repetir que todo se había discutido ampliamente y se hacía en interés recíproco de las partes, se cumplía

sagrada y periódicamente -previo el reconocimiento notarial de la firma del representante de CELLULAR PHONE- como condición indispensable para obtener el pago efectivo de las comisiones devengadas en el respectivo período.

Para el Tribunal no cabe duda de que las llamadas “actas de transacción, conciliación y compensación de cuentas” en lo que no se refieren al corte de pagos y saldos en la forma como lo dispuso el contrato y como lo solicita la convocante, son abusivas y forzadas, condicionantes de los pagos mensuales y por tanto lesivas del principio del equilibrio contractual. Pero además en las renunciaciones de derechos y eventuales transacciones el Tribunal estima que no se dan todos los elementos para poder aceptar su función propia.

Renunciar indiscriminadamente a “cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre (las partes)... a las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles... a los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma (relación) hayan surgido o puedan surgir como consecuencia...” es contrariar la finalidad de la renuncia de derechos, que debe precisamente versar sobre una atribución o facultad en concreto, debe satisfacer y buscar un interés serio y benéfico, y evitar que con ella se comprometan derechos de terceros. Llevar la renuncia a un campo de tanta amplitud puede lesionar inclusive el orden constitucional respecto del cual en general no caben renunciaciones.

Lo mismo puede decirse de la transacción: “transigir” sin evidenciar las diferencias entre las partes, como ocurrió en cada corte periódico a lo largo del contrato, o transigir de modo general, “inmutable e irresoluble” como curiosamente dicen las actas, sobre derechos que no se disputan -sin duda hubo muchos derechos que fueron ejercidos y respetados- es reducirle los efectos a la transacción. La regulación de la transacción en el Código Civil implica precisión en el objeto de la misma⁸⁰, y ello se explica porque la transacción produce el efecto de cosa juzgada (artículo 2483), efecto que no podría precisarse o predicarse a partir de generalidades.

Es interesante el argumento de la convocada, en el sentido de que CELLULAR PHONE, al haber aceptado de antemano que su contrato no sería de agencia comercial, haber renunciado a revisiones y reclamos, y haber celebrado convenios de transacción, simplemente expresó su voluntad libremente y frente a asuntos no prohibidos por la Ley. Sin embargo, como viene de explicarse, esa libre expresión de la voluntad, base de toda contratación, entrañó un desequilibrio contractual manifiesto en su contra, fue desmedida y, por ende, se impone la protección que brinda la institución del abuso del derecho.

⁸⁰ Por ejemplo, el artículo 2470 prevé que no puede transigir sino la persona capaz de disponer de los objetos comprendidos en la transacción; el 2471 exige poder especial para transigir, en el cual se especifiquen los bienes, derechos y acciones sobre que se quiera transigir; el 2480 dice que el error acerca de la identidad del objeto sobre que se quiere transigir, anula la transacción, o el 2485 establece que “si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.

Por lo demás, el Tribunal encuentra una contradicción, ajena a la regla de coherencia en los negocios, entre las alegaciones de COMCEL sobre supuestas renunciaciones de su co-contratante a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, frente a aquellas previsiones que establecían un pago anticipado de prestaciones. Carece de todo sentido reclamar la renuncia a una prestación mientras que, al mismo tiempo, se reclama la eficacia de previsiones contractuales llamadas a amortizar la prestación, lo cual supondría reconocer entonces que ésta sí existió y surtió sus efectos.

Por todo lo expuesto, el Tribunal declarará que prosperan las pretensiones números 24 en sus literales d) e i); las pretensiones números 38.9 y 38.13; y la pretensión número 39 en lo que respecta a la solicitud de declarar la nulidad de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las actas suscritas.

Por lo demás, el Tribunal retomará este asunto en el acápite 3 de sus consideraciones, correspondiente a la terminación del contrato, dada la incidencia de estos documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas frente a los efectos del negocio en el marco del proceso arbitral.

“38.10. *No pago de comisiones causadas y amparo en caso de que se declare la verdadera naturaleza del contrato:*

Anexo “A”, numeral 5, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y el 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que a la terminación del vínculo contractual no se pagarán las comisiones causadas y no canceladas hasta ese momento.

Anexo “A”, numeral 6, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y el 20 de abril de 1999, por cuanto a pesar de que COMCEL desconoce la AGENCIA COMERCIAL como el verdadero vínculo que rige a las partes, establece que en el evento en que se declare la existencia de dicha relación jurídica, se tenga que el 20% de lo pagado por comisiones, se tenga como un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa deba pagar COMCEL a CELLULAR PHONE a la terminación del contrato.

El numeral 5 dice:

5. En caso de terminación de este Contrato según la cláusula 5 o la cláusula 15 del contrato de distribución, cesará la obligación de COMCEL de pagar las comisiones arriba descritas y el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS tendrá derecho únicamente a las comisiones pagadas hasta la fecha de la terminación.

EL CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS reconoce que la comisión que trata el numeral 2 de este ANEXO A, retribuye la óptima atención que el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS dará a los abonados.

Con razón la convocante reclama que al usar el inciso transcrito la expresión “tendrá derecho únicamente a las comisiones pagadas hasta la fecha de la

terminación” (subraya el Tribunal) deja por fuera las comisiones causadas que a la fecha de terminación del contrato no se hubieren pagado, las cuales son un derecho indiscutible del agente. Se trata entonces de una cláusula abusiva.

Y el numeral 6:

6. EL CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS manifiesta que las comisiones que se relacionan en este Anexo A, incluyen un mayor valor del 20% en la remuneración que con ellas debería percibir el CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS. El mayor valor equivalente al 20% que está incluido en las comisiones, cubre anticipadamente cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa, deba pagar COMCEL al CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS a la terminación de este contrato.

Por lo analizado en párrafos anteriores y en el acápite 3 de consideraciones del laudo, esta cláusula (número 6), si bien sería jurídicamente viable, es abusiva en el caso concreto y comporta su nulidad.

En los términos anteriores, prospera la pretensión 38.10 de la demanda.

“38.11. Imputación de los dineros pagados en desarrollo del Plan CO-OP: Anexo “C”, numeral 5, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que los dineros pagados en desarrollo del denominado Plan CO-OP se imputarán a cualquier pago, remuneración, indemnización o compensación que se genere a favor de CELLULAR PHONE a la terminación del contrato.”

Anexo C, numeral 5 de los dos contratos:

*5. IMPUTACION DE LOS DINEROS DEL FONDO DEL PLAN CO-OP
EL CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS, declara que los dineros que sean pagados, provenientes del fondo del Plan CO-OP, no constituyen una remuneración adicional a las comisiones pactadas en el Anexo A del contrato de distribución. Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del Plan CO-OP se imputan en su totalidad a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL al CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS a la terminación del contrato de distribución.*

Los dineros recibidos por el Plan CO-OP tienen destinación específica y exclusiva señalada en el numeral 4 del mismo Anexo C (volantes, publicidad, medios impresos, radio, televisión, ferias y eventos, mercadeo, etc). La cláusula transcrita imputa en su totalidad los pagos hechos para estos destinos a cualquier remuneración, pago o indemnización que deba pagar COMCEL a la terminación del contrato, es decir a compensar la eventual prestación del artículo 1324 del Código de Comercio si el contrato fuere, como es, de agencia comercial. Es claramente desproporcionado darle a los pagos recibidos para destinos exclusivos y concretos, e invertidos en tales destinos, el sentido e imputación de ser pagos anticipados por indemnizaciones o prestaciones

futuras. Para el Tribunal, se usaron para su objetivo exclusivo y no tienen que ver con el despliegue de obligaciones propias de COMCEL.

El Tribunal encuentra que estos dineros del Plan CO-OP no forman parte, como tal, de la comisión pagadera a CELLULAR PHONE por su gestión comercial. Sin embargo, sí cubrirían un porcentaje de los costos en que incurrió CELLULAR PHONE en distintas actividades promocionales propias de la agencia⁸¹. Si procediese el pago de la cesantía comercial –como lo establecerá el Tribunal en un acápite posterior del laudo–, dichos dineros serán aplicados al cálculo de dicha prestación, pues en criterio del Tribunal forman parte de la utilidad recibida por el agente durante la vigencia del contrato⁸².

En todo caso, y por la desproporción que entraña la cláusula analizada, el Tribunal la considera abusiva. De ahí que los referidos dineros no sean tenidos en cuenta como imputación a cualquier pago, remuneración o indemnización que se le deba a CELLULAR PHONE al terminarse el contrato.

La cláusula es abusiva y, por tanto, prospera la pretensión 38.11.

“38.12. Documento de terminación:

Anexo “E”, denominado “Documento de Terminación”, del Contrato de 1 de noviembre de 1997, en cuanto contiene renuncia de CELLULAR PHONE a formular reclamaciones en contra de COMCEL a la terminación del vínculo contractual con el objeto de exigir sus derechos, incluida la prestación de que trata el art. 1324 del Co. de Co.

El Anexo E del contrato del 1 de noviembre de 1997 tiene este texto:

DOCUMENTO DE TERMINACION

El suscrito, actuando en su calidad de Representante Legal del CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS (tal y como se encuentra dicho término definido en el contrato suscrito con COMCEL S.A. el día 1º de noviembre de 1997, por medio del presente, expresamente renuncio a reclamar a COMCEL el pago de suma alguna derivada del hecho de la terminación de dicho contrato por cualquier causa, ya que reconozco expresamente que el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte de COMCEL de las ventas del suscrito en su calidad de CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS y el acceso a la tecnología de COMCEL, tuvo un impacto positivo, directo y sustancial en sus ingresos, que supera ampliamente cualquier compensación a que tuviere derecho según la ley colombiana, incluida la compensación de que trata el Artículo 1324 del Código de Comercio.

Con argumentación un poco diferente de las cláusulas similares, en el sentido ahora de señalar que el uso de las marcas comerciales de COMCEL, la cooperación de COMCEL con respecto a la publicidad, la promoción por parte

⁸¹ Documento del 20 de abril de 1999, Anexo C, numeral 4.

⁸² Artículo 1324 del Código de Comercio.

de COMCEL de las ventas y el acceso a la tecnología de COMCEL -es decir lo normal y esperado en un contrato de agencia como el que se estudia-, tuvieron un impacto positivo, directo y sustancial en los ingresos del agente (que es el motivo de haber celebrado el contrato) y supera cualquier pago o compensación que deba hacer COMCEL, incluido el correspondiente al consagrado en el artículo 1324 del Código de Comercio, el predisponente lleva al agente a renunciar a estas prestaciones.

Por las razones expuestas en varios pasajes de estas Consideraciones, la cláusula es abusiva y debe anularse. Prospera así la pretensión 38.12 de la demanda.

“38.13. Renuncia a formular reclamaciones:

Anexo “F”, numerales 4 y 5 del “Acuerda”, del Contrato de 20 de abril de 1999, en cuanto establecen renunciaciones de CELLULAR PHONE a hacer valer sus derechos como consecuencia de la suscripción de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción y excluye nuevamente la agencia comercial como tipo contractual vigente entre las partes.

Los textos de los numerales 4 y 5 son los siguientes:

ANEXO F

4. *Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente de las indicadas en procedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. 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 1.324 del C. de Co.*

5. *Las partes han acordado en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación y, por consiguiente, es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas y, por esto, mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo respecto de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia.*

La nulidad de estas cláusulas se colige de los análisis formulados al despachar la pretensión 38.9 en relación con la cláusula 30, incisos segundo y tercero, del contrato del 20 de abril de 1999.

También denota, como se ha señalado en apartes anteriores, una violación a la regla de coherencia emanada del principio de la buena fe.

De nuevo, el Tribunal se remite al siguiente aparte de un laudo arbitral, por considerarlo suficientemente ilustrativo y aplicable a la situación⁸³:

“El Tribunal encuentra una contradicción estructural, en afirmar con tanta reiteración que el contrato no es de agencia, e incluir, al mismo tiempo, todas estas cláusulas que indican la convicción contraria. Leídas dichas disposiciones, es notoria la grande preocupación de quien concibió el texto, por el riesgo de una reclamación del agente. Y esto lleva al Tribunal a la reflexión de que si en realidad COMCEL, al concebir y elaborar el contenido del contrato, hubiera guardado la convicción inmaculada de que no se trataba de uno de agencia mercantil, tales previsiones habrían resultado inútiles o, por lo menos, tremendamente exageradas. Ellas evidencian, sin duda alguna, la insinceridad del predisponente del texto del contrato (...).”

Prospera la pretensión.

“38.14. Otros Documentos Relacionados:

Solicito así mismo, se declare la nulidad absoluta, invalidez ineficacia, según sea el caso, de la totalidad de los documentos, acuerdos, anexos, otrosíes y modificaciones que en desarrollo del contrato, hayan sido firmados entre las partes, que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas que el Tribunal declare nulas.”

La pretensión 38.14 también resulta genérica. Solicita que se deje sin efectos la documentación que se desprenda de cláusulas nulas. Esta pretensión prospera en la medida en que el Tribunal decrete la nulidad del contenido de la documentación que analice.

De conformidad con el artículo 1746 del Código Civil la declaratoria de nulidad produce como efecto dar a las partes “derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo”.

Prospera la pretensión, según las explicaciones que acaba de dar el Tribunal.

“39. DECLARATORIA DE NULIDAD. *Que se declare la nulidad absoluta del supuesto consentimiento expresado por CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. y que dan cuenta las diferentes circulares y cartas en donde reposa su firma de “Aceptación”, por cuanto la misma no fue el reflejo de su libre y espontáneo consentimiento; de igual manera solicito se declare la NULIDAD de todas las “Actas de conciliación” que se hayan podido suscribir a lo largo de la relación contractual, pues el consentimiento expresado en ellas se encontraba viciado, como se demostrará en el proceso; en subsidio de la presente pretensión, solicito se declare la NULIDAD PARCIAL DE DICHAS ACTAS. En efecto, en el evento en que no se declare la nulidad total de las supuestas actas de*

⁸³ Laudo Arbitral del caso de Autos del Camino v COMCEL, 16 de diciembre de 2008.

conciliación, solicito que se declare la nulidad de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las ACTAS DE CONCILIACION, COMPENSACION Y TRASACCION que en cualquier tiempo hayan sido suscritas por las partes en cuanto implican renunciaciones a derechos de naturaleza irrenunciable o se refieren a pagos inexistentes.”

Para el Tribunal, no existe la pretendida nulidad absoluta del consentimiento expresado por CELLULAR PHONE respecto de las diferentes cartas y circulares recibidas. Al respecto, en otros acápites de consideraciones del laudo se establece que si bien esas aceptaciones están libres de vicios, los documentos que las llevan consigo implicaron o denotaron abuso contractual. De ahí que el Tribunal, en términos generales, les haya negado sus efectos. Lo propio se predica de las actas de conciliación, señaladas en la pretensión, pues no hay vicios del consentimiento. Sobre este particular, y por las razones expuestas en este acápite 2 y en el acápite 3 de consideraciones, el Tribunal le reconoce validez a las actas en el entendido de que contienen finiquitos o cortes periódicos de los pagos y saldos, siendo dichos cortes únicamente estimaciones generales, preliminares y básicas, que en ningún caso impedirían la revisión, discusión y evaluación posterior de sus conceptos y montos. Este es el único efecto que el Tribunal le da a los documentos de transacción, conciliación y compensación. En consecuencia, y por las razones expuestas en este acápite 2 y en el 3 de consideraciones del laudo, prospera la pretensión subsidiaria de nulidad parcial de dichas actas, en cuanto a que son nulos los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de los referidos documentos.

Prosperará parcialmente la pretensión, pues el Tribunal declarará nulos los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las actas de transacción, conciliación y compensación.

“40. DECLARACION DE APLICACIÓN RESTRINGIDA DEL CONTENIDO DE LAS ACTAS DE CONCILIACION, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN. *Que se declare que el supuesto “paz y salvo “, mencionado en el numeral 1 de la parte resolutive de las Actas referidas, que aparezcan firmadas, no tiene efectos generales sino que se refiere exclusivamente a lo efectivamente discutido por las partes antes de la suscripción de cada una de ellas.”*

Como se ha dicho varias veces a lo largo de los párrafos anteriores, el paz y salvo contenido en las actas es válido pero en cuanto se refiere a estimaciones generales, preliminares y básicas aplicables al período que corresponda, es decir, de carácter parcial y preliminar, y en ningún caso es un paz y salvo “total, firme y definitivo” como se anota en las actas en forma abusiva.

“41. INCUMPLIMIENTO DE LAS ACTAS. *Que se declare que COMCEL incumplió con lo pactado en las diferentes ACTAS DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN que aparezcan firmadas, al haber efectuado descuentos o aplicado penalizaciones sobre las comisiones transigidas o conciliadas en dichas actas, con posterioridad a la firma de las mismas por hechos anteriores.”*

Como se ha podido observar, el Tribunal sólo le ha dado efectos a los mencionados documentos, en el sentido de considerar que los finiquitos o cortes de cuentas allí previstos tenían carácter general, preliminar y básico, pues las partes bien podían revisarlos y discutirlos sin limitación alguna.

Dado que el Tribunal ha considerado (i) que los documentos de transacción, conciliación y compensación tienen carácter abusivo, y (ii) que solo les ha reconocido efectos en el sentido de considerar que los finiquitos o cortes de cuentas allí previstos tenían carácter general, preliminar y básico, y sujetos a revisión o debate posterior, es necesario concluir que esta pretensión no prospera, pues no es pertinente establecer incumplimientos de previsiones que, en general, carecen de efectos. Con todo, la aplicación de descuentos, sanciones o penalizaciones, por parte de COMCEL a CELLULAR PHONE, es un asunto distinto, del cual se ocupa el Tribunal en un acápite posterior de las consideraciones del laudo.

2.2 Incumplimientos

En el presente acápite se analizarán los incumplimientos que las partes se atribuyen recíprocamente, análisis que resulta relevante desde dos puntos de vista: el primero de ellos tiene que ver con la terminación del contrato y el segundo, con los perjuicios derivados de tales incumplimientos y su indemnización, si a ella hubiere lugar.

En relación con la terminación del contrato celebrado entre las partes, una vez ha quedado establecido que su naturaleza es de agencia comercial, el incumplimiento, por disposición expresa de la Ley, se erige como justa causa para su terminación unilateral, con la advertencia de que el incumplimiento del agente debe ser “grave”, mientras que la norma no atribuye ninguna calificación al del empresario.

Pero además, como es bien conocido, la terminación del contrato por parte del agente, por una justa causa, hace surgir el derecho a deprecar una “indemnización equitativa” a cargo del empresario, pretensión que ha sido formulada en este proceso y por lo tanto habrá de decidirse, por lo cual es preciso verificar si los incumplimientos alegados han tenido lugar.

2.2.1 Incumplimientos que CELLULAR PHONE atribuye a COMCEL

A continuación, se agrupan o clasifican, de manera ordenada, los distintos incumplimientos que CELLULAR PHONE le atribuye a COMCEL.

2.2.1.1 Modificación unilateral del contrato por parte de COMCEL

Uno de los planteamientos centrales de la parte convocante, plasmado en el contenido de sus pretensiones, consiste en señalar que COMCEL modificó unilateralmente el contrato, especialmente en cuanto a sus condiciones económicas y con énfasis puntual en las comisiones.

La pretensión 15 de la demanda es del siguiente tenor:

*“15. Que se declare que, conforme a lo dispuesto en el contrato, **COMCEL S.A.** no estaba facultado para modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente (comisiones, bonificaciones o incentivos), pactados en dicho contrato.”*

Y bajo la pretensión 16 se solicita:

*“16. Se declare de igual manera que la estipulación contractual a que se refiere la Cláusula 7.3, del contrato suscrito el 20 de abril de 1.999, no confiere la potestad contractual a **COMCEL** para modificar unilateralmente el contrato, sin consultar los intereses económicos del agente.”*

En relación con la modificación unilateral de las comisiones, el apoderado de la convocante, en su alegato de conclusión afirmó:

*“En los documentos que rigieron la relación contractual entre **CELLULAR PHONE** y **COMCEL** no se incluyó ninguna facultad expresa que le permitiera a esta última modificar unilateralmente las condiciones económicas del contrato, en especial en lo que se refiere al pago de COMISIONES o a la imposición de sanciones y penalizaciones sobre estas mismas comisiones.”*

Sobre el particular, el apoderado de COMCEL, en la contestación de la demanda, formuló la excepción que denominó “*Facultad de COMCEL S.A. para modificar las comisiones*”, acápite bajo el cual afirmó: “*En Otrosí de julio 6 de 2001, al Contrato de Distribución de Voz de 20 de abril de 1999 – Modificación Anexo A plan de comisiones, las partes pactaron que Para los planes de Postpago , con respecto a cada abonado activado en el servicio, **COMCEL** reconocerá y pagará por una sola vez, una comisión fija según la tabla de comisiones previamente determinada por **COMCEL** y de acuerdo al plan postpago escogido por el abonado, independientemente del número total de líneas activadas en postpago por EL DISTRIBUIDOR durante el período.*”

En el alegato de conclusión, el apoderado de COMCEL reiteró lo afirmado al proponer la excepción antes transcrita, y agregó: “*se demostró en el proceso que de conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato, los contratantes estuvieron de acuerdo en que por la dinámica del mercado los precios y las comisiones deberían ser modificadas de tiempo en tiempo, a cuyo efecto previeron, fruto de la libre discusión del contrato y de su autonomía contractual que COMCEL podía hacer tales modificaciones de manera unilateral sin requerir para ello del consentimiento de CELLULAR PHONE EXPRESS S. A.*”

A este respecto, el Tribunal encuentra que entre las pruebas aportadas con la contestación de la demanda, a folio 250 del Cuaderno de Pruebas número 5 del expediente, obra un Otrosí firmado ante notario por el representante de CELLULAR PHONE el seis (6) de julio de dos mil uno (2001), en el que, tal como lo afirma el apoderado de COMCEL, se establece en relación con los

planes postpago, que “respecto a cada Abonado activado en el Servicio” se pagará una comisión fija “según la tabla de comisiones previamente determinada por COMCEL...” (Se ha subrayado)

Igualmente, en el mismo documento se estipula: “En relación con los planes prepago, COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones previamente determinada por COMCEL para ese efecto, independientemente del número total de activaciones en planes prepago.” (Se ha subrayado).

Adicionalmente, se establece: “Con respecto a cada Abonado, COMCEL pagará al DISTRIBUIDOR, una comisión denominada “Residual” equivalente al cinco por ciento (5%) si el DISTRIBUIDOR estuviere calificado como CENTRO DE VENTAS Y DE SERVICIOS (CVS)...” como era el caso de CELLULAR PHONE.

Para el Tribunal, al haberse convenido en el documento antes transcrito que las comisiones por activación en los planes prepago y postpago se pagarían de acuerdo con una tabla “determinada” por COMCEL, esta sociedad quedó investida de la facultad de modificar tales comisiones, pues “determinar” significa precisamente “Fijar los términos de algo”, con el único requisito de que tal determinación se hiciera “previamente”, es decir, con anterioridad a que se causara la comisión.

Por el contrario, nótese que, en relación con la activación por residual, se establece un porcentaje fijo, y no está prevista la atribución para COMCEL de modificarlo sin la aquiescencia de su co-contratante.

Igualmente, es pertinente destacar que en los contratos de 1997 y 1999 se establecen las tablas y valores para el pago de las comisiones, sin dejar a discreción de COMCEL la determinación de tales tablas, atribución que solamente aparece pactada en el otrosí antes mencionado.

No comparte el Tribunal la interpretación del apoderado de CELLULAR PHONE en cuanto a que la modificación introducida por virtud del mencionado Otrosí del 6 de julio, en el punto de las comisiones, se limita a sustituir una tarifa variable por una fija, puesto que, a diferencia de lo establecido en el Anexo A del contrato de 1999 en el que se incluyó una tabla con las comisiones para cada rango de activaciones, en el otrosí se hace referencia a una “tabla previamente determinada por COMCEL”, es decir, la tarifa de comisiones, que ahora pasó a ser fija, no quedó determinada en el documento contractual, sino que se defirió a COMCEL la facultad de establecerla.

En este orden de ideas, el Tribunal considera que la pretensión 15 de la demanda debe prosperar parcialmente. Está acreditado que COMCEL sí tenía la facultad contractual de modificar el valor de algunas remuneraciones pagaderas a CELLULAR PHONE, como lo eran las comisiones por activación. No obstante, COMCEL no tenía dicha facultad respecto de las comisiones por residual. Así, por virtud del otrosí suscrito el seis (6) de julio de dos mil uno

(2001) COMCEL quedó autorizada para modificar las comisiones por activaciones de conformidad con una tabla que definiera previamente; sin embargo, en materia de comisiones por residual, no aparece previsión alguna que le permitiera modificar unilateralmente dicha comisión.

Adicionalmente, el apoderado de COMCEL deriva la facultad de modificar las comisiones de lo dispuesto en la cláusula 7.9, 7.9.1 y 7.9.2 del contrato del 20 de abril de 1999.

El texto de la citada cláusula es el siguiente:

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

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

“7.9.1 Doscientas (200) cuotas mínimas mensuales de activaciones netas, si estuviere calificado de CENTRO DE VENTAS Y SERVICIO (CVS) o doscientas (200) cuotas mínimas mensuales de activaciones netas si estuviere calificado como CENTRO DE VENTAS (CV).

“COMCEL se reserva el derecho de modificar periódicamente este numero mínimo de ventas mensuales a su exclusiva discreción, mediante aviso escrito al EL DISTRIBUIDOR con 90 días de anticipación quien se obliga a cumplirlos estrictamente.

“7.9.2 la cuotas mínimas de activaciones netas de productos y de servicios que señale COMCEL para planes o programas periódicos, esporádicos o transitorios de promociones de productos y servicios.

“La garantía de ejecución mínima de distribución y las cuotas mínimas de activaciones netas se aplicaran por Zonas Geográficas de acuerdo con las condiciones de mercado y las políticas de mercadeo y ventas de COMCEL y serán señaladas por esta junto con las escalas de comisiones de acuerdo con los centros de puntos de ventas. Salvo instrucción contraria, para la determinación de las cuotas mínimas mensuales. EL DISTRIBUIDOR, no podrá acumular las realizadas en las distintas zonas geográficas que tenga, sino deberá observarlas por cada uno de estas.” (Se ha subrayado)

Para el Tribunal, en la cláusula antes transcrita no aparece clara la facultad de COMCEL para modificar las comisiones en general. De su tenor literal se deduce que la atribución que se reservó COMCEL fue la de establecer un mínimo de activaciones de acuerdo con las diferentes zonas geográficas, así como la escala de comisiones de activación de conformidad con cada una de tales zonas y los puntos de venta.

Desde otro punto de vista, para el Tribunal la Cláusula 7.3, del contrato suscrito el 20 de abril de 1.999, no autoriza a COMCEL para modificar unilateralmente las comisiones devengadas por el agente, pues se refiere a los valores que habrían de cobrarse al usuario o abonado, como lo afirma el apoderado de CELLULAR PHONE.

En efecto, en la citada cláusula se establece lo siguiente:

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

Es evidente que todos los conceptos mencionados en la cláusula se refieren a tarifas y se concretan en los bienes o servicios objeto de la distribución a cargo del agente, sin que se haga alusión alguna a la retribución a la que tiene derecho este como contraprestación a las obligaciones que adquiere.

De acuerdo con lo antes expuesto, la pretensión 16 de la demanda habrá de prosperar, en cuanto a que la mencionada cláusula 7.3 no confiere a COMCEL la facultad de modificar las comisiones a su favor.

Ahora bien, en cuanto a la obligación que el apoderado de CELLULAR PHONE atribuye a COMCEL de “consultar los intereses económicos del agente” para introducir cualquier modificación al contrato, es necesario hacer un análisis adicional, del cual se ocupa el Tribunal ahora.

Al respecto, se plantearon las pretensiones 17 y 18 en los siguientes términos:

*“17. En subsidio de las dos pretensiones anteriores, en el evento hipotético en que el Tribunal llegue a la conclusión que alguna estipulación contractual confiere tal facultad, se declare que **COMCEL** hizo un ejercicio abusivo de la misma, al modificar permanentemente el contrato y sin consultar los intereses económicos del agente.”*

*“18. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos existentes con **CELLULAR PHONE** al modificar unilateralmente, de forma abusiva, las condiciones económicas del mismo, sin tener en cuenta los intereses del agente.”*

Sobre el particular, conviene mencionar que, en general, las cláusulas que admiten la modificación unilateral del contrato no se consideran abusivas por esa sola circunstancia, y se incluyen con frecuencia en distintos contratos. También ha sido generalmente aceptado que tal facultad debe ser ejercida dentro del cauce de la buena fe y el equilibrio contractual.

En tal sentido, resulta pertinente el aparte del laudo arbitral proferido en el proceso instaurado por Tecnoquímicas contra COMCEL⁸⁴, en el cual se expresó que, “(...) cuando el mismo contrato ha facultado a una de las partes para adoptar unilateralmente “ciertas decisiones” respecto del contrato, o surge de la naturaleza del contrato, dicho derecho potestativo surge precisamente del acuerdo de las partes y por ello no se puede sostener que se desconoce su autonomía ni el principio de normatividad, pues precisamente las partes han querido que esa sea la forma de regular ciertos aspectos de su relación. Es claro entonces que la delegación de modificación de las obligaciones y prestaciones del contrato, es posible con las limitaciones y reglas que se indicaron antes.

“Lo anterior es particularmente claro en los contratos de distribución ya que como se señaló con anterioridad, una de las partes tiene un cierto control sobre el desarrollo del contrato y la actividad de la otra parte. Este desequilibrio no obedece necesariamente a la diferencia de poder económico de las partes, sino fundamentalmente a la necesidad intrínseca de lograr la finalidad del contrato, consistente en ofrecer productos con cualidades sustanciales y adjetivas homogéneas, de manera masiva, permanente y rentable. Por ello el productor necesita organizar y mantener una red de distribución que permita atender al mercado en las cambiantes condiciones en que este se desarrolla, precisamente en beneficio de la permanencia y posicionamiento del producto en el mercado, intangible del que, valga reiterarlo, se beneficia tanto el productor como el distribuidor.

“A su vez, el pacto expreso o tácito de las partes que da la facultad al productor para aplicar al desarrollo del contrato reglas y prestaciones nuevas, por ser delegación de la facultad de generar obligaciones intrínseca al sujeto, y como manifestación del deber de colaboración incluido dentro de las obligaciones de este tipo de contratos, estará necesariamente enmarcado por el logro de protección del posicionamiento del producto que se traduce en mayor volumen de ventas y por tanto en mayores ingresos para las dos partes. La meta del logro de mayores beneficios para las dos partes, se expresa en aspectos puntuales de las diferentes prestaciones surgidas del contrato, como sucede comúnmente en temas de imagen, publicidad, logística y trasiego del producto, distribución de clientes a ser surtidos, precio al mercado, etc.”

En materia de modificación unilateral del precio en un contrato, el derecho comparado también ofrece una perspectiva interesante. Los Principios de UNIDROIT de 2010, referentes a los contratos comerciales internacionales, disponen que “*Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario*”⁸⁵;

De acuerdo con las consideraciones antes expuestas, aún cuando COMCEL contara con la atribución para modificar las comisiones por activación en los

⁸⁴ Laudo arbitral del 13 de julio de 2009 proferido por el Tribunal integrado por Carlos Esteban Jaramillo como Presidente, Juan Pablo Cárdenas Mejía y Carlos Manrique.

⁸⁵ Principios de UNIDROIT de 2010, artículo 5.1.7(2).

términos mencionados, tal modificación unilateral debía realizarse respetando necesariamente el principio de buena fe que imperativamente se establece en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Dicho postulado, por lo demás, determina la razonabilidad o no de las modificaciones unilaterales ejercidas por uno de los contratantes.

En este orden de ideas, el Tribunal estima particularmente ilustrativo el fragmento de un escrito de Massimo Bianca⁸⁶, sobre el alcance del principio de buena fe en la ejecución contractual, transcrito en el laudo arbitral de CELCENTER Ltda. en liquidación Vs. COMCEL, de agosto de 2010, en los siguientes términos:

“(..) la ejecución del contrato y de la relación obligatoria la buena fe se especifica en un segundo canon como una obligación de salvaguarda; en este caso la buena fe impone a cada una de las partes obrar de manera tal de preservar los intereses de la otra con independencia de las obligaciones contractuales y del deber extracontractual de neminen laedere. Este compromiso de solidaridad que se proyecta más allá del contenido de la obligación y de los deberes de respeto del otro, encuentra su límite en el interés propio del sujeto, pues este tiene que velar por el interés del otro, pero no hasta el punto de sufrir un sacrificio apreciable, personal o económico.”

Agrega Bianca que este deber de solidaridad con el vínculo contractual y la obligación de salvaguarda impone la *“Ejecución prestaciones no previstas. Aún si el contrato no lo prevé, la parte está obligada, según la buena fe, a cumplir los actos jurídicos o materiales que se hacen necesarios para salvaguardar la utilidad de la contraparte, siempre que se trate de actos que no comporten un sacrificio apreciable.”*⁸⁷

En relación con la manera en que COMCEL ejerció la facultad de modificar las comisiones por activación, que según se dijo antes le fue otorgada por el contrato, obran en el expediente las distintas circulares que aquella dirigía a sus distribuidores en las que se comunican las variaciones en las comisiones por activación que entraban a regir sucesivamente.

De las mencionadas circulares se deduce que las comisiones por activación variaban en el tiempo de acuerdo con los diferentes planes y alternativas para adquirir el servicio de telefonía móvil celular que sucesivamente iba lanzando COMCEL al mercado, a fin de satisfacer las cambiantes necesidades de los consumidores y estar acorde con las nuevas tecnologías, sin que sea posible concluir que las variaciones que ésta introdujo a tales comisiones hubieran tenido el carácter de “abusivas” en los términos a los que se ha hecho referencia en acápite anterior de este laudo.

Por lo que hace a la comisión por residual, ya se ha indicado que en el contrato

⁸⁶ Bianca, Massimo. Derecho Civil. El Contrato. Ed. Externado de Colombia. Bogotá, 2007, páginas 526 a 531.

⁸⁷ Laudo arbitral del 13 de agosto de 2010. Árbitros: Sergio Rodríguez Azuero, Juan Pablo Cárdenas Mejía, Camila de la Torre Blanche.

se estableció que equivalía a un cinco por ciento (5%) de “los ingresos que correspondan a COMCEL” y que no se previó la posibilidad de que fuera modificada unilateralmente; es más, también se estipuló en el acuerdo que “El DISTRIBUIDOR reconoce y acepta que la comisión que trata el numeral 2 de este ANEXO A, retribuye la óptima atención que dará a los abonados.”

Con todo, obran en el proceso una serie de comunicaciones a través de las cuales COMCEL informa al distribuidor la modificación de las comisiones por residual. La primera de las que aparece en el expediente data del diecisiete (17) de marzo de dos mil cuatro (2004)⁸⁸ y en ella se expresa lo siguiente:

“Comisión Residual

“Las líneas que se activen a partir del 21 de febrero de 2004 en los planes pospago mencionados generarán un residual mensual al Distribuidor del 2,5% de los consumos realizados por el Abonado y que efectivamente ingresen al patrimonio de COMCEL, según se establece en el contrato de distribución. Para las líneas que se encontraban activadas y al día en sus pagos con anterioridad al 21 de febrero de 2004, no cambiará el porcentaje de que (sic) venía reconociendo al DISTRIBUIDOR.”

Y más adelante se agrega:

“Las líneas activas en los planes pospago mencionados, generarán un residual mensual al Distribuidor, a partir del tercer mes, siempre y cuando el usuario esté activo, se encuentre al día en sus pagos y se le hayan generado y pagado 2 facturas.”

Para el Tribunal, la reducción de la comisión por residual a la mitad de lo pactado en el contrato y, en ocasiones, incluso a un porcentaje inferior, y la previsión de que desde entonces se causaría solamente a partir del tercer mes de activación, constituye una conducta abusiva de COMCEL. Esta última disminuyó considerablemente la remuneración de su co-contratante; actuó, para el efecto, en su exclusivo beneficio y sin atender los intereses de CELLULAR PHONE.

Y es que la reducción mencionada puede afectar la situación comercial y financiera de cualquier agente, si se tiene en cuenta que la naturaleza misma de la comisión por residual, al liquidarse sobre el consumo de los clientes conquistados por él, le permite alguna estabilidad en sus ingresos, estabilidad que desaparece frente a la variación caprichosa impuesta por su contratante, en este caso, COMCEL.

Desde otro punto de vista, si la comisión por residual “retribuye la óptima atención que dará (el distribuidor) a los abonados”,⁸⁹ según expresamente se estableció en el Anexo A de julio de 2001, la reducción al cincuenta por ciento que se impuso a partir del año 2004 no parece tener fundamento diferente a la sola satisfacción de los intereses de COMCEL.

⁸⁸ Folio 345 del Cuaderno de Pruebas 5.

⁸⁹ Folio 254 del cuaderno de pruebas 4.

Para puntualizar lo anterior, el Tribunal considera que hay distintas razones de mercado que posibilitan la modificación unilateral de las condiciones de remuneración a un contratante, en el marco de contratos de duración, tales como la agencia comercial. Los contratantes pueden prever que uno de ellos vaya determinando, según unos parámetros objetivos y razonables, las condiciones de remuneración del otro contratante. Esta posibilidad de modificación, como lo ha señalado el Tribunal, no es reprochable en cuanto a la modificación de las comisiones por activación, salvo que allí se actúe de manera abusiva, situación que no se acreditó en el caso concreto respecto de dichas comisiones. Empero, tratándose de las comisiones por residual, el Tribunal encuentra que dicha potestad estaba proscrita para COMCEL, y que, en gracia de discusión, la naturaleza misma de estas comisiones no iba ligada a circunstancias objetivas o de funcionamiento del mercado que pudiesen justificar, en un momento dado, un eventual cambio de condiciones.

Ahora bien, al final de la comunicación de marzo de dos mil cuatro (2004), así como de las otras en las cuales se modificó sucesivamente el porcentaje de comisión por residual -sin que llegara a superar el 2.5%-, aparece un formato preimpreso, para ser llenado, después de la palabra “Acepto” y con los datos de “Firma Representante Legal”, “Nombre Representante Legal”, “Nombre Distribuidor”, “Recibida el día”, información que fue llenada por la representante legal de CELLULAR PHONE.

Para el Tribunal, en la firma recaudada de la representante legal para llenar el formato mencionado, no se advierte un vicio del consentimiento, lo cual no despoja a las modificaciones de las comisiones por residual, dispuestas por COMCEL, de su condición de haber sido abusivas.

En efecto, el Tribunal entiende que la aceptación avalada por la firma de la representante legal de CELLULAR PHONE es, ante todo, una simple constancia de haber recibido cada comunicación, según quedó demostrado con el testimonio del señor Darwin Rojas -funcionario de COMCEL- quien afirmó lo siguiente:

“Las tablas de comisiones se comunicaban a través de una carta, la compañía generaba una carta diciendo las condiciones para el pago de bonificaciones, comisiones son estas a partir de tal fecha y al distribuidor se le entrega el original y firma una copia como recibido de la carta de aceptación.”

Interrogado por el apoderado de CELLULAR PHONE sobre si había o no discusión entre las partes frente al contenido de las cartas contentivas de modificaciones, dicho testigo dijo lo siguiente:

“No, la carta se entregaba, generalmente los distribuidores para validación y aceptación y posteriormente el distribuidor digamos que puede definir si está o no de acuerdo, pero en su momento lo que hacíamos era informarles vea este es el plan de pagos a partir de tal fecha y el distribuidor digamos que ya toma sus medidas.”

Adicionalmente, el apoderado de CELLULAR PHONE le preguntó al testigo:

“Usted acaba de mencionar que esas cartas debían ser firmadas por el distribuidor, en qué calidad tenían que ser firmadas, para qué se firmaban esas cartas?”

Y contestó:

“Las cartas solicitábamos la firma para asegurarnos de que el distribuidor conocía las nuevas condiciones que regían a partir de X fecha.” (Se ha subrayado)

Preguntado nuevamente:

“Qué pasaba si el distribuidor no las firmaba?”

Y la respuesta del testigo fue:

“Simplemente las cartas las remitíamos a jurídica informando que el distribuidor no aceptaba la firma de la carta, ese era el procedimiento nuestro antes COMCEL.” (Se ha subrayado)

Adicionalmente, se considera que la variación de un elemento crítico para CELLULAR PHONE, como era la comisión por residual -que constituía un ingrediente sustancial de sus ingresos-, merecía una discusión entre las partes.

Es tan claro lo anterior, que a partir del 6 de septiembre de 2007, más de tres años después de la drástica reducción de las comisiones por residual, en los documentos también predispuestos por COMCEL, a los que se hace referencia en otro acápite de este laudo y que se denominaron “*Contrato de Transacción y Compensación de Cuentas*” se empezó a incluir la siguiente expresión: “*Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes.*” cuando tal discusión nunca se dio en realidad.

A este respecto, la representante legal de CELLULAR PHONE afirmó en su declaración ante el Tribunal lo siguiente:

“...si usted mira las cartas de cambios de condiciones nunca nos preguntaron si estábamos de acuerdo con eso o no, es más a mi me mandaban el representante de distribución con la carta y me decían sáquele una fotocopia y me la firma, yo le decía sí claro yo se lo firmo como recibido, me decía no, es que me lo tiene que firmar acá porque esas son las condiciones, entonces sí, uno puede decir yo no estoy de acuerdo o puede decir yo conozco qué es esto, pero no hay opción, los procedimientos, las normas, todo lo fija COMCEL, nosotros no.”

De lo anterior se concluye además, que frente a la modificación drástica de las comisiones por residual, el agente no tenía posibilidad de resistirse ni de ejercer la carga de sagacidad que pesa sobre los profesionales, pues como única alternativa plausible aparecía la terminación del contrato ante el inminente deterioro de la relación comercial, lo cual no resulta concordante con

el ejercicio razonable de los derechos derivados precisamente de una relación obligacional basada en la continuidad y en unos estrechos vínculos de colaboración.

De este modo, las pretensiones 17 y 18 de la demanda prosperan parcialmente, esto es, en cuanto COMCEL modificó en forma abusiva las comisiones por residual sin tener en consideración los intereses del agente.

2.2.1.2 Incumplimiento por no pago de comisiones de activación

En la pretensión 19 de la demanda se pidió:

*“Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos por no haber pagado las **COMISIONES POR ACTIVACIÓN** sobre todas las activaciones realizadas por **CELLULAR PHONE** a partir de la fecha de corte contenida en la última acta de transacción, que haya podido ser firmada por las partes.”*

En concordancia con la anterior pretensión, en la pretensión 43 literal a), se persigue que se condene a COMCEL a pagar *“el valor que resulte por concepto de la diferencia existente entre el número de ACTIVACIONES realizadas y el número de ACTIVACIONES efectivamente pagadas por COMCEL, a lo largo de la relación contractual, o en subsidio, a partir de la fecha que tenga a bien indicar el Tribunal.”*

A este respecto, de acuerdo con lo afirmado en el dictamen pericial, y según lo reconoció el apoderado de CELLULAR PHONE en su alegato de conclusión, no fue posible determinar el valor de las comisiones por activación que según la demandante no le fueron pagadas por COMCEL.

En efecto, en el dictamen pericial el apoderado de la convocante solicitó *“Estimación del valor de las comisiones por activación dejadas de pagar por COMCEL*

- *Determinar el número y valor de las comisiones por activación dejadas de pagar a CELLULAR PHONE en los siguientes escenarios: (I) A lo largo de toda la relación contractual; (II) Durante los últimos 5 años anteriores a la terminación del contrato, es decir, desde el 1 de junio de 2006 hasta el 31 de mayo de 2011; y; (III) a partir de la fecha de corte de la última acta de conciliación, con base en el número de activaciones determinado en el punto No. 2.1 del presente cuestionario y el número de activaciones efectivamente pagadas por COMCEL, a partir de las fechas indicadas*

- *Para la determinación solicitada en el punto anterior, la perito debe liquidar el número de activaciones pendientes de pago al valor promedio de las comisiones por activación correspondiente a cada año. Una vez liquidado el incumplimiento, se solicita a la perito calcular los intereses de mora correspondientes a partir del mes en que se produjo el respectivo incumplimiento.”*

A lo cual la perito respondió:

“R.: El ejercicio planteado no se puede hacer porque de acuerdo con las comisiones que se liquidaban, estas dependían de una cantidad de variables como por ejemplo si el plan era corporativo, y a su vez este se subdividía en si era abierto o cerrado, y cada uno de estos lo volvían a subdividir en rango y cada uno de ellos tiene una comisión diferente, que va por ejemplo en el año 2007 entre \$55.000 y \$140.000.

“Adicionalmente, los datos que se tienen del número de activaciones son simplemente si eran prepago o pospago, y no en la forma como están discriminadas las tarifas de las comisiones.”

Así mismo, conviene mencionar que, en relación con las comisiones por activación, en el Anexo A del Contrato, modificado por el otrosí del 6 de julio de 2001 se establece: *“Una vez pagadas por parte de COMCEL las comisiones al DISTRIBUIDOR, se entenderá que respecto de dicho pago no existe reclamo alguno si este no se presenta por parte del DISTRIBUIDOR dentro de los sesenta (60) días siguientes a la fecha en que el pago se produjo.”*

En el expediente no aparece constancia de inquietudes, cuestionamientos o reclamos que CELLULAR PHONE le hubiera formulado a COMCEL en ejercicio de la facultad que le otorgaba la cláusula antes transcrita.

De acuerdo con lo antes expuesto, las pretensiones 19 y 43 literal a) antes transcritas, no prosperan.

2.2.1.3 Incumplimiento en relación con la comisión por residual

En relación con la comisión por residual, se plantearon las pretensiones 20, 21 y 22 que se transcriben a continuación:

*“20. Se declare que a **CELLULAR PHONE** no se le suministró, por parte de **COMCEL**, la información de carácter general, ni tuvo acceso a la misma, para efectos de la liquidación de la comisión por **RESIDUAL**, conforme lo establecía el contrato a cargo de **COMCEL** en el **MANUAL DE PROCEDIMIENTOS**.”*

*“21. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos con **CELLULAR PHONE** por no haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la **COMISIÓN POR RESIDUAL** a que se refiere el contrato de agencia y por no haberle suministrado al agente las bases sobre las cuales realizaba la liquidación de esta comisión, a que estaba obligada.”*

*“22. Se declare que la llamada **CONFIDENCIALIDAD** a que se refiere el contrato de concesión suscrito entre **COMCEL** y el ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no cubre la información por consumos a que estaba obligada a suministrar **COMCEL** a **CELLULAR PHONE** para efectos de la liquidación de la Comisión por Residual conforme lo establece el contrato suscrito por las*

partes.”

CELLULAR PHONE, además de considerar que COMCEL incurrió en los incumplimientos a los que se hace referencia en las pretensiones antes transcritas, sostuvo que esta última actuó de mala fe. En los alegatos de conclusión, CELLULAR PHONE dijo lo siguiente:

“La ausencia de buena fe de parte de COMCEL quedó en evidencia pues la operación de ocultamiento tuvo varios elementos: (1) CELLULAR PHONE no podía facturar sino con base en las informaciones que le suministraba COMCEL; (2) COMCEL no le daba informaciones sobre los consumos realizados por los clientes vinculados por CELLULAR PHONE y los recaudos provenientes de ellos; (3) COMCEL alegaba confidencialidad para no dar la información anterior.”

Por su parte, a este respecto el apoderado de COMCEL, en su alegato de conclusión, manifestó:

“Sobre las comisiones por residual:

“Ante todo, el Tribunal deberá considerar que las comisiones por residual que fueron facturadas por CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. a COMCEL le fueron pagadas a su satisfacción, tal como lo demuestra el dictamen pericial rendido por el perito Gloria Zady Correa Palacio, al contestar la pregunta No. 1.2.3.9. formulada por la convocante ...

“Por otro lado se demostró igualmente que CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. tenía acceso en la medida en que tenía habilitada una clave para el sistema Poliedro a toda la información relacionada con el pago de comisiones, tal como lo reconoció en su declaración el señor Jorge Arturo Schneider Sánchez.

“También se demostró que por restricciones de tipo legal y constitucional COMCEL está obligada a mantener la confidencialidad de la información de sus usuarios, la cual no puede quebrantar.

“En efecto, COMCEL desde la órbita⁹⁰, del abonado amparado en el secreto profesional, regulado en el inciso segundo del artículo 74 de la Constitución Política, y desde la órbita de empresario⁹¹. COMCEL posee un interés legítimo

⁹⁰ Corte Constitucional. Sentencia T-440 de 2003. Magistrado Ponente: Dr. Manuel José Cepeda., respecto a la reserva bancaria, señaló algo aplicable a otros profesionales: *“El secreto profesional está consagrado en el inciso 2º del artículo 74 de la Constitución, el cual dispone ‘el secreto profesional es inviolable’. Dicha disposición, no obstante estar ubicada en el artículo constitucional referente a la actividad periodística, ha sido aplicada por la Corte para proteger información que debe ser mantenida en secreto por diversos profesionales. La Corte ha considerado que dicho secreto: (...) impone a los profesionales que a consecuencia de su actividad se tornan depositarios de la confianza de las personas que descubren o dejan entrever ante ellos datos y hechos de su vida privada, destinados a mantenerse ocultos a los demás, el deber de conservar el sigilo o reserva sobre los mismos.”(...) los datos resguardados en virtud de la relación profesional entre las personas, pueden hacer parte de la información personal que a la vez está protegida por el derecho fundamental a la intimidad”.*

⁹¹ Ley 256 de 1996: ARTÍCULO 16. VIOLACIÓN DE SECRETOS. Se considera desleal la divulgación o explotación, sin autorización de su titular, de secretos industriales o de cualquiera otra clase de secretos empresariales a los que se haya tenido acceso legítimamente pero con deber de reserva, o ilegítimamente, a consecuencia de algunas de las conductas previstas en el inciso siguiente o en el artículo 18 de esta Ley.

en no exponer su base de datos, so pena de las acciones legales en su contra por violación a los principios de autorización y de circulación restringida, los cuales hacen parte del derecho al hábeas data.”

A este respecto, el Tribunal encuentra que en el Manual de Procedimientos se establece que COMCEL debía enviar al distribuidor la información detallada, necesaria para liquidar las comisiones por residual.

En efecto, en el numeral 2.3. de la versión del mencionado manual que obra a folios 276 y siguientes del Cuaderno de Pruebas número 16, sobre “RESIDUALES” “Procedimiento” se dispone:

“La Gerencia de Apoyo a Distribuidores envía a través de correo electrónico, en los días estipulados según el cronograma elaborado por esta Gerencia, al Distribuidor un comunicado detallado (Ver Anexo No. 4), junto con los archivos de soporte de los recaudos efectuados por COMCEL y la actualización de la base de datos de los usuarios.” (Se ha subrayado)

Dentro del proceso COMCEL no acreditó el cumplimiento de la obligación a su cargo de enviar todos los soportes con base en los cuales determinaba el valor de la facturación que CELLULAR PHONE debía emitir.

En efecto, la perito en su dictamen afirmó:

“Se verificó en la documentación de las liquidaciones donde aparecían los montos a facturar correspondientes a Residual, pero no tienen ningún soporte, únicamente el valor total a facturar.” (Se ha subrayado)

Adicionalmente, en relación con la comisión por residual a la perito se le formuló la siguiente pregunta:

“La perito deberá informar si COMCEL para efectos de la liquidación del RESIDUAL dio cumplimiento a lo exigido por el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS, para lo cual ruego transcribir la parte pertinente del mismo y si en cumplimiento de ello remitía mes a mes la base de datos de los usuarios con sus respectivos consumos para efectos de hacer la correspondiente liquidación del RESIDUAL. En caso afirmativo deberá acompañar copia de los respectivos documentos de envío con la constancia de haber sido recibidos.”

A la cual respondió:

“R.: De acuerdo con el manual de Procedimientos, para el cálculo de Residual dice:

“CAPITULO 5 COMISIONES

Tendrá así mismo la consideración de desleal, la adquisición de secretos por medio de espionaje o procedimientos análogos, sin perjuicio de las sanciones que otras normas establezcan.

Las acciones referentes a la violación de secretos procederán sin que para ello sea preciso que concurren los requisitos a que hace referencia el artículo 2o. de este Ley.

1. RESIDUALES

1.1. PROCEDIMIENTO

Los Residuales son valores a ser liquidados y pagados en forma mensual al Distribuidor, generados por los ingresos recibidos en el uso del servicio de telefonía móvil Celular por parte del abonado celular. El pago se realiza en términos y condiciones establecidos en el Contrato de Distribución y en el Anexo A del mismo.

La Gerencia de Comisiones generará el valor a pagar por concepto de la comisión denominada Residual y pago por anticipo de prestaciones, indemnizaciones o bonificaciones – contrato de distribución cláusula denominada conciliación, compensación, deducción y descuentos dentro de los parámetros definidos por el contrato de distribución y por COMCEL S.A. El alcance de éste Procedimiento está en la definición de parámetros para el cálculo, control y pago de los valores a que tiene derecho el Distribuidor, generadas por los ingresos recibidos en el uso del servicio de telefonía móvil Celular por parte del abonado.

El valor del residual se determina y paga con base en los porcentajes estipulados en el Contrato de Distribución, para CV, CVS y Datos.

El método para el cálculo de residual es fijado por la Vicepresidencia Comercial y su modificación y/o ajustes corresponden de manera exclusiva a dicha Vicepresidencia, teniendo como base el contrato de Distribución. Se genera residual, única y exclusivamente para líneas POSTPAGO, que se encuentren activas de acuerdo con los conceptos facturables. Se aplican las escalas establecidas para el cálculo de residual en CV, CVS y Datos, según contrato de Distribución vigente. El residual se paga mensualmente de acuerdo con las condiciones del contrato de Distribución. La información válida para cálculo y pago de residuales es única y exclusivamente la entregada por el sistema de facturación. Se paga residual sólo si el contrato de Distribución está vigente.

Los pagos de los Distribuidores se realizan en las fechas estipuladas en el cronograma de pagos establecido por COMCEL para tal efecto. Para la red de Distribución los pagos son consignados en las cuentas establecidas.

La Gerencia de Comisiones entrega al Distribuidor la relación de pagos donde se evidencia el valor cancelado.

El Distribuidor debe enviar por medio de correo certificado, el original de la factura a la Gerencia de Comisiones.” (Se ha subrayado)

Para el Tribunal, COMCEL no probó que hubiera enviado a su co-contratante la información necesaria para el cálculo del residual, ni tampoco que éste hubiera tenido acceso a ella.

Por el contrario, la perito en las aclaraciones y complementaciones a su dictamen afirmó:

“No se encontró ningún documento en el cual diera cuenta que CELLULAR PHONE recibiera el detalle y los archivos soporte de los recaudos efectuados por COMCEL y la actualización de la base de datos a los usuarios.

“El documento con el cual CELLULAR PHONE hacía la respectiva factura era según los soportes contables a las facturas emitidas, era una planilla que enviaba COMCEL en la cual estaba la información de los valores a facturar, pero no el detalle de la base sobre la cual habían sido liquidados los valores.”⁹²

El argumento de COMCEL, en el sentido de que no envió la información con base en la cual se liquidaban sus comisiones por tratarse de información confidencial, no es atendible para el Tribunal.

Lo anterior, si se tiene en cuenta que para cumplir con su obligación, COMCEL no tenía que suministrar datos personales de los abonados como nombre y número de cédula, pues bastaba que indicara los consumos por cliente vinculado por CELLULAR PHONE para verificar la comisión liquidada.

Pero, en cualquier caso, el nombre y número de cédula y demás datos personales de los usuarios, habían sido conocidos por CELLULAR PHONE al momento de concretar la activación de las líneas, de manera que ya no se trataba de información reservada, a la cual COMCEL exclusivamente hubiera tenido acceso.

En efecto, en la cláusula 7.6 del contrato de 1999, entre las obligaciones del distribuidor se establece:

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

Por lo anterior, prospera la pretensión 20, que se refiere a que *“Se declare que a **CELLULAR PHONE** no se le suministró, por parte de **COMCEL**, la información de carácter general, ni tuvo acceso a la misma, para efectos de la liquidación de la comisión por **RESIDUAL**, conforme lo establecía el contrato a cargo de **COMCEL** en el **MANUAL DE PROCEDIMIENTOS**”, y la 22 en cuanto solicita que *“Se declare que la llamada **CONFIDENCIALIDAD** a que se refiere el contrato de concesión suscrito entre **COMCEL** y el ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no cobija la información por consumos a que estaba obligada a suministrar **COMCEL** a **CELLULAR PHONE** para efectos de la liquidación de la Comisión por Residual conforme lo establece el contrato suscrito por las partes”,* teniendo en cuenta que el pronunciamiento del Tribunal no recae sobre el contenido y alcance del Contrato de Concesión suscrito entre COMCEL y el Ministerio de Comunicaciones, sobre el cual no tiene competencia.*

⁹² Página 16 de las aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial

De la misma manera, prospera la pretensión 24 literal g, por la cual se solicita la declaratoria de incumplimiento del contrato por parte de COMCEL por *“Ocultar la información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual”*.

Adicionalmente, el Tribunal estima que la conducta asumida por COMCEL en el sentido de no enviar la información necesaria para que CELLULAR PHONE pudiera verificar la liquidación de las comisiones a su favor, constituye un incumplimiento del contrato, pues la comisión es de la esencia del mismo por ser precisamente la retribución por toda la actividad a cargo del agente.

Sin embargo, el hecho de que CELLULAR PHONE, durante toda la vigencia del contrato, no hubiera insistido en obtener la información que ahora estima crucial, hace que el incumplimiento de COMCEL no dé lugar, por sí solo o aisladamente considerado, a una justa causa para dar por terminado el vínculo contractual.

Adicionalmente, en relación con el pago de las comisiones, en la demanda se formuló la pretensión 21 en los siguientes términos:

*“21. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos con **CELLULAR PHONE** por no haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la **COMISIÓN POR RESIDUAL** a que se refiere el contrato de agencia y por no haberle suministrado al agente las bases sobre las cuales realizaba la liquidación de esta comisión, a que estaba obligada.”*

Así mismo en el literal e) de la pretensión 43, se pidió que se condenara a COMCEL al pago de:

*“El valor que resulte probado en el proceso por concepto de la diferencia entre lo pactado en el contrato y el valor efectivamente recibido por **CELLULAR PHONE** por la comisión de **RESIDUAL**, durante toda la vigencia contractual o durante el período que señale el Tribunal. ...”*

Para decidir las pretensiones antes transcritas es preciso tener en cuenta lo mencionado antes, en el sentido de que si bien en el otrosí al Anexo A de julio de 2001 quedó establecido que las comisiones por activación serían determinadas por COMCEL, la comisión por residual quedó establecida en un porcentaje fijo -5%- sobre los consumos de los abonados en postpago.

En la cláusula del Manual de Procedimientos, sobre el procedimiento para la liquidación de la comisión por residual antes transcrita, a la que se refirió la perito en su dictamen, también se hace remisión al denominado Contrato de Distribución en varias oportunidades.

Así, de acuerdo con lo expresado antes, COMCEL no estaba autorizada para modificar en forma unilateral el porcentaje pactado en el contrato por concepto de comisión por residual. De este modo, y habiendo quedado acreditado en el dictamen pericial que COMCEL pagó una suma inferior a la que le correspondía a CELLULAR PHONE en caso de haberse aplicado el porcentaje

establecido en el contrato, se concluye que COMCEL sí incurrió en incumplimiento, de manera que la pretensión 21 prospera.

En relación con el valor que dejó de pagar COMCEL a CELLULAR PHONE por este concepto, en el dictamen pericial se determinó que ascendería a dos mil setecientos ochenta y ocho millones ciento sesenta y siete mil seiscientos cincuenta y cinco pesos (\$2.788.167.655).

Sin embargo, tal liquidación se realizó hasta el año dos mil trece (2013). De acuerdo con la información que aparece en las bases de datos anexadas al dictamen, se hará la liquidación hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), fecha en la que terminó el contrato.

Lo anterior, puesto que en la cláusula 16, sobre “Efectos de la Terminación” del Contrato de 1999, se establece que *“Una vez termine este Contrato, se extinguen los derechos y obligaciones de las partes, dejan de causarse comisiones y contraprestaciones de cualquier naturaleza, subsistirán solamente los expresamente pactados o derivados de su liquidación...”*

Y particularmente, en el Anexo A del contrato, en relación con la liquidación por residual, se establece:

“4. En caso de terminación de este Contrato por cualquier causa y en particular por las causas previstas en la cláusula 5 o la cláusula 15 del contrato de distribución, cesará inmediatamente la obligación de COMCEL de pagar las comisiones arriba descritas y EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones causadas hasta la fecha de terminación.”⁹³

Teniendo en cuenta lo mencionado antes, la liquidación de la comisión por residual causada a favor del CELLULAR PHONE, de conformidad con el contrato y no pagada por COMCEL, asciende a la suma de dos mil quinientos doce millones ochenta y dos mil doscientos pesos (\$2,512,082,200.00) a cuyo pago será condenada ésta en la parte resolutive del laudo. Sobre dicha suma se reconocerán intereses moratorios desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011).

De acuerdo con lo antes expuesto, prospera la pretensión 21 y la 43 literal e).

2.2.1.4 La modificación unilateral de bonificaciones o incentivos

Según se transcribió antes, la pretensión 15 de la demanda es del siguiente tenor:

*“Que se declare que, conforme a lo dispuesto en el contrato, **COMCEL S.A.** no estaba facultado para modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente (comisiones, bonificaciones o incentivos), pactados en dicho contrato.”*
(Se ha subrayado)

⁹³ Folio 253 cuaderno de pruebas 4

En lo que hace a la modificación unilateral de las comisiones, ya se mencionó que en el otrosí del 6 de julio de 2001 que modificó el Anexo A del contrato, expresamente se facultó a COMCEL para determinar las comisiones por activación, lo que no ocurrió en relación con la comisión por residual.

Ahora bien, en relación con las bonificaciones o incentivos, obran en el expediente una serie de Circulares que COMCEL dirige a su red de distribuidores en las que se van ofreciendo diversos incentivos o bonificaciones de acuerdo con distintos factores como la época del año, o la celebración de determinados eventos como el día del padre, etc., bonificaciones que van variando a través de la ejecución del contrato.

Para el Tribunal, la modificación sucesiva, por parte de COMCEL, de bonificaciones e incentivos, no constituye un incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, pues no hay previsión alguna del contrato que lo impida.

En tales circunstancias, se considera que se trata de premios o estímulos que, en principio, parten de la liberalidad del empresario orientada a satisfacer su interés en obtener mayores ventas y por consiguiente las condiciones para otorgarlos pueden ser variadas por aquél de manera unilateral, sin que tal variación constituya un incumplimiento de sus obligaciones.

De acuerdo con todo lo antes expuesto, la pretensión 15 de la demanda prospera parcialmente. Como ya se vio, no prospera en la medida en que COMCEL sí estaba facultada para modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente en relación con las comisiones por activación. Tampoco prospera la pretensión, como se acaba de analizar, frente a la potestad de modificar las bonificaciones o incentivos. Por lo demás, la pretensión sí prospera en cuanto a que COMCEL no estaba facultada para modificar las comisiones por residual.

De la misma manera, la excepción que se denominó “Facultad de COMCEL S.A. para modificar las comisiones”, prosperará parcialmente. Y no prosperará la excepción de pago de todas las obligaciones a cargo de COMCEL, pues ésta no pagó todas sus obligaciones, como se ha determinado.

2.2.1.5 Incumplimientos por penalizaciones

En relación con las penalizaciones que impuso COMCEL a CELLULAR PHONE, en la demanda se formularon, entre otras, las pretensiones 23 y 25 que se transcriben a continuación:

*“23. Que se declare que **COMCEL** incumplió el contrato que la vinculaba con la convocante por haber estipulado y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar las sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato o sin demostrar previamente a **CELLULAR PHONE** la ocurrencia de los hechos generadores de la sanción, tal como se encontraba*

expresamente pactado en el contrato.”

*“25. Que se declare que por la terminación del contrato, **COMCEL** perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a **CELLULAR PHONE**, a partir del 1 de junio de 2011.”*

A este respecto, el apoderado de CELLULAR PHONE, en sus alegatos de conclusión, afirmó que la generación de sanciones para supuestos diferentes a los señalados en el contrato; la aplicación exagerada de dichas sanciones; o la aplicación de sanciones no consagradas en el contrato, son circunstancias que configuran un exceso contractual y, por ello, una violación de los derechos del agente y un incumplimiento por parte de COMCEL.⁹⁴

Y agregó: *“Los elementos de juicio para aplicar las sanciones fueron simples notas contables, sin que existiera ningún documento de soporte que indicara las causas por las cuales, en concreto, se aplicaba cada sanción. Simplemente los funcionarios de **COMCEL** aplicaban la sanción sobre la base de su pretendida experiencia, anunciándole al distribuidor el título o denominación de la sanción.”*⁹⁵

En resumen, el apoderado de CELLULAR PHONE sostuvo que COMCEL incumplió el contrato al imponer sanciones en manera diferente a la autorizada en los documentos contractuales y en forma arbitraria, aunque reconoció que en el texto del acuerdo se encontraban previstas tales sanciones, e incluso las clasificó en grupos como sigue:

*“**Primer grupo:** Las mencionadas en las cláusulas 7.26.1 a 7.26.4, que tipifican las conductas constitutivas sanción por las cuales responde especialmente el distribuidor, casos en los cuales **COMCEL** podía, a su elección: Imponer la penal pecuniaria pactada de la cláusula 26 y, **simultáneamente**, exigir la indemnización de perjuicios y/o dar por terminado el contrato.*

*“**Segundo grupo:** Está establecido en la Cláusula 7.30, inciso 2 que dispone que en caso de la omisión o retardo en el cumplimiento de las cargas y deberes señalados en dicha cláusula, **por parte de EL DISTRIBUIDOR, de su personal o canales de distribución**, responderá frente a ésta por la totalidad de los daños, gastos y costos a que hubiere lugar **derivados de la activación con documentos o datos falsos total o parcialmente, o cuando siendo veraces, pertenecen a persona distinta de quien activa la línea.** En estos casos, se pierden las comisiones, prestaciones y residuales, originados, obviamente en las respectivas líneas y el distribuidor debe responder por los daños ocasionados por su conducta.*

*“**Tercer grupo:** En el ANEXO A, numeral 1, inciso tercero, se estableció también que se podía penalizar al distribuidor por la desactivación del cliente que se haya producido por cualquiera de las conductas descritas en la cláusula*

⁹⁴ Alegato de conclusión, página 210.

⁹⁵ Alegato de conclusión, página 215

7.26, casos en los cuales **COMCEL** podía deducir de las comisiones las cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo ‘hasta por un máximo del total de las comisiones pagadas al Centro de Ventas’...”.

Adicionalmente, el apoderado de la demandante afirma que COMCEL

“*Convirtió en sinónimos FRAUDES e INCONSISTENCIAS DOCUMENTALES; sancionando como FRAUDES aquello que calificó como **inconsistencias** en la suscripción.*

“ *Aplicó esta sanción por las acciones de los abonados, es decir, responsabilizó a **CELLULAR PHONE** por conductas imputables a terceros, sin que se le hubiera demostrado culpa.*

“ *Calificó como falsos documentos, sin probar su falsedad o pedir que se investigara esta circunstancia.*

“ *Decidió, por sí y ante sí, que algunos documentos no pertenecían a la persona que hacía la activación, sin explicar en ninguna parte (ni en documento interno ni en solicitud de investigación) las razones en que fundamentaba su apreciación. No aportó nunca una prueba siquiera sumaria acerca de la ocurrencia de los hechos o conductas que estaba sancionando. Simplemente, se limitaba a mencionar el título de la sanción que estaba imponiendo.*

“ ***COMCEL** nunca tuvo en cuenta el grado de culpa que era imputable al agente en las conductas que sancionó. Simplemente al presentarse una cuenta no pagada de un abonado responsabilizó a **CELLULAR PHONE** de esa cartera, sin entrar a verificar la inexistencia de culpa en el agente.*

“ *Dedujo de las comisiones deudas de los abonados que consideró irrecuperables, o de dudoso recaudo hasta por el total de las comisiones pagadas al Centro de Ventas, sin explicar la ocurrencia real de las conductas fraudulentas taxativamente señaladas en la cláusula 7.26, que era la norma que servía de soporte contractual a estas penalizaciones o descuentos.”*

Finalmente, el apoderado de CELLULAR PHONE expresó que COMCEL no formuló las denuncias penales relacionadas con los fraudes por los cuales penalizó al distribuidor, cuando a su juicio debió hacerlo.

Por su parte, el apoderado de COMCEL, en sus alegatos de conclusión, manifestó:

“*En los contratos de distribución sometidos a consideración de este Tribunal, que, repito, fueron fruto de la libre discusión que adelantaron COMCEL y CELLULAR PHONE EXPRESS S. A., se previó un mecanismo contractual que le permitía a COMCEL de manera unilateral aplicar a CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. sanciones y penalizaciones para el evento en que incurriese en conductas lesivas para la buena marcha del contrato.*

“*De igual manera previeron los contratantes unas cargas de diligencia y cuidado en cabeza de CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. que la obligaban rigurosamente a verificar las condiciones de vinculación de los clientes así como la documentación que las soportaba.*

“Si dichas cargas no se cumplían y las activaciones de las líneas se hacían incompletas o para propósitos ilegales previeron los contratantes que COMCEL podía sancionar esta incuria o negligencia de CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. aplicándole penalizaciones.”

Y agregó que, en cualquier caso, muchas de las penalizaciones impuestas por COMCEL fueron transigidas en las actas de conciliación que suscribió CELLULAR PHONE.

Para decidir este punto es preciso revisar las previsiones contractuales que regularon la imposición de penalizaciones, para luego verificar si la forma en que tales penalizaciones se aplicaron por COMCEL excede la autorización otorgada por los acuerdos celebrados entre las partes.

Así, en el segundo párrafo de la cláusula 7.6 del Contrato de 1999 se establece:

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

(Se ha subrayado)

En un párrafo posterior se establece:

“En todo caso, lo anterior se ceñirá al MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES y todas las obligaciones indicadas en este numeral serán consonantes con los requerimientos e instrucciones que imparta COMCEL y se coordinarán con el proceso de activaciones.”

En el parágrafo segundo de la misma cláusula se establece:

“EL DISTRIBUIDOR responderá ante COMCEL de todo daño, perjuicio o sanción que se derive de la inobservancia de las obligaciones pactadas en este numeral y pagará a COMCEL, por cada día de retraso en la entrega de la documentación que trata este numeral completa, correcta y verazmente diligenciada, a título de pena de simple apremio que no extingue la obligación principal y puede hacerse exigible con ésta, una suma diaria de cuatro mil (\$4.000) pesos moneda legal colombiana o la consagrada en EL MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES, pena que igualmente se causará por cada día que el DISTRIBUIDOR retarde o demore en corregir uno o más de los eventos que en el anexo No. 2 del MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES, se considera como ‘penalizables’.

“También se causará la misma pena y por el mismo lapso, por cada día de retraso del DISTRIBUIDOR en hacer entrega a COMCEL del original del comprobante de consignación de que trata el numeral 7.7. de esta cláusula 7.”

Adicionalmente, en el segundo inciso de la cláusula 7 se establece: “La

retención de los dineros recibidos por EL DISTRIBUIDOR o su uso indebido será sancionado con la aplicación de las sanciones pecuniarias consagradas en este contrato, sin perjuicio de las restantes consecuencias pactadas y de las sanciones penales a que hubiere lugar.”

En la cláusula 7.26.3 se establece a cargo de CELLULAR PHONE la obligación general de abstenerse de realizar directamente o a través de terceros conductas que *“puedan constituir fraude al contrato de distribución, a las suscripciones, a las activaciones a los planes o programas de promoción, a las órdenes e instrucciones que se le impartan sobre el particular ...*

Adicionalmente, en la cláusula 7.30 del Contrato de 1999, se estipula como una obligación del distribuidor *“Adoptar medidas de seguridad idóneas y efectivas para asegurar y garantizar la identidad del solicitante, cliente o abonado potencial del servicio, la veracidad de los datos suministrados por éstos, las condiciones y calidades exigibles de éstos según las disposiciones legales, reglamentarias, actos administrativos, las autoridades competentes y COMCEL y, para asegurar y garantizar la idónea, oportuna y adecuada protección del ESN/MIN, de la información confidencial suministrada por COMCEL, por los solicitantes, los usuarios y suscriptores, la correcta utilización de la papelería, documentos, formularios y contratos, documentación y carnet de identificación de su red de distribución y de su personal incluso el permanente, transitorio, eventual o esporádico.”*

Y se agrega: *“Por fuera de la culpa así sea levísima del DISTRIBUIDOR y de su personal o canales de distribución, de la omisión o retardo en el cumplimiento de las cargas y deberes señalados en precedencia y de la activación de las líneas por COMCEL, en todo caso, EL DISTRIBUIDOR, perderá las comisiones, prestaciones y residuales y responderá frente a ésta por la totalidad de los daños, gastos y costos a que hubiere lugar derivados de la activación con documentos o datos falsos, total o parcialmente, cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o cuando de cualquier manera permite o tolera la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por el mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta o canales de distribución, para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que no lo hayan autorizado o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial, de los documentos de identificación de su personal o de la papelería y documentación suministrada.”*
(Se ha subrayado)

De la misma manera, en la cláusula 7.32 del Contrato de 1999 se establece:

“EL DISTRIBUIDOR, asumirá y pagará incondicionalmente a COMCEL el valor total de los teléfonos celulares, equipos, productos y todos los demás costos y cargos, cuando habiéndolos entregado al usuario o abonado potencial, las activaciones no se produzcan efectivamente o se rechacen los contratos de suscripción por ausencia de los requisitos legales, de moralidad o de las demás condiciones consagradas en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE

DISTRIBUIDORES y dichos usuarios o abonados potenciales no los restituyan en idénticas condiciones a aquéllas en que los recibieron, dentro de los treinta (30) días siguientes a la negativa de activación o rechazo de los contratos.”

También en el Anexo A del contrato de 1999 se incluyó una previsión que remite a la cláusula 7.26 del Contrato de 1999 como sigue:

“En caso de desactivación del cliente o abonado obtenido mediante cualquiera de las conductas expresadas en el numeral 7.26 del contrato de distribución y, en particular, mediante fraude al contrato de distribución, al de suscripción, a los planes y programas o a través de declaraciones falsas o inexactas o actividades fraudulentas por parte del DISTRIBUIDOR, incluidas las maquinaciones tendientes a aumentar las activaciones o el número de Abonados que no corresponda a la realidad, o en los casos de activación con base en la documentación e información suministrada por EL DISTRIBUIDOR con base en documentos o datos falsos, total o parcialmente o, cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o, cuando de cualquier manera permite o tolera la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por él mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta o canales de distribución, para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que no lo hayan autorizado o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial, de los documentos de identificación de su personal o de papelería y documentación suministrada y, sin perjuicio de las sanciones pactadas, COMCEL, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo hasta por un máximo del total de las comisiones pagadas al Centro de Ventas por concepto de la activación de todos los clientes obtenidos de la manera irregular aquí indicada sin que se excluyan otros efectos previstos en el contrato de Distribución para los mismos hechos COMCEL se reserva el derecho de hacer descuentos o de acreditar las cuentas de sus Abonados, cuando en su opinión, a ello hubiere lugar.” (Se ha subrayado)

Adicionalmente, en el Capítulo I sobre “Distribuidores” del Manual de Procedimientos del 8 de marzo de 1999⁹⁶ se establece:

“3. Descuentos realizados al distribuidor.

“3.1. Penalizaciones

“El Distribuidor recibe de la Gerencia de Apoyo a Distribuidores un comunicado (Ver anexo 5) en el cual se registra el valor a descontar por concepto de penalizaciones, soportado por el detalle de las mismas.

“El descuento se hará efectivo en el segundo pago del mes.”

De las cláusulas antes transcritas, se deduce que en el Contrato se estableció una amplia facultad a COMCEL para penalizar una amplia gama de conductas relacionadas con la activación de líneas y el manejo de los dineros recibidos de los usuarios.

⁹⁶ Folio 308 del cuaderno de pruebas 16 del expediente.

De lo anterior, se deduce que para COMCEL tenía especial trascendencia la cuidadosa verificación, por parte de su co-contratante, de los documentos necesarios para realizar las activaciones de las líneas, así como el cumplido depósito de los dineros recaudados de los usuarios, y por esa razón en el contrato se describen insistentemente las obligaciones que asume el agente para alcanzar tales objetivos.

Para el Tribunal es razonable que COMCEL pretenda desestimular la comisión de fraudes en las activaciones, entendido el concepto de “*fraude*” como “*Acción contraria a la verdad y a la rectitud, que perjudica a la persona contra quien se comete*”⁹⁷ pues efectivamente permitir inconsistencias en el proceso de activación, en forma reiterada, podía irrogarle graves perjuicios.

En este orden de ideas, CELLULAR PHONE asumió la obligación de verificar la documentación presentada e incluso se comprometió a “*garantizar la identidad del solicitante*”, de manera que aceptó los riesgos inherentes a los errores que pudieran cometer sus funcionarios al ejecutar la actividad que le fue encomendada.

En concordancia con lo anterior, COMCEL quedó autorizada por el contrato para imponer como sanciones, en casos de inconsistencias documentales, activaciones fraudulentas o por desactivación de clientes vinculados de esa manera, la pérdida o reducción de comisiones, beneficios o utilidades, así como el pago de los consumos generados en las líneas activadas sin cumplir con el debido procedimiento de verificación.

Adicionalmente, según los términos del contrato, COMCEL no estaba obligada a hacer una “*investigación exhaustiva*” para establecer el origen de las inconsistencias que se habían presentado en la activación para imponer la penalización o descuento acordados sobre la comisión de su co-contratante.

Ahora bien, ciertamente en las sucesivas Circulares que envió COMCEL a su red de distribución, se iban aumentando las causales de penalización, que quedaban incorporadas en el Manual de Procedimientos. Sin embargo, correspondían a distintos casos de inconsistencias documentales que CELLULAR PHONE se había obligado a verificar, o al incumplimiento en los plazos para remitir la documentación o los dineros de los abonados, de acuerdo con lo previsto en el contrato.

Debe destacarse además, que en las distintas Circulares y comunicaciones se estableció un procedimiento que permitía al agente formular “*descargos*” o desvirtuar la penalización impuesta, lo que permite deducir que COMCEL efectivamente enviaba información, por lo menos básica, sobre la causal de penalización, pues en cualquier caso le resultaba más conveniente que se cumpliera debidamente el proceso de activación para ganar un nuevo cliente, que penalizar a su co-contratante.

⁹⁷ Diccionario de la Real Academia

Así, por ejemplo, en la Circular GSD-2001-272941⁹⁸, de fecha 31 de agosto de 2001, se establece un literal sobre “*Solución a inconsistencias*” en el que se expresa: “*El Distribuidor cuenta con los tiempos establecidos en las políticas para solucionar la inconsistencia a partir de la fecha en que le sea reportada y/o notificada*”.

En la Circular GSD-2007-223466 del 8 de mayo de 2007, se informa nuevamente a la red de distribución el procedimiento para realizar los descargos correspondientes a las penalizaciones relacionadas con inconsistencias en el envío de documentos y por no cumplimiento de las condiciones de venta.

También en la Circular GSD-2004-610716 del 19 de julio de 2004, se evidencia que estaba previsto un procedimiento que podía seguir la red de distribución para “solucionar” la situación que había dado lugar a la penalización, de manera que el valor descontado fuera reembolsado.

Este procedimiento se reitera en la Circular GSD-2008-186197-6 del 25 de junio de 2008, en la que se establece:

“Los descargos y/o comentarios de cada línea o planilla deben ser remitidos en el mismo archivo enviado por COMCEL, en la columna descargos Distribuidor al correo penalizaciones @ COMCEL.com.co.”

Y más adelante agrega:

“Los descargos deben ser remitidos a más tardar ocho días hábiles después del reporte enviado por COMCEL hasta las 6:00 p.m., pasada esta fecha y hora no se tendrán en cuenta y no se procederá con la respectiva validación para retirar las líneas o planillas del informe.”

“Verificar en la relación de pago de comisiones el concepto por el cual se aplicaron cada una de las penalizaciones y así poder remitirse al detalle que corresponda con el informe remitido por penalizaciones que justifica el descuento.”

Adicionalmente, obran en el expediente un memorando interno de fecha 13 de diciembre de 2005⁹⁹ y otro del 20 de mayo de 2004¹⁰⁰ dirigidos por COMCEL a CELLULAR PHONE en los que hace referencia al número de casos que han dado lugar a penalizaciones, 27 en el primero y 24 en el segundo y sobre los cuales se expresa que la relación ha sido “enviada por mail.”

También de lo expresado en el dictamen pericial se puede deducir que COMCEL informaba a CELLULAR PHONE sobre las causales que habían dado lugar a las penalizaciones.

En efecto, en el mencionado dictamen se afirmó:

⁹⁸ Folios 135 y siguientes del cuaderno de pruebas 4 del expediente.

⁹⁹ Folio 295 del Cuaderno de pruebas 2 del expediente

¹⁰⁰ Folio 296 del cuaderno de pruebas 2 del expediente

“R.: De acuerdo con la información obtenida en **COMCEL**, y las bases de datos de las penalizaciones, las causales por las cuales es penalizado **CELLULAR PHONE** en cuanto a la documentación, son:

- Anexos inconsistencias Cámara de Comercio (Empresa no existe en la dirección reportada). - Cédula enmendada con huella sobrepuesta - Cédula enmendada

- Cédula enmendada con huella sobrepuesta, hay negación de línea - Cédula enmendada con huella sobrepuesta y/o datos sobrepuestos - Cédula Falsa - Cédula Ilegible

- Cédula Ilegible, firma no corresponde - Cédula no es copia tomada directamente del original. - Cédula Inconsistente - Contracara de la cédula no corresponde - Contraseña enmendada - Contrato con huella digitalizada - Contrato no recepcionado - Huella, firma y foto no corresponden - Inconsistencia documental - Negación de línea

En ninguna de las penalizaciones dice que haya sido **CELLULAR PHONE** quien presentó la documentación falsa o con inconsistencia, únicamente relacionan la causal por la cual lo están penalizando; no se encontró ninguna investigación penal o administrativa, solamente aparece la penalización o sanción pecuniaria a **CELLULAR PHONE**.”

También en el dictamen pericial, quedó consignado lo siguiente:

R.: De acuerdo con la contabilidad de **COMCEL**, las penalizaciones fueron por los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR EN \$
ANULACIONES	150.000
CARTERA DEVOLUCIONES NO SOLUCIONADAS	2.419.320
CONTROL RECAUDO GENERACIÓN CXC	89.839.726
CORRECCION DATOS	485.400
DEVOLUCIONES NO SOLUCIONADAS	67.541.947
DEVOLUCIONES SOLUCIONADAS	13.882.646
DIFERENCIA EN CONSIGNACION	24.079.097
INTERES MORA CONTROL RECAUDO CXC	1.083.373
NO ENTREGA OPORTUNA	376.000
NO RECEP 30 DIAS	10.150.000
SANCION 10% CONTROL RECAUDO CXC	7.858.870
TOTAL	217.866.379

Cabe aclarar, que de acuerdo con la información que fue entregada por COMCEL S.A., tienen bases de datos de las penalizaciones a partir del año 2003, al respecto dice COMCEL: “únicamente en el área contamos con la información de esta base de penalización desde el año 2003 al 2012”.

Luego, en la ampliación al dictamen pericial, la perito expresó:

R.: *De acuerdo con el Manual de Procedimientos en el capítulo 5° aparecen las causales por las cuales se puede penalizar; al respecto en el punto 3.1 del citado documento dice:*

“3. DESCUENTOS REALIZADOS AL DISTRIBUIDOR

“3.1. PENALIZACIONES Regresar Todas las inconsistencias generadas en el proceso de venta, suscripción, cambios de servicio solicitados por los clientes o legalización de documentos, serán penalizadas de acuerdo con los parámetros descritos. (Ver anexo 2). El distribuidor recibe mail de la Gerencia de Comisiones en el cual se detalla el valor a descontar por penalizaciones. El anterior descuento se realiza en el pago de comisiones por venta realizado al Distribuidor y se relaciona en el extracto de cruce de cuentas en la parte Descuentos realizados durante el mes.” (Se ha subrayado)

Igualmente, la perito expresó “COMCEL tiene en su contabilidad unos conceptos específicos para el registro de las diferentes penalizaciones. No se encontró en el contrato que se definiera expresamente los términos Fraude e Inconsistencia y en qué casos se debía aplicar cada uno de ellos.”

En otra respuesta del dictamen, la perito expresó:

“R.: *Al comparar el listado de conceptos por los cuales fue penalizada CELLULAR PHONE por parte de COMCEL, tenemos que algunos coinciden textualmente con los registrados en el Manual, estos son:*

*34. Falta huella – huella repisada no es nítida – no es del usuario
43. Fotocopia de la cédula ilegible.
115. Cédula incompleta.”*

En cualquier caso, se había previsto un procedimiento para que CELLULAR PHONE presentara explicaciones y descargos frente a las penalizaciones impuestas. Si aquella consideraba que no tenía información suficiente para ejercer el derecho que le había sido reconocido, o incluso para mejorar las prácticas de su personal, debió solicitar tal información a COMCEL, de lo cual no se halló evidencia documental en el expediente que así lo demostrara.

Así mismo, llama la atención que durante el extenso término de vigencia del contrato CELLULAR PHONE no hubiera dirigido alguna comunicación formal de reclamación, a COMCEL, expresando sus inquietudes y desacuerdos por el ejercicio exorbitante e injustificado de su facultad de penalizar que ahora le reclama.

En conclusión, el Tribunal no encontró demostrado que COMCEL hubiera penalizado a CELLULAR PHONE por conductas no contempladas en el contrato o de manera excesiva, o sin indicar la causal que daba lugar a la sanción.

De igual manera se reitera que el término “fraude”, en el contexto del contrato, no está necesariamente vinculado a la comisión de un tipo penal, de manera que bien pueden incluirse bajo tal concepto las inconsistencias documentales previstas en el Manual de Procedimientos y no se advierte que existiera obligación por parte de COMCEL de realizar denuncias penales, como presupuesto para aplicar las deducciones de las comisiones en los términos de los documentos contractuales recibidos por CELLULAR PHONE.

Con fundamento en lo antes expuesto, no prospera la pretensión 23, por la que se solicita *“Que se declare que **COMCEL** incumplió el contrato que la vinculaba con la convocante por haber estipulado y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar las sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato o sin demostrar previamente a **CELLULAR PHONE** la ocurrencia de los hechos generadores de la sanción, tal como se encontraba expresamente pactado en el contrato.”*

Tampoco prospera la pretensión 24 literal e), en cuanto solicita que se declare que COMCEL incumplió el contrato por *“Sancionar al agente con descuentos por fraudes imputables a terceros, contrariando la estipulación contractual sobre el tema”* puesto que independientemente de que fuera un tercero quien presentara la documentación inconsistente, la parte convocante asumió la obligación de verificar que en el proceso de venta y activación no se admitiera tal documentación inconsistente.

No prospera la pretensión 44, por virtud de la cual se solicita *“Que se condene a **COMCEL** a pagar a **CELLULAR PHONE** las sumas correspondientes a la totalidad de los descuentos que realizó por sanciones no previstas en el contrato; por sanciones contractuales aplicadas excesivamente o con violación de las condiciones previstas en el contrato, o sin demostrar previamente a **CELLULAR PHONE** la configuración de las hipótesis, claramente definidas en el clausulado correspondiente (cláusulas 7.26.3.1 a 7.26.3.4, – 7.30- 7.32; 2.26.1 a 7.26.8;; e inciso 2o del numeral 1o del Anexo “A”)., a lo largo de la relación contractual, o en subsidio, a partir de la fecha que tenga a bien indicar el Tribunal.”*

De la misma manera, no prospera la pretensión 24 literal f), a través de la cual se pretende la declaración del incumplimiento del contrato por parte de COMCEL, por *“Cargar a los agentes el valor de la facturación dejada de pagar por los usuarios.”*, puesto que de acuerdo con la evidencia que aparece en el expediente, CELLULAR PHONE estaba obligada a asumir tales cargos, de conformidad con lo dispuesto en el contrato, cuando aquellos estaban vinculados con una inconsistencia presentada en el proceso de activación a cargo de sus empleados.

Confirma lo anterior la Circular GSD-2005-132761¹⁰¹ del 1º de abril de 2005 en cuanto dispone:

“Adicionalmente en el evento en que COMCEL desactive la línea por falta de pago y el Distribuidor no haya legalizado o entregado dos documentos correspondientes a la venta, se procederá así:

a) Se cobrará al Distribuidor el valor total (full precio) del equipo entregado al usuario y;

b) Los saldos de cartera pendientes de pago a la fecha de desactivación; en caso que la compañía recupere la totalidad o parte de los saldos adeudados se realizarán los ajustes correspondientes a favor del Distribuidor.”

En relación con la pretensión 25 que se refiere a *“Que se declare que por la terminación del contrato, **COMCEL** perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a **CELLULAR PHONE**, a partir del 1 de junio de 2011”* el Tribunal considera que COMCEL podía aplicar dichas penalizaciones y descuentos por circunstancias ocurridas antes de la terminación del contrato y frente a las cuales CELLULAR PHONE no hubiera dado solución dentro de los términos establecidos en las Circulares. Con estas precisiones, la pretensión, como está formulada, no prospera.

Finalmente, aún si se admitiera que COMCEL aplicó descuentos por penalizaciones no contempladas en el contrato, dentro del proceso no quedó demostrado el valor descontado por tal concepto, pues en el dictamen pericial se contabilizó el valor total descontado por penalizaciones, sin que se hubiera discriminado la suma que correspondía a aquéllas presuntamente no contempladas en el contrato.

2.2.1.6 Indemnización por cobro de penalizaciones sobre comisiones conciliadas previamente en actas de conciliación

En la pretensión 45 se solicitó *“Que se condene a **COMCEL** a reintegrar a **CELLULAR PHONE** los valores de los descuentos y penalizaciones sobre comisiones de activación ya conciliadas, que fueron aplicados y cobrados con posterioridad a la fecha de corte de cuentas incluida en cada una de las ACTAS firmadas, si las hubo, por hechos anteriores a las mismas, todo conforme a la cuantificación pericial que se haga en el proceso.”*

Tal como se señala en el acápite de consideraciones del laudo referente al abuso contractual y en el acápite 3 sobre terminación del contrato, ocurre que el Tribunal ha determinado que los documentos de transacción, conciliación y compensación tienen, en general, carácter abusivo. De ahí que el único efecto otorgado a dichos documentos, haya consistido en permitirle a las partes hacer barridos o verificaciones generales, preliminares y básicas de las cuentas, sin perjuicio de la revisión y discusión posterior de las mismas. Así, al resolver la pretensión 41, el Tribunal consideró que ésta no prospera por cuanto el

¹⁰¹ Folio 52 Cuaderno de pruebas 4 del expediente.

pretendido incumplimiento se predica de unos documentos a los cuales el propio Tribunal les ha negado efectos.

Por lo anterior, y las demás consideraciones del Tribunal aplicables a los descuentos y penalizaciones sobre comisiones por activación, no prospera la pretensión 45.

2.2.1.7 Imposición a CELLULAR PHONE de cargas administrativas que no le correspondían

En la pretensión 24 literal c), de la demanda, se solicita que se declare que COMCEL incumplió el contrato por *“Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente.”*

A este respecto, el apoderado de CELLULAR PHONE expresó:

“Estos incumplimientos se dieron principalmente por (i) El cobro de las consultas a centrales de riesgo; y (ii) el cobro del costo por el transporte de valores.

“COMCEL, trasladó a CELLULAR PHONE la realización de actividades administrativas propias, sin que le hubiera reconocido ninguna contraprestación adicional, lo cual obviamente causó al agente un mayor costo de operación, que se tradujo necesariamente en una disminución en el valor de la comisión pactada y, con ello, una vez más el rompimiento de la ecuación económica contractual.”

Sobre el particular, el apoderado de COMCEL afirmó:

“Del cláusulado del contrato de distribución, se encuentra que CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. debía poner todo su empeño en la adecuada selección de los usuarios, por tal razón, las obligaciones de documentación, verificación y cotejo de identidad, se encontraban relacionadas con su deber de cumplir el contrato y los procedimientos dados por COMCEL y aceptados libremente por CELLULAR PHONE EXPRESS S. A.

“En la medida que CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. era quien tenía el contacto directo con los usuarios, ninguna de las obligaciones, cargas o traslados de riesgos que dicha labor pueda implicar, es irracional o desproporcionada, toda vez que, tales medidas y procedimientos están diseñados a salvaguardar los parámetros de calidad del servicio con los usuarios.

“Así las cosas, la aplicación de unas previsiones contractuales en uso de una legítima facultad que deriva del común acuerdo de los contratantes jamás puede devenir en incumplimiento del contrato como en forma infundada lo pretende CELLULAR PHONE EXPRESS S. A.”

Para resolver lo atinente a este punto, es preciso establecer el alcance de las cláusulas o previsiones contractuales al respecto.

2.2.1.7.1 El valor cancelado por CELLULAR PHONE por concepto de consultas a Datacrédito

Por lo que hace a las consultas a Datacrédito, es pertinente tener en cuenta lo dispuesto en el segundo párrafo del numeral 7.6 del contrato de 1999, que hace parte del capítulo 7 sobre *“Deberes y Obligaciones del Distribuidor”* a cuyo tenor se dispone:

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

En el Manual de Procedimientos de fecha 8 de marzo de 1999, vigente para la fecha en que se celebró el contrato entre las partes, en el Capítulo IX sobre *“Datacrédito en Distribuidores”*, se establece:

“OBJETIVO” “El presente documento tiene como objetivo principal fijar los procedimientos para la implantación del acceso de los Distribuidores de COMCEL a las bases de datos de información financiera de Datacrédito” y efectivamente en él se describe con detalle el trámite necesario para efectuar las consultas a esa base de datos, como requisito que habría de cumplirse dentro del proceso de activación.

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera que la consulta a Datacrédito era precisamente una de las medidas de seguridad que debía adoptar CELLULAR PHONE *“...para garantizar la veracidad de los datos”*, a las que se refiere la cláusula del contrato antes transcrita.

Adicionalmente, al haberse establecido esta consulta como un requisito necesario para el proceso de activación se considera como una de *“las actividades y operaciones inherentes a su distribución”* a las que se obligó CELLULAR PHONE en el párrafo segundo de la cláusula 3. *“Objeto del Contrato”*, del texto suscrito en 1999¹⁰².

¹⁰² “3. Objeto del Contrato:

“En virtud de este contrato, COMCEL concede a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. como DISTRIBUIDOR CVS-COMCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que COMCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

“Por consiguiente, EL DISTRIBUIDOR se obliga para con COMCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos. ...” (Se ha subrayado)

A este respecto, resulta relevante el artículo 1323 del Código de Comercio a cuyo tenor se dispone: *“Salvo estipulación en contrario, el empresario no estará obligado a reembolsar al agente los gastos de agencia; pero éstos serán deducibles como expensas generales del negocio, cuando la remuneración del agente sea un tanto por ciento de las utilidades del mismo.”*

En este orden de ideas, el Tribunal considera que COMCEL no incumplió el contrato por descontar de las comisiones del distribuidor los pagos realizados a Datacrédito que, de acuerdo con lo que aparece en el dictamen pericial, ascendieron a \$95.677.388, a partir del año 2004 y hasta la fecha de terminación del contrato.

Por lo anterior, no prospera la pretensión 43 literal b) por virtud de la cual, se solicitó ordenar a COMCEL el reembolso a CELLULAR PHONE de las sumas pagadas a Datacrédito.

2.2.1.7.2 El valor cancelado por CELLULAR PHONE a la transportadora de valores

En primer término debe anotarse que el contrato suscrito en 1999 no le atribuyó a CELLULAR PHONE la obligación de asumir los rubros correspondientes al transporte de valores.

Con todo, en la cláusula 7.7 del Contrato de 1999, se estableció lo siguiente:

“EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y de servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a mas tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, firma que se comprobará con el contrato de servicios de telefonía móvil celular firmado por el suscriptor. EL DISTRIBUIDOR, entregará a COMCEL en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de COMCEL, a mas tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, junto con los demás documentos de venta.

“La retención de los dineros recibidos por EL DISTRIBUIDOR o su uso indebido será sancionado con la aplicación de las sanciones pecuniarias consagradas en este contrato, sin perjuicio de las restantes consecuencias pactadas y de las sanciones penales a que hubiere lugar.”

De la misma manera, en el Capítulo II sobre “Proceso de venta” del Manual de Procedimientos del 5 de agosto de 1999, se incluye un acápite sobre la consignación de los dineros por parte del distribuidor a favor de COMCEL y no

se establece la obligación a su cargo de contratar una transportadora de valores para llevar a cabo el depósito de tales dineros, ni la obligación de asumir los costos de ésta.

Ahora bien, en la comunicación de fecha 30 de agosto de 2007, que envió COMCEL a CELLULAR PHONE y que obra en el expediente como Anexo 4 al dictamen pericial, se expresó:

“Por medio de la presente nos permitimos comunicarle, que en virtud del otro si suscrito por los Distribuidores habilitados para operar como CPS, es una obligación contractual del Distribuidor realizar el recaudo de dineros provenientes de los usuarios, a través de la Transportadora de Valores designada por COMCEL S.A. A continuación transcribo artículo del otrosí que expresa:

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

En el mismo Anexo 4 del dictamen obra la comunicación GG-2007-086 de fecha 7 de septiembre de 2007, por virtud de la cual CELLULAR PHONE da respuesta al requerimiento de COMCEL, sin negar la existencia del otrosí que menciona, ni expresar discrepancia sobre los términos del mismo.

Del contenido del mencionado otrosí se deduce que la obligación que asumió CELLULAR PHONE de recibir de los usuarios dineros de propiedad de COMCEL es una típica obligación del contrato de mandato, lo cual permite aplicar las reglas del mismo en relación con el cumplimiento de tal prestación.

En este orden de ideas, de acuerdo con lo previsto en el artículo 2184 del Código Civil, una de las obligaciones del mandante, en este caso COMCEL, a favor de CELLULAR PHONE, como su mandatario, es *“reembolsarle los gastos razonables causados por la ejecución del mandato”*, de manera que habrá de restituirle las sumas que descontó de las comisiones por concepto de pagos a la transportadora de valores.

Nótese que en este caso no se aplica el artículo 1323 del Código de Comercio en cuanto dispone que los gastos de la agencia no son reembolsables, puesto que la obligación de utilizar una transportadora de valores, para realizar el depósito de los dineros recibidos de los clientes, no se deriva de la naturaleza de tal contrato.

Desde otro punto de vista, es claro que siendo de propiedad de COMCEL el dinero que CELLULAR PHONE recibe de los usuarios, es COMCEL quien tiene interés en preservar la seguridad del mismo y le corresponde mitigar el riesgo de pérdida cuyo costo no trasladó contractualmente al distribuidor.

De igual manera, la utilización de una transportadora de valores es una obligación impuesta por COMCEL a CELLULAR PHONE, pero no es un gasto inherente al pago de los dineros que recauda éste de los clientes de aquél, pues bien podría llevarse a cabo dicho pago sin tomar tal seguridad, de manera que no se aplica lo dispuesto en el artículo 1629 del Código Civil¹⁰³, en cuanto dispone que los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor.

Con fundamento en lo antes expuesto, prospera la pretensión 43 literal c en cuanto solicitó que se condenara a COMCEL al pago de *“El valor correspondiente al transporte de dinero y valores pagados a la transportadora BRINKS, o a quien preste el servicio, desde los CENTROS DE PAGO Y SERVICIO hasta los sitios indicados por COMCEL”*, suma que en el dictamen pericial se cuantificó en doscientos cinco millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos (\$205.459.484.00).

De la misma manera prospera, la pretensión 24 literal c que se refiere a declarar el incumplimiento de COMCEL por *“Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente”*, por lo que hace a lo que se refiere al pago de la transportadora de valores y no en lo que se refiere al pago de los gastos por concepto de consultas a Datacrédito.

Con fundamento en lo antes expuesto, prospera la pretensión 43 literal c) en cuanto solicitó que se condenara a COMCEL al pago de *“El valor correspondiente al transporte de dinero y valores pagados a la transportadora BRINKS, o a quien preste el servicio, desde los CENTROS DE PAGO Y SERVICIO hasta los sitios indicados por COMCEL”*. Esta suma es de doscientos cinco millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos (\$205.459.484.00), tal como se desprende del dictamen pericial. Sobre dicha suma, se reconocerán intereses moratorios contados desde el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). Estos ascienden a la suma de ciento veinticuatro millones quinientos veinte mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$124,520,346.00) con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013).

2.2.1.7.3 Gastos de vigilancia en los locales en los que operaba CELLULAR PHONE

En la pretensión 43 literal c) también se pide que se condene a COMCEL a pagar a CELLULAR PHONE *“los valores cancelados a terceros por concepto de los servicios de vigilancia prestados en los CPS, ya que el manejo de dinero*

¹⁰³ Código Civil. “Artículo 1629. GASTOS OCASIONADOS POR EL PAGO. Los gastos que ocasionare el pago serán de cuenta del deudor; sin perjuicio de lo estipulado y de lo que el juez ordenare acerca de las costas judiciales.”

y la permanencia de los recaudos en caja durante el día, obligaban a mantener la seguridad en dichos lugares.”

Para el Tribunal, el costo del servicio de vigilancia en este caso es un gasto propio de la agencia, en cuanto corresponde al agente preservar la seguridad de los puntos de atención, desde los cuales sus funcionarios desarrollaban las labores propias del contrato. Al tenor de lo dispuesto en el artículo 1323 del Código de Comercio, no se trata de un gasto que COMCEL deba reembolsar al agente y, en consecuencia, la pretensión 43 literal c) no prospera en el aparte recién transcrito.

Así, por las razones expuestas en los acápites 2.2.1.7.2 y 2.2.1.7.3, prospera parcialmente la pretensión 43, literal c). Prospera en lo concerniente a los valores pagados a la empresa transportadora de valores. No prospera en cuanto a los valores cancelados a terceros por concepto de las labores de vigilancia.

2.2.1.7.4 Descuentos por merchandising

En relación con los descuentos que practicó COMCEL a CELLULAR PHONE por concepto de “merchandising”, el apoderado de ésta última, en sus alegatos de conclusión, afirmó:

“En cuanto a los descuentos por los “Plus de Venta” o “Merchandising” Aquí no se trata de una sanción sino de un descuento abusivo sobre el valor de las comisiones, que tampoco estaba previsto en el contrato. Por ninguna parte estaba contemplada contractualmente la posibilidad que COMCEL le cobrara a CELLULAR PHONE los artículos de propaganda que COMCEL le entregaba para regalar a los usuarios o abonados, denominado “PLUS DE VENTA” o “MERCHANDISING”. Además de no estar pactado contractualmente, resulta a todas luces injustificado y vergonzoso, por decir lo menos, que una empresa de la magnitud de COMCEL pretenda que sus agentes o distribuidores le subvencionen los artículos (bolígrafos, vasos, pocillos y similares) que regala con su marca a sus usuarios.”

Para decidir esta pretensión, resulta relevante lo establecido en la cláusula 7.10 del capítulo 7. “Deberes y Obligaciones del Distribuidor” del Contrato de 1999, en cuanto establece:

“EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar en todas las promociones que COMCEL ofrezca al público, a observar estrictamente todos los términos y condiciones que se le comuniquen para cada una de estas promociones. EL DISTRIBUIDOR reconoce que las promociones que ofrezca COMCEL al público y la publicidad que haga ampliarán de manera significativa las posibilidades de mercadeo y por lo tanto que su participación en las promociones tiene un efecto económico positivo para él.” (Se ha subrayado)

Por su parte, en el Manual de Procedimientos de fecha 8 de marzo de 2009¹⁰⁴,

¹⁰⁴ Folio 423 del Cuaderno 4 del expediente

en el numeral 3 del Capítulo IV, sobre Servicio a Distribuidores, aparece:

“PRODUCTOS DE MERCHANDISING”

“Suministrar en forma oportuna los requerimientos de la Red de Distribución en lo referente a pedidos de Productos de Merchandising. Promoviendo de esta forma una gran variedad de artículos publicitarios tendientes a fortalecer nuestros productos y el posicionamiento de nuestra marca en el mercado.”

“PROCEDIMIENTO

“El Distribuidor deberá enviar a cada Agente de Servicio asignado, el original de la solicitud de Artículos de Merchandising Distribuidores con la firma y sello de la persona autorizada, especificando: Referencia, Cantidad, Valor Unitario y Valor Total.”

En concordancia con lo anterior, a folio 532 del cuaderno de pruebas 4 del expediente, obra una comunicación de fecha 20 de abril de 1999 dirigida a **“DISTRIBUIDORES COMCEL”** del Gerente de Entrenamiento y Servicio al Distribuidor” de COMCEL, cuyo **“Asunto”** es **“LISTA DE PRECIOS – MERCHANDISING COMCEL”**, en la que se lee:

“Con la presente estamos enviando la Lista de Precios actualizada a Abril de 1999 del Material de Merchandising de COMCEL existente en Bodega Central, para su conocimiento y elaboración de pedidos de acuerdo a sus necesidades con el procedimiento establecido.”

De acuerdo con lo anterior, el Tribunal considera, de una parte, que CELLULAR PHONE aceptó expresamente en el contrato que la publicidad de COMCEL, uno de cuyos rubros es precisamente la entrega de productos promocionales o “merchandising”, le generaba beneficios y, de la otra, que COMCEL no impuso una cuota específica por este concepto, sino que dejó al criterio de su co-contratante la determinación de los productos que estaba dispuesto a adquirir, así como el valor que destinaría a este rubro, de manera que COMCEL no se encuentra obligada a restituir el valor que libremente decidió destinar CELLULAR PHONE a la adquisición de “merchandising”.

En este orden de ideas, y por todo lo expuesto en los acápites 2.2.1.7.1 a 2.2.1.7.4, prospera la pretensión 24 literal c) que se refiere a declarar el incumplimiento de COMCEL por **“Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente”**, únicamente en el entendido de que se refiere al pago de la transportadora de valores, y no en lo que se refiere al pago de los gastos por concepto de consultas a Datacrédito y a los otros conceptos aplicables a la situación.

2.2.1.8 Otros incumplimientos atribuidos a COMCEL

A continuación, el Tribunal se pronuncia sobre otros incumplimientos que CELLULAR PHONE le ha atribuido a COMCEL.

2.2.1.8.1 Imponer la obligación de digitar las activaciones en lapsos imposibles de cumplir

En el literal h) de la pretensión 24, se pidió declarar el incumplimiento de COMCEL por *“Imponer a los agentes la obligación de digitar la totalidad de las activaciones en lapsos imposibles de cumplir cuando había promociones especiales para, de esta manera, no pagar las comisiones de venta sobre las activaciones que se digitaran por fuera del plazo, a pesar de que la línea así activada si aprovechaba a COMCEL”*.

En el proceso no obra prueba alguna en relación con el supuesto de hecho alegado, por lo cual la pretensión no prospera.

2.2.1.8.2 Conductas constitutivas de bloqueo comercial

En la pretensión 24, literales k) y l), se solicitó declarar el incumplimiento de COMCEL por:

“k. Bloquear comercialmente a CELLULAR PHONE, no realizando despacho de bienes y productos indispensables para realizar su labor.”

“l. Negarse a entregar a CELLULAR PHONE: (i) Equipos en consignación para promover la venta del servicio de pospago y realizar reposiciones de los mismos; (ii) No entregar sim cards; (iii) No permitir recargas en línea; (iv) No entregar Kits Prepago.”

A este respecto, el apoderado de CELLULAR PHONE, en sus alegatos de conclusión, manifestó que COMCEL **“Impuso bloqueos comerciales a CELLULAR PHONE, que les impedían desarrollar su labor de promoción y con ello obtener el pago de su remuneración, colocándola en estado de no poder cumplir sus propias obligaciones.”**

Y agregó:

*“El bloqueo comercial que **COMCEL** aplicó a **CELLULAR PHONE** consistió en impedirle acceder al “Portal comercial” para hacer pedidos de equipos en pospago, ni sim cards, ni equipos prepago. Como fácilmente se comprende, en un contrato de agencia comercial, el no despacho de productos para la promoción de las ventas y el servicio del AGENCIADO, pone al AGENTE en imposibilidad de cumplir su labor y los compromisos adquiridos con terceros e incluso con la propia CONVOCADA.*

*“El bloqueo al que se sometió en repetidas oportunidades a **CELLULAR PHONE** en los meses previos a la terminación del contrato, constituye un gravísimo incumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de **COMCEL**, que afectó gravemente la situación económica de **CELLULAR PHONE** e impidió seguir adelante con la ejecución del contrato.”*

Por su parte, el apoderado de COMCEL, en sus alegatos de conclusión, afirmó lo siguiente:

“Con el dictamen pericial y las pruebas testimoniales se demostró en el proceso que CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. incumplió gravemente el contrato de distribución, y los acuerdos de pago a que se comprometió con COMCEL, lo que conllevó a la aplicación de penalizaciones justificadas por parte de mi poderdante.

*“Además en las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial, la perito Gloria Zady Correa Palacio manifestó que contablemente no se pudo verificar ningún tipo de bloqueo por parte de COMCEL hacia CELLULAR PHONE EXPRESS S. A., por el contrario en las páginas 28 a 31 de su experticia, la perito anexó copia de correos electrónicos entre las partes, y en lo que claramente se verificó que única causal de un “bloqueo” fue por los intentos **fallidos en la clave**.*

“En este sentido, al no haber existido “bloqueos comerciales” por parte de COMCEL hacia CELLULAR PHONE EXPRESS S. A., esta causal para dar por terminado el contrato no existió.”

A este respecto, obra en el proceso el testimonio del señor Alexander Guarnizo –funcionario de COMCEL-, quien afirmó desempeñarse en el cargo de director de región nororiente, “esto es Bogotá, Cundinamarca, Santanderes y Boyacá” y reconoció que dicha sociedad había implementado tal práctica debido al incumplimiento de CELLULAR PHONE frente a los acuerdos de pago celebrados.

En efecto, el testigo declaró lo siguiente:

“DR. CUBIDES: Se hizo la suspensión de entregas en qué tiempo con respecto a la carta de terminación del contrato?”

“SR. GUARNIZO: Se hizo muchas veces porque es igual un mecanismo de presión para que usted como distribuidor busque otros recursos vaya a la banca, no sé, busque esos recursos y pueda ejercer su finalidad que es vender.”

Dichas suspensiones de entregas de equipos celulares, por parte de COMCEL, contrastan con la supuesta filosofía de la empresa en el sentido de impulsar las ventas como único mecanismo para solucionar los problemas de su red de distribución. Al respecto, llama la atención del Tribunal el siguiente aparte del testimonio del señor Darwin Rojas –también funcionario de COMCEL-:

“DR. SALAZAR: Usted supo de problemas financieros que tuviera en Bucaramanga y Arauca CELLULAR PHONE que le impidiera cumplir con esas metas?”

SR. ROJAS: Yo tuve conocimiento a través del área de operaciones y del contacto con el distribuidor de situaciones financieras complejas y básicamente ahí la recomendación nuestra a nivel comercial insisto es no parar las ventas, finalmente nuestro negocio en la experiencia que tengo el vender más es lo único que da al distribuidor la capacidad de solucionar los problemas, es decir en la medida en que no vendamos no se generan flujos de caja y la situación se agrava más, entonces sí conocí inconvenientes derivados del tema del acuerdo de pago, pero más allá digamos no profundicé.”

El Tribunal considera que COMCEL debía tomar las precauciones necesarias para que la deuda a cargo de su co-contratante no se incrementara progresivamente. Sin embargo, no era razonable que insistiera en la suspensión de los despachos de los productos como mecanismo de presión para el pago, puesto que eran precisamente tales productos la fuente de ingresos de la que disponía el CELLULAR PHONE para atender sus obligaciones, como lo reconoció el funcionario de COMCEL en la declaración recién transcrita.

En este sentido, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE-, declaró lo siguiente en su testimonio:

“DR. CEDIEL: En qué consistía ese bloqueo comercial?”

“SR. SCHNEIDER: Implicaba que no pudiéramos tener acceso a kit prepago o simcard, inclusive que en determinado momento no pudiéramos comprar kit prepago ni siquiera de contado, porque muchas veces se presentaba que en la misma red uno pudiera conseguir el dinero para cancelar esos kit o comprar esos kit prepago y realizar su venta y ya en más avanzado el bloqueo podría uno despachar inclusive equipos en prepago que era la razón de ser y existir nuestra que era comercializar y hacer las activaciones de líneas y de equipos.”

Para el Tribunal, la conducta asumida por COMCEL constituye un incumplimiento del contrato celebrado entre las partes, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1603¹⁰⁵ del Código Civil, en concordancia con el artículo 871¹⁰⁶ del Código de Comercio, puesto que el empresario está obligado por la naturaleza del contrato a proveerle al agente los productos cuya distribución se le ha encomendado.

Al respecto, es pertinente tener en cuenta que CELLULAR PHONE tenía que observar un deber de exclusividad frente a COMCEL, razón por la cual su verdadera fuente de ingresos se derivaba del desarrollo del negocio de agencia. Adicionalmente, la naturaleza del contrato entrañaba un estrecho vínculo de colaboración entre las partes, razón por la cual la medida aplicada por COMCEL resultó ajena a la finalidad del negocio, pues el bloqueo a las actividades del agente le impedían a este, por obvias razones, crear, preservar o aumentar el mercado para su empresario principal.

El Tribunal considera que la conducta de COMCEL, antes descrita, afectó gravemente los intereses del agente. Dicha conducta le impidió a CELLULAR PHONE cumplir con el objeto del contrato, máxime si existía una obligación de exclusividad emanada del contrato.

¹⁰⁵ Código Civil. “Artículo 1603.- 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.”

¹⁰⁶ Código de Comercio. “Artículo 871.- Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley la costumbre o la equidad natural.”

En este orden de ideas, prospera la pretensión 24, en sus literales k) y l), que se refieren al incumplimiento de COMCEL por “k. Bloquear comercialmente a CELLULAR PHONE, no realizando despacho de bienes y productos indispensables para realizar su labor.” y “l. Negarse a entregar a CELLULAR PHONE: (i) Equipos en consignación para promover la venta del servicio de postpago y realizar reposiciones de los mismos; (ii) No entregar sim cards; (iii) No permitir recargas en línea; (iv) No entregar Kits Prepago.”

2.2.1.9 Diferencia de valor de equipos en postpago que asumió CELLULAR PHONE por no haberlos vendido en un plazo de 15 días

En la pretensión 43 de la demanda, se pidió condenar a COMCEL “a pagar en favor de CELLULAR PHONE las sumas que resulten probadas en el proceso por los siguientes conceptos: ... d) La diferencia del valor de aquellos equipos de postpago reclamados en los CENTROS DE ATENCION A LOS DISTRIBUIDORES (CAD), que COMCEL cobró a CELLULAR PHONE a full precio, por el hecho de no haberlos vendido dentro del plazo de 15 días y que CELLULAR PHONE tuvo que vender posteriormente a precios inferiores según las condiciones del mercado en su momento.”

En el hecho 255 de la demanda, se afirmó lo siguiente:

“COMCEL, por fuera de las estipulaciones contractuales, cobró a CELLULAR PHONE, a título de sanción, la diferencia entre el valor con descuento otorgado al distribuidor sobre el KIT PREPAGO y el full precio del equipo, es decir, le cargó a CELLULAR PHONE el valor total o precio full del equipo en casos que no estaban previstos en los contratos.”

A este respecto, en los alegatos de conclusión, el apoderado de CELLULAR PHONE manifestó que en la cláusula 7.32 del Contrato se autoriza a COMCEL a cobrar a CELLULAR PHONE la diferencia para completar el “full precio” de los teléfonos solamente en dos eventos: “(1) Cuando el distribuidor entrega los equipos al potencial abonado y éste finalmente no realiza la activación y (2) cuando habiéndose entregado los equipos al potencial abonado la activación es rechazada por COMCEL”, pese a lo cual, según él, COMCEL cobró esta diferencia para otros eventos diferentes a los expresamente autorizados en el contrato, uno de ellos referido a no realizar determinados consumos, riesgo que no podía ser trasladado a CELLULAR PHONE.

Adicionalmente, el apoderado de esta última estima que COMCEL ha debido probar que los casos en los que realizó los descuentos por la diferencia de precio de los equipos, correspondieron a las únicas dos hipótesis establecidas en el contrato, y no lo hizo.

En el dictamen pericial, quedó acreditado que “por concepto de Full precio, fue descontada la suma de \$42.304.179”; sin embargo, ciertamente no aparece constancia de qué valores de los descontados por tal concepto corresponden a los rubros que autorizaba el contrato.

No comparte el Tribunal la apreciación del apoderado de CELLULAR PHONE en el sentido de que la prueba debió ser aportada por COMCEL, puesto que para este caso, como el de las otras penalizaciones que fueron aplicadas, no hay constancia de que CELLULAR PHONE hubiera solicitado y exigido los soportes de la relación o detalle de los descuentos que le enviaba COMCEL, aún cuando en varias circulares dirigidas a la red de distribución se reiteraba la posibilidad de formular descargos.

En tales condiciones, y en vista de que no obra en el expediente prueba del valor de los descuentos que COMCEL supuestamente practicó por concepto del valor diferencial en el precio de los equipos, en situaciones no autorizadas por el contrato, sino la suma global de los descuentos por full precio, la pretensión 43, literal d) no prospera.

2.2.1.10 Descuentos por bajo consumo de los usuarios

En el literal f de la pretensión 43 de la demanda de CELLULAR PHONE, se solicitó lo siguiente:

*“Que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de **CELLULAR PHONE** la suma que se establezca pericialmente en el proceso y que fue descontada a la convocante por bajo consumo de los usuarios en los planes prepago, sin que tal sanción estuviere pactada en el contrato.”*

Esta pretensión está basada en la prueba pericial practicada dentro del proceso. Sin embargo, en el dictamen no se discriminó el valor de la suma que fue descontada a CELLULAR PHONE por bajo consumo de los usuarios en planes prepago.

En efecto, en el dictamen pericial¹⁰⁷, ante la solicitud del apoderado de la convocante en el sentido de cuantificar tal suma, la perito respondió:

“R.: De acuerdo con la contabilidad de COMCEL, las penalizaciones fueron por los siguientes conceptos:

CONCEPTO	VALOR EN \$
ANULACIONES	150.000
CARTERA DEVOLUCIONES NO SOLUCIONADAS	2.419.320
CONTROL RECAUDO GENERACIÓN CXC	89.839.726
CORRECCION DATOS	485.400
DEVOLUCIONES NO SOLUCIONADAS	67.541.947
DEVOLUCIONES SOLUCIONADAS	13.882.646
DIFERENCIA EN CONSIGNACION	24.079.097
INTERES MORA CONTROL RECAUDO CXC	1.083.373
NO ENTREGA OPORTUNA	376.000

¹⁰⁷ Dictamen pericial páginas 33 y 34

<i>NO RECEP 30 DIAS</i>	<i>10.150.000</i>
<i>SANCIÓN 10% CONTROL RECAUDO CXC</i>	<i>7.858.870</i>
TOTAL	217.866.379

Cabe aclarar, que de acuerdo con la información que fue entregada por COMCEL S.A., tienen bases de datos de las penalizaciones a partir del año 2003, al respecto dice COMCEL: “únicamente en el área contamos con la información de esta base de penalización desde el año 2003 al 2012”.

Por su parte, en la contabilidad de CELLULAR PHONE, de acuerdo con las cuentas de gastos, las penalizaciones están registradas en las cuentas Penalizaciones COMCEL y Penalizaciones KIT, sin ninguna otra clasificación.”

Es claro entonces que no se encontró discriminado el valor de las penalizaciones por bajo consumo en los planes prepago, razón por la cual la pretensión 43 literal f) no puede prosperar.

2.2.1.11 Perjuicios adicionales derivados del incumplimiento del contrato

En la pretensión 46 de la demanda se pidió:

*“Que se condene a **COMCEL** a indemnizar los perjuicios que por el hecho de los incumplimientos legales y contractuales en que incurrió, le causó a **CELLULAR PHONE EXPRESS**, conforme lo solicitado en la pretensión **26**, los cuales se traducen en el deterioro de la empresa, que pasó de una curva de crecimiento constante, con base en sus ingresos, a una curva decreciente en virtud de las modificaciones contractuales, el bloqueo comercial a la cual fue sometida, a la aplicación ilegítima de sanciones y penalizaciones, que se descontaban del pago de las comisiones, a los pagos por comisiones que **COMCEL** no realizó conforme a lo establecido en el contrato y las que dejó de pagar, tanto por **ACTIVACIÓN**, como por **RESIDUAL**.”*

La indemnización solicitada en la pretensión antes transcrita ha sido decretada por el Tribunal en relación con los perjuicios derivados de las conductas abusivas y los incumplimientos que han quedado acreditados dentro del proceso.

No ha quedado acreditado, dentro del proceso, la cuantificación de la incidencia de los incumplimientos declarados respecto de la situación financiera de la empresa. El Tribunal tampoco encuentra la presencia de un nexo causal, cierto, directo y necesario, entre los incumplimientos reconocidos por el Tribunal y el daño invocado por la parte convocante en esta pretensión. La pretensión 46 no prospera.

2.2.2 Incumplimientos que COMCEL le atribuye a CELLULAR PHONE

En la pretensión primera de la demanda de reconvención, COMCEL solicitó *“Que se declare que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió para con COMCEL S.A. en virtud del Contrato de Distribución que se instrumentó en los contratos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999) y cuatro (4) de septiembre de dos mil seis (2006).”*

En primer término, es pertinente retomar lo dicho en otro acápite de consideraciones del laudo, en el sentido de que la pretensión no prospera en lo que atañe específicamente a la calificación del negocio como un contrato de distribución. Del mismo modo, el Tribunal determinará si CELLULAR PHONE ha incumplido o no el contrato instrumentado en los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), en los cuales obra el pacto arbitral que le otorga competencia en el caso concreto; y no se pronunciará sobre el negocio previsto en el contrato del cuatro (4) de septiembre de dos mil seis (2006).

Una vez sentado lo anterior, en punto de la pretensión en estudio es pertinente tener en cuenta que de acuerdo con lo expresado en los hechos de la demanda, COMCEL afirma que CELLULAR PHONE incumplió lo dispuesto en la cláusula 7.7 del contrato *“que lo obligaba a consignar los dineros recibidos por parte de los usuarios por concepto de ventas, además al retener sumas de dinero pertenecientes a COMCEL”*; así como las cláusulas 7.7.1 y 7.7.1.7 *“al no tener habilitado el servicio de transporte de valores, así como al no tener constituida la póliza de manejo de fondos que debía mantener vigente durante toda la relación contractual.”*

2.2.2.1 Incumplimiento de la cláusula 7.7 del contrato que se atribuye a CELLULAR PHONE

En sus alegatos de conclusión, el apoderado de COMCEL no hizo mayor referencia al incumplimiento atribuido a CELLULAR PHONE, en los hechos de la demanda de reconvención, referentes a la violación a la cláusula antes transcrita, y al hecho de *“presentar diversas inconsistencias como son las de no haber dado a los dineros que percibía un manejo adecuado y al no restituir a COMCEL S.A. en la forma pactada, tales dineros”*.

El apoderado de CELLULAR PHONE, en relación con el incumplimiento atribuido a su representada, afirmó:

*“Lo que **COMCEL** no dice, es que en una relación contractual que duró más de 14 años, en la que **COMCEL** impuso a sus agentes la carga de tener que recaudar dinero por cuenta de ella, trasladándole la carga administrativa que ello implica, obligándola a asumir el costo de la transportadora de valores, para que el dinero que es de **COMCEL**, sea transportado con seguridad, es apenas comprensible, natural y obvio, que en algunas ocasiones se presenten*

determinadas circunstancias que llevan a inconsistencias, o demoras en las consignaciones, máxime cuando en las regiones en que se opera, son zonas rojas por presencia guerrillera o paramilitar, como lo es ARAUCA y TAME, lo cual es un hecho notorio.

“CELLULAR PHONE, ante las circunstancias de orden público que a lo largo del proceso se han invocado y que por ser hechos notorios, no requieren prueba, estaba imposibilitado a cumplir el contrato en cuanto a los plazos para hacer las consignaciones, como se ha dicho por parte de testigos, CELLULAR PHONE no está obligada a lo imposible y lo imposible, por razones de seguridad personal, de orden público, era consignar en tiempo, pero jamás retuvo un solo peso y siempre cuando cesaban dichas circunstancias, se producía la consignación.”

Y agregó:

“Venir **COMCEL** ahora, y luego de terminado el contrato unilateralmente por parte de **CELLULAR PHONE EXPRESS**, alegando si, una justa causa, a reclamar incumplimiento de **CELLULAR PHONE**, por consignaciones tardías o por sumas de dinero que no aparecen reportadas en su base de datos, o por algunas fallas en el procedimiento de los recaudos, cuando estas mismas cartas, que como se observa son pro-forma, son enviadas frecuentemente a toda la red de agentes a lo largo del país, resulta un proceder que va contra los propios actos de **COMCEL** que jamás tuvo intención de reclamar incumplimiento alguno del contrato hasta que se le notificó el auto admisorio de la demanda en su contra instaurada por **CELLULAR PHONE EXPRESS**.”

Para decidir esta pretensión es pertinente remitirse al texto completo de la cláusula 7.7 del Contrato de 1999, a cuyo tenor se dispone:

“EL DISTRIBUIDOR consignará en las cuentas bancarias que se establezcan en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS DE DISTRIBUIDORES o en las que le indique COMCEL, todas las sumas de dinero que por cualesquiera conceptos, entre otros por concepto de valores de teléfonos, valores de productos y servicios, valor de activación, cargo fijo mensual, cargo mensual por servicios suplementarios, cargos mensuales de uso, valores de productos o que por cualquier otro concepto, deba pagar a COMCEL, a más tardar el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, firma que se comprobará con el contrato de servicios de telefonía móvil celular firmado por el suscriptor. EL DISTRIBUIDOR, entregará a COMCEL en las instalaciones de ésta última, los originales de los comprobantes de consignación en las cuentas de COMCEL, a más tardar el segundo día hábil siguiente a la firma del Contrato de Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado, junto con los demás documentos de venta.

“La retención de los dineros recibidos por EL DISTRIBUIDOR o su uso indebido será sancionado con la aplicación de las sanciones pecuniarias consagradas

en este contrato, sin perjuicio de las restantes consecuencias pactadas y de las sanciones penales a que hubiere lugar.” (Se ha subrayado)

Para demostrar el incumplimiento de esta previsión contractual, COMCEL aportó cinco cartas enviadas al distribuidor durante toda la relación contractual que, como se ha mencionado antes, tuvo una duración de trece (13) años y siete (7) meses.

Así, se adjuntó una comunicación del 19 de febrero de 2007, en la que se informa a CELLULAR PHONE que se ha hecho una verificación de los depósitos realizados entre el 01 de enero de 2006 y el 30 de diciembre del mismo año, con corte 12 de febrero de 2007 y se relacionan los períodos mensuales, en la mayoría de los cuales no se ha presentado retardo, para concluir que el total de las consignaciones no ingresadas en los últimos nueve meses asciende a \$22.944.754 y agrega que *“Una vez ingresada la documentación y sus consignaciones por parte del distribuidor, COMCEL S.A. realizará la devolución correspondiente.”*

Se aportó además una comunicación del 6 de mayo de 2009 en la que se comunica que se han expedido unas cuentas de cobro correspondientes a los meses de enero a abril de 2009, que ascienden en total a \$9.140.522 por concepto de dineros retenidos *“injustificadamente por el Distribuidor”* y no se formula un requerimiento para el pago de tales cuentas, sino para que se indiquen las razones por las cuales no se están realizando las consignaciones oportunamente.

En la comunicación del 5 de octubre de 2009, en la que se hace referencia a cuentas de cobro por el mes de agosto de 2009 por valor de \$1.335.123, tampoco se formula un requerimiento de pago sino que se inquiriere por los motivos para no realizar las consignaciones *“el día hábil siguiente a la firma del Contrato de Prestación Servicios de Telefonía Móvil Celular por parte de cada abonado.”*

Lo propio ocurre con las comunicaciones del 5 de noviembre de 2010 y del 5 de marzo de 2011 que hacen referencia a cuentas de cobro por valor de \$2.570.975 y \$1.810.712 respectivamente.

Adicionalmente, de acuerdo con lo previsto en la cláusula 7.7 del contrato de 1999, COMCEL previó penalizaciones a CELLULAR PHONE por el retardo en la consignación de los dineros recaudados.

De lo anterior da cuenta la Circular GSD -2008-186197-6 del 25 de junio de 2008¹⁰⁸, en la que se expresó:

“Recordamos los consecutivos y conceptos que encontrarán en las relaciones de pago de comisiones, por causal de penalizaciones y devoluciones, esto con el fin de entregar información clara y poder tener un mayor control en las

¹⁰⁸ Folio 18 cuaderno de pruebas 4 del expediente

penalizaciones y devoluciones” y entre las causales aparece “CONTROL RECAUDO GENERACIÓN CXC” y el concepto “CXC NO CONSIGNACIÓN.”

En el dictamen pericial, cuando se relacionan las penalizaciones impuestas a CELLULAR PHONE, se incluye “CONTROL RECAUDO GENERACIÓN CXC” e “INTERES MORA CONTROL RECAUDO CXC.”¹⁰⁹

De acuerdo con la evidencia que obra en el expediente, el Tribunal concluye que los requerimientos formulados por COMCEL a CELLULAR PHONE, por cuenta de la no consignación oportuna de los dineros recibidos de los usuarios no fueron frecuentes, ni por cantidades considerables en comparación con el valor de los recursos manejados, y además tal incumplimiento fue penalizado y en últimas subsanado por CELLULAR PHONE, en cuanto pagó las cuentas de cobro por dicho concepto, con la aquiescencia de COMCEL.

Sobre el particular, es pertinente lo afirmado en el dictamen pericial en los siguientes términos:

“R.: CELLULAR PHONE Express S.A., si realizaba consignaciones en las cuentas bancarias de COMCEL, por los dineros recibidos por cuenta de éste; en los casos en que la consignación no se realizaba a en la fecha indicada, COMCEL penalizaba a CELLULAR PHONE, y además le cobraba intereses de mora por el número de días de retraso en la respectiva consignación.”

“Los dineros que no eran consignados, COMCEL los cruzaba de las órdenes de pago con las comisiones que debía pagar a CELLULAR PHONE, según dan cuenta los documentos que soportan las compensaciones.”

De acuerdo con la prueba aportada, COMCEL no consideró grave este incumplimiento hasta febrero de 2011, cuando advirtió que su co-contratante no había cumplido con el presupuesto de ventas asignado en los últimos seis meses y decidió que debía “cerrar” al distribuidor.

En efecto, en mensaje enviado por correo electrónico el 15 de febrero de 2011 por Carlos Ismael Ferreira Reyes a Lina Patricia Oyaga Larios, presumiblemente funcionarios de COMCEL, se expresó: *“Estoy enviando el cumplimiento de CPE donde se observa en los últimos 6 meses que no ha cumplido ni llega al 50% del cumplimiento del presupuesto asignado, adicionalmente Ud. va al punto y los vendedores se quejan del no pago de sus salarios por eso es que se esta pidiendo el cierre de este distribuidor en estas ciudades esto adicional a los manejos e incumplimientos con el CPS.”*¹¹⁰

Para el Tribunal, los retrasos que se presentan en la consignación de los dineros recibidos de los usuarios en las cuentas de COMCEL se hicieron frecuentes y por mayores valores precisamente en los últimos meses de ejecución contractual, situación que quizás iba ligada a la difícil situación financiera experimentada por la empresa.

¹⁰⁹ Página 34 del dictamen pericial

¹¹⁰ Folio 524 del cuaderno de pruebas 4 del expediente

Las anteriores circunstancias dieron lugar al cierre, por parte de COMCEL, de los CPS operados por CELLULAR PHONE, según se informó en la comunicación del tres (3) de marzo de dos mil once (2011)¹¹¹.

En este orden de ideas, está acreditado el incumplimiento contractual de CELLULAR PHONE, aun cuando éste, por sí solo, no tuvo las connotaciones de gravedad que les atribuye COMCEL en su demanda de reconvención. Así, de conformidad con lo probado¹¹², las sumas no depositadas por CELLULAR PHONE ascienden a los noventa y nueve millones setecientos setenta y ocho mil ciento cincuenta pesos (\$99,778,150.00), que están incluidos en las facturas que, de acuerdo con el dictamen pericial, adeuda CELLULAR PHONE a COMCEL.

En tales condiciones, prospera entonces la primera pretensión de la demanda de reconvención formulada por COMCEL.

2.2.2.2 Incumplimiento atribuido a CELLULAR PHONE por no tener habilitado el servicio de transporte de valores.

En su demanda de reconvención, COMCEL planteó el incumplimiento, por parte de CELLULAR PHONE, de su obligación de tener habilitado el servicio de transporte de valores. A este respecto, el apoderado de CELLULAR PHONE, en sus alegatos de conclusión, expresó lo siguiente:

“COMCEL era quien directamente suscribía el contrato de prestación de servicios con la transportadora de valores. No existía ningún vínculo entre la transportadora y CELLULAR PHONE, lo que hacía COMCEL, a pesar de que los dineros que se recogían en los CPS’s eran de ésta, le cobraba a CELLULAR PHONE el valor de la transportadora, por imposición de COMCEL.

“Las facturas dan cuenta de éste cobro, pues en él COMCEL relaciona el descuento que le hacía a CELLULAR PHONE del total de sus comisiones el valor de la transportadora; por tanto mal pudo haberse presentado un incumplimiento del contrato por parte de CELLULAR PHONE, por el hecho de no tener habilitado el servicio de transportadora de valores...”

Según se ha mencionado antes, hay evidencia de que CELLULAR PHONE asumió la obligación de utilizar una transportadora de valores para realizar las consignaciones de los dineros de propiedad de COMCEL.

Ahora bien, para el Tribunal ha quedado demostrado que era COMCEL quien contrataba directamente a la transportadora de valores y descontaba a su co-contratante el costo de ese servicio.

En efecto, en el dictamen pericial la perito manifestó lo siguiente:

¹¹¹ Folio 462 cuaderno de pruebas 5 del expediente

¹¹² Páginas 123 y 124 del dictamen pericial.

“La prueba que solicita la convocante la suscrita no la puede hacer, porque las compañías transportadoras no dan ese tipo de información teniendo en cuenta que el contrato está suscrito es con COMCEL, que la perito no es funcionaria autorizada por COMCEL para tener acceso a ese tipo de información, que las compañías transportadoras no son parte en este proceso por lo tanto no están obligadas a dar ese tipo de información, que la documentación que fue aportada por COMCEL corresponde a la primera y última página del contrato con las transportadoras, con el fin de probar que existen los contratos, pero no aportó la totalidad del contrato, argumentando confidencialidad de la información.” (Se ha subrayado).

Ahora bien, de la comunicación GC-C-2143 del 30 de agosto de 2007, que aparece en el anexo 4 del dictamen pericial, dirigida por COMCEL a CELLULAR PHONE, se deduce que una vez contratado el servicio por COMCEL, correspondía a CELLULAR PHONE “habilitarlo” y es ésta la obligación que COMCEL entiende incumplida.

En efecto, en la citada comunicación se lee:

“Sin embargo, hemos observado que los cps Celular Phone Florida, Celular Phone Tame, Celular Phone Expr Arauca no tienen habilitado dicho servicio por lo cual es necesario que a más tardar el día 15 de Septiembre del 2007 nos informen las razones por las cuales no hacen uso de la Transportadora de Valores, de no recibir su respuesta COMCEL procederá a coordinar la habilitación del servicio de transporte de valores a partir del día siguiente.” (Se ha subrayado)

Como respuesta a dicha comunicación aparece también, en el anexo 4 del dictamen pericial, una carta dirigida a COMCEL en la que CELLULAR PHONE explica que en los municipios de Tame y Arauca no hay servicio de transportadora de valores y en La Florida resulta innecesario.

Esta circunstancia es corroborada en la prueba testimonial, donde se señala la imposibilidad de habilitar el servicio en distintas zonas en las que operaba la empresa. Se cita, a manera de ejemplo, los siguientes apartes relevantes de una de las declaraciones, así:

“DR. CEDIEL: Tenían ustedes algún vínculo directo entre CELLULAR PHONE y la transportadora de valores?”

SR. SCHNEIDER: El contacto que ellos se hacían presentes, pero ellos con nosotros firmado nada, o sea nosotros firmábamos eso pero el pago lo hacía COMCEL.

DR. CEDIEL: Quién contrataba la transportadora de valores?”

SR. SCHNEIDER: Bueno, ahí sí no sabría, no tendría la certeza para contestar, yo se cómo funcionaban esos pagos, pero en ese pedacito mal haría yo en contestarle.

DR. CEDIEL: Ese proceso ruego me lo explique en ciudades como Arauca y Tame, era lo mismo que en Bucaramanga?”

SR. SCHNEIDER: Eso es unificado el manejo de todos los contratos y en el CPS funciona exactamente igual, lo que pasa es que en ciudades como Arauca y Tame por el mismo manejo de orden público que todos conocemos es completamente distinto, en Arauca y Tame no hay transportadora de valores, eso no existe allá, entonces ese transporte debíamos cuadrarlo directamente con la Policía, bodegas de seguridad sí había, pero la forma como se llevaba el dinero era con acompañamiento de la Policía y se hacían los pagos en los bancos establecidos, en las cuentas establecidas por COMCEL, pero transportadora como tal no existía en Arauca y Tame.”

De acuerdo con lo antes expuesto, el Tribunal no encuentra acreditado el incumplimiento, por parte de CELLULAR PHONE, de su obligación de tener habilitado el servicio de transporte de valores”.

2.2.2.3 Incumplimiento que se atribuye a CELLULAR PHONE “al no tener constituida la póliza de manejo de fondos que debía mantener vigente durante toda la relación contractual.”

El apoderado de COMCEL no hizo referencia especial, en sus alegatos de conclusión, al incumplimiento que atribuye a CELLULAR PHONE en relación con no haber tomado una póliza de manejo de fondos; se refiere, en esa oportunidad, a la constitución de una póliza de cumplimiento que, según su dicho CELLULAR PHONE, debió tomar de conformidad con el contrato y no lo hizo.

En relación con el incumplimiento imputado a CELLULAR PHONE en la demanda de reconvenición, en su alegato de conclusión el apoderado de ésta expresó que la póliza con el amparo de transporte de valores se encontraba vigente según lo constató la perito en su dictamen.

En efecto, en el dictamen pericial la perito afirmó lo siguiente:

“La última póliza renovada corresponde a la Póliza de Liberty Protección Empresarial, la cual dentro de sus amparos tiene el de Transporte de valores, con un valor asegurado por el citado concepto de \$42.745.000; la vigencia de la póliza va del 15/09/2010 al 15/09/2011.”¹¹³

En el Anexo 5 de dicho dictamen se incorporó el Anexo de Renovación de la Póliza expedida por Liberty Seguros S.A., en la cual, entre los amparos otorgados, está el de transporte de valores y de manejo global comercial.

Para el Tribunal, no quedó acreditado el incumplimiento que por concepto de no mantener vigente una póliza de manejo de fondos atribuye COMCEL a CELLULAR PHONE.

2.2.2.4 Incumplimiento del acuerdo de pago celebrado entre COMCEL y CELLULAR PHONE el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009)

¹¹³ Dictamen pericial páginas 93 y 94.

En la pretensión segunda de la demanda de reconvención, se solicita lo siguiente:

“Que se declare que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió con COMCEL S.A., en virtud del Acuerdo de Pago celebrado entre COMCEL S.A. y CELLULAR PHONE EXPRESS S.A., el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2009).”

En los hechos de la demanda de reconvención se afirma que el incumplimiento del citado acuerdo consistió en *“no ejecutar en la manera convenida, el numeral décimo del mencionado acuerdo de pago, por presentar una cartera vencida por concepto de equipos postpago, penalizaciones, ventas kits y otros conceptos durante toda la relación contractual.”*

En relación con el incumplimiento del acuerdo de pagos, en su alegato de conclusión, el apoderado de COMCEL se expresó así:

“Del análisis conjunto del acervo probatorio arrojado al expediente, quedó acreditado que CELLULAR PHONE EXPRESS S. A. incumplió el contrato de distribución y los acuerdos de pago a que se comprometió.” y citó algunos apartes del dictamen pericial.

Por su parte, el apoderado de CELLULAR PHONE, en su alegato de conclusión, reiteró las excepciones formuladas frente a la demanda de reconvención y, en relación con el acuerdo de pagos, adujo que fue cumplido por su representada, pues las cuotas pactadas en él se deducían directamente por COMCEL de las comisiones a su favor.

A este respecto, el Tribunal considera pertinente tener en cuenta el texto del párrafo primero de la cláusula primera del citado acuerdo de pagos, a cuyo tenor se dispone lo siguiente:

“CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. reconoce y acepta que COMCEL S.A. a su exclusiva discreción, podrá compensar los adeudos antes mencionados contra comisiones, residual, pagos o comisiones que reconoce COMCEL S.A. a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. En todo caso, si luego de aplicada la compensación, persiste algún saldo a cargo DELULAR PHONE EXPRESS S.A. el mismo deberá ser pagado en las fechas arriba indicadas.”

De acuerdo con lo anterior, la perito, al revisar la contabilidad de las partes, encontró que de las 30 cuotas pactadas en el acuerdo, 18 se habían cancelado por CELLULAR PHONE hasta el 31 de mayo de 2011 -fecha de terminación del contrato de agencia-, como se había previsto, por haber sido descontadas directamente por COMCEL de las comisiones devengadas por CELLULAR PHONE, y quedó un saldo a esa fecha pendiente por pagar por valor de \$257.370.948.

En este orden de ideas se concluye que a la fecha de terminación del contrato celebrado entre las partes, no había lugar a imputar incumplimiento a

CELLULAR PHONE por el no pago de las cuotas convenidas en el acuerdo de pagos.

Ahora bien, en la cláusula décima del acuerdo de pagos se estableció que *“CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. se compromete a mantener al día la cartera corriente que tenga con COMCEL S.A., dejando claramente establecido que los despachos de Producto Tarjeta Amigo se realizarán sobre pagos efectuados de estricto contado.”*

En relación con el significado de “cartera corriente” un testigo dentro del proceso declaró:

“DR. CEDIEL: Explique al Tribunal qué es eso de cartera corriente?”

SR. SCHNEIDER: La cartera corriente son los valores que se generaban con COMCEL al hacer solicitud de producto prepago, simcard, básicamente prepago y simcard, al hacer esos pedidos y en el momento de hacer los pagos lo último que quedaba por cancelar era la cartera corriente que ellos denominaban, esa cartera corriente son básicamente los productos que se habían despachado previamente, prepagos y simcard.”

Y es precisamente en relación con la citada “cartera corriente” que COMCEL dirigió varias comunicaciones a CELLULAR PHONE en las que le manifestaba que estaba incumpliendo el acuerdo de pagos.

Por lo que hace a dichas comunicaciones llama la atención que dos de ellas fueron enviadas en el mes de febrero de 2009, con respecto al acuerdo de pagos celebrado el 11 de noviembre de 2008; sin embargo, COMCEL accedió a firmar el nuevo acuerdo de pagos en octubre de 2009 y en el dictamen pericial se afirmó que el acuerdo de pagos de 2008 se encontraba cumplido, de lo cual se deduce que el incumplimiento reclamado no tuvo connotaciones de gravedad para COMCEL.

Luego de suscrito el acuerdo de pagos de octubre de 2009, COMCEL dirigió a CELLULAR PHONE las comunicaciones fechadas 7 de mayo, 9 de junio y 9 de julio de 2010 y 8 de febrero, 7 de marzo, 7 y 28 de abril y 9 y 19 de mayo de 2011, en las que hacía referencia al incumplimiento de la cláusula 10 antes transcrita, del acuerdo de pagos de octubre de 2009.

No obstante lo anterior, como se explica en el acápite 3 de consideraciones del laudo, en la comunicación de fecha 27 de mayo de 2011 -mediante la cual COMCEL le informaría a CELLULAR PHONE su decisión de no renovar los contratos vigentes de manera que terminarían el 20 de junio de ese año-, no se expresó que la intención de terminar el negocio, por parte de COMCEL, se debiera a los incumplimientos que ahora atribuye a su co-contratante.

En tales condiciones, tampoco en esta oportunidad el hecho de no mantener al día la cartera corriente, constituyó un incumplimiento grave de CELLULAR PHONE.

En suma, el Tribunal no encontró acreditado el valor que CELLULAR PHONE quedó adeudando a COMCEL por concepto de “cartera corriente”, esto es, los productos que COMCEL le suministraba para cumplir con las obligaciones de promoción y comercialización, pero sí quedó demostrado que a la fecha de terminación del contrato, es decir, para el 31 de mayo de 2011, quedó pendiente de pago la suma de \$257.370.948, correspondiente al valor de las cuotas pactadas en el acuerdo, según aparece en el dictamen pericial.

Adicionalmente y, conforme al dictamen pericial, se encontraron facturas pendientes de pago a favor de COMCEL por valor de \$281.068.88, valor en el cual, de acuerdo con los documentos que obran en el expediente, estaban incluidas las sumas adeudadas por los productos de la cartera corriente, así como los valores recibidos de los usuarios y dejados de consignar en las cuentas de COMCEL, junto con las penalizaciones causadas por conductas que tuvieron lugar con anterioridad a la fecha de terminación del contrato.

Así, el saldo total, a cargo de CELLULAR PHONE, según el mismo dictamen, es la suma de \$538.439.828.00.

Sin embargo, la pretensión cuarta de la demanda de reconvención, está limitada a la suma de quinientos millones de pesos (\$500.000.000), junto con los intereses moratorios que se causaran a partir del 31 de mayo de 2011, cantidad que habrá de compensarse con los valores que COMCEL le resulte a deber a CELLULAR PHONE.

Por todo lo expuesto en los acápites 2.2.2.1 a 2.2.2.4, está acreditado que CELLULAR PHONE incumplió el contrato de agencia, instrumentado en los documentos del 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, incluyendo la obligación de mantener al día la cartera corriente contenida en el acuerdo de pago.

En consecuencia, prospera la pretensión primera de la demanda de reconvención, en el entendido de que el vínculo contractual fue un contrato de agencia comercial, instrumentado mediante los documentos del 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999. También prospera la pretensión segunda de dicha demanda, según las consideraciones expuestas por el Tribunal. Igualmente, prospera la pretensión cuarta de la demanda, en sus literales A) y B).

De acuerdo con lo antes expuesto, no prospera la excepción formulada en la contestación a la demanda de reconvención, denominada “*inexistencia de incumplimiento por parte de CELLULAR PHONE*”.

2.2.2.5 Consideraciones adicionales sobre los incumplimientos de CELLULAR PHONE y los perjuicios causados a COMCEL

En la pretensión tercera de la demanda de reconvención se pidió “*Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento, CELLULAR PHONE*

EXPRESS S.A. causó daño y graves e ingentes perjuicios a COMCEL S.A., los cuales deberán ser reparados integralmente.”

Como se pudo observar, el Tribunal consideró acreditados algunos incumplimientos, por parte de CELLULAR PHONE, respecto del contrato de agencia y el acuerdo de pago invocado por COMCEL en su demanda de reconvención. Del mismo modo, y tal como se observó, el Tribunal ha considerado que estos incumplimientos no causaron graves e ingentes perjuicios a COMCEL, razón por la cual prospera parcialmente la pretensión tercera de la demanda de reconvención. Prospera en la medida en que se ha acreditado un daño a cuya reparación se condenará a CELLULAR PHONE. No prospera la pretensión en cuanto a que el incumplimiento acreditado hubiese generado graves e ingentes perjuicios a COMCEL.

2.2.2.6 Análisis de la cláusula penal y su cobro

En la demanda de reconvención, COMCEL solicitó, en la pretensión cuarta, literal C), condenar a CELLULAR PHONE a pagar el valor contenido en la cláusula penal, consagrada en la cláusula 26.2.2 del documento contractual del 20 de abril de 1999, y en la cláusula 29.2.2 del documento del 4 de septiembre de 2006. En tal sentido, solicitó el pago de la suma equivalente a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

El Tribunal se pronuncia entonces sobre dicha circunstancia, a la luz únicamente de la cláusula 26.2. del documento contractual del 20 de abril de 1999.

La cláusula 26.2 del contrato de abril de 1999, dice así:

“Sin perjuicio de la pena pecuniaria consagrada en otras estipulaciones de este contrato, en caso de incumplimiento total o parcial, de cumplimiento tardío o defectuoso, renuencia al cumplimiento, retraso o simple atraso de las obligaciones legales y contractuales por EL DISTRIBUIDOR, éste pagará incondicionalmente a COMCEL sin necesidad de requerimiento o reconvención judicial o extrajudicial ninguna, las siguientes sumas que se pactan a continuación a título de penal pecuniaria y, que de acuerdo con las circunstancias hará exigible COMCEL:

26.2.1 La inobservancia de las instrucciones que imparta COMCEL durante la ejecución del contrato, se sancionará con una multa equivalente a cinco salarios mínimos mensuales legalmente vigentes por cada día de retraso o retardo en su observancia.

26.2.2 Cuando a juicio de COMCEL el incumplimiento sea grave, y lo será, entre otros casos, en todas las hipótesis de que trata el numeral 7 de este contrato, COMCEL podrá imponer una pena pecuniaria de cinco mil salarios mínimos mensuales legalmente vigentes.

La escala de penalización es alternativa y a elección de COMCEL, es decir, la imposición de una pena no excluye la de las restantes. La pena pecuniaria en ningún caso extingue la obligación principal que podrá COMCEL exigir al mismo tiempo, y tampoco enerva el derecho a la indemnización ordinaria de perjuicios ni a la

terminación anticipada por operancia de la condición resolutoria tácita o expresa ni a la indemnización de daños en tal caso. Si COMCEL opta por la indemnización ordinaria, el monto de la pena se imputará al monto definitivo de los daños causados.

En todo caso las penas pecuniarias pactadas en este contrato se complementarán e integrarán con las consagradas en los Manuales de COMCEL, las cuales podrá aplicar alternativamente COMCEL, sin excluir las restantes, la obligación principal ni la indemnización ordinaria de perjuicios.”

La cláusula 26.2.1 inicia dejando al solo juicio de COMCEL, por sí y ante sí, la calificación del incumplimiento como grave, y la consiguiente imposición de una sanción de muy alta cuantía (hoy sería cercana a \$3.000.000.000). Luego, de antemano califica como grave el incumplimiento que se dé “*en todas las hipótesis de que trata el numeral 7*”, es decir, virtualmente en todas la obligaciones que el contrato establece a cargo del contratante CELLULAR PHONE, que son treinta y tres (33) principales y varias derivadas de éstas, cuya sola enunciación ocupa la tercera parte de las treinta y cinco páginas de extensión del contrato. Así, las distintas actuaciones del agente en el desarrollo del contrato -porque la cláusula 7 es la que establece virtualmente todas sus obligaciones- caerían bajo la amenaza de la elevada sanción ya que de entrada se calificaron todas de graves, aunque no necesariamente lo llegaren a ser en la práctica. Sin duda, hay un gran exceso, sin atenuaciones ni proporciones, que lesiona la eficacia de la cláusula. En términos del abuso contractual, sobre el cual el Tribunal se pronunció en el acápite 2 de sus consideraciones, esta previsión implica agravar o acentuar la responsabilidad del adherente.

A renglón seguido viene la acumulación de las penas: en adición y al lado de la desmedida sanción pudo COMCEL agregar o acumular la indemnización ordinaria de perjuicios, la indemnización de daños si decide la resolución del contrato, y todas las penas consagradas en los manuales de COMCEL. Claro, todo aparte y sin perjuicio del cumplimiento de la obligación principal. Aumenta así el exceso de la previsión predispuesta por COMCEL.

La cláusula podría prestarse a que por varios incumplimientos de CELLULAR PHONE que se sucedieran en el tiempo, de diferente magnitud, como en efecto ocurrió, COMCEL decidiera aplicar en forma literal la atribución que le dio la cláusula y aquella tuviera que pagar en cada caso la penalidad de casi 3.000 millones de pesos más las indemnizaciones y las penas de los manuales, lo que de por sí ilustra el exceso que entraña la estipulación.

A lo anterior añádase que en los contratos no existieron cláusulas, ni se previeron situaciones en que pudieran aplicarse penas, así no fueran tan graves como las que se vienen comentando, a los casos de eventuales incumplimientos de COMCEL, lo que termina por dejar un notable desequilibrio para la ejecución del contrato.

Bastan estas líneas para concluir que la cláusula 26.2 es abusiva y debe anularse. Prosperarán, en consecuencia, las excepciones formuladas por CELLULAR PHONE, denominadas “*Nulidad de la cláusula 26.2 y las que*

resulten conexas” e “Improcedencia del cobro de la penal pecuniaria a CELLULAR PHONE”. No prospera, en consecuencia, la pretensión cuarta, literal c), de la demanda de reconvención de COMCEL.

2.3 Incidencia en las pretensiones y excepciones de la demanda y de la demanda de reconvención

En atención a todas las consideraciones, contenidas en este acápite 2, el Tribunal aborda la procedencia o no de las respectivas pretensiones y excepciones de las partes, como se observa a continuación¹¹⁴:

2.3.1 Respetto de la demanda de CELLULAR PHONE

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes pretensiones formuladas por CELLULAR PHONE, así:

A. Declarativas – Incumplimiento del contrato por parte de COMCEL – Capítulo III

*“15. Que se declare que, conforme a lo dispuesto en el contrato, **COMCEL S.A.** no estaba facultado para modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente (comisiones, bonificaciones o incentivos), pactados en dicho contrato.”*

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera en cuanto a que COMCEL no podía modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente, tratándose de las comisiones por residual. No prospera en cuanto a que COMCEL sí podía modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente, tratándose de las comisiones por activación, las bonificaciones o los incentivos.

*“16. Se declare de igual manera que la estipulación contractual a que se refiere la Cláusula 7.3, del contrato suscrito el 20 de abril de 1.999, no confiere la potestad contractual a **COMCEL** para modificar unilateralmente el contrato, sin consultar los intereses económicos del agente.”*

Prospera la pretensión, en cuanto a que la mencionada cláusula 7.3 no confiere a COMCEL la facultad de modificar las comisiones a su favor.

*“17. En subsidio de las dos pretensiones anteriores, en el evento hipotético en que el Tribunal llegue a la conclusión que alguna estipulación contractual confiere tal facultad, se declare que **COMCEL** hizo un ejercicio abusivo de la misma, al modificar permanentemente el contrato y sin consultar los intereses económicos del agente.”*

¹¹⁴ En su escrito de reforma de la demanda, CELLULAR PHONE cometió un error de numeración en relación con los distintos capítulos o secciones de sus pretensiones declarativas, contenidas en el acápite A de dicho escrito. En particular, pasó del Capítulo IV Terminación unilateral del contrato por justa causa al Capítulo VI La nulidad de las cláusulas abusivas, sin incluir un Capítulo V. El Tribunal, al pronunciarse sobre las pretensiones, toma la misma numeración expresada por CELLULAR PHONE en su escrito.

Prospera parcialmente la pretensión, en cuanto COMCEL modificó en forma abusiva las comisiones por residual sin tener en consideración los intereses del agente.

*“18. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos existentes con **CELLULAR PHONE** al modificar unilateralmente, de forma abusiva, las condiciones económicas del mismo, sin tener en cuenta los intereses del agente.”*

Prospera parcialmente la pretensión, en cuanto COMCEL modificó en forma abusiva las comisiones por residual sin tener en consideración los intereses del agente.

*“19. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos por no haber pagado las **COMISIONES POR ACTIVACIÓN** sobre todas las activaciones realizadas por **CELLULAR PHONE** a partir de la fecha de corte contenida en la última acta de transacción, que haya podido ser firmada por las partes.”*

No prospera la pretensión.

*“20. Se declare que a **CELLULAR PHONE** no se le suministró, por parte de **COMCEL**, la información de carácter general, ni tuvo acceso a la misma, para efectos de la liquidación de la comisión por **RESIDUAL**, conforme lo establecía el contrato a cargo de **COMCEL** en el **MANUAL DE PROCEDIMIENTOS**.”*

Prospera la pretensión.

*“21. Que se declare que **COMCEL** incumplió los contratos con **CELLULAR PHONE** por no haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la **COMISIÓN POR RESIDUAL** a que se refiere el contrato de agencia y por no haberle suministrado al agente las bases sobre las cuales realizaba la liquidación de esta comisión, a que estaba obligada.”*

Prospera la pretensión.

*“22. Se declare que la llamada **CONFIDENCIALIDAD** a que se refiere el contrato de concesión suscrito entre **COMCEL** y el ministerio de Comunicaciones hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones, no cobija la información por consumos a que estaba obligada a suministrar **COMCEL** a **CELLULAR PHONE** para efectos de la liquidación de la Comisión por Residual conforme lo establece el contrato suscrito por las partes.”*

Prospera la pretensión, en el entendido que el Tribunal no se pronuncia sobre el alcance del contrato de concesión suscrito entre COMCEL y el Ministerio de Comunicaciones, la decisión se adopta con fundamento en las previsiones del contrato celebrado entre las partes.

*“23. Que se declare que **COMCEL** incumplió el contrato que la vinculaba con la convocante por haber estipulado y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar las sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato o sin demostrar previamente a **CELLULAR PHONE** la ocurrencia de los hechos generadores de la sanción, tal como se encontraba expresamente pactado en el contrato.”*

No prospera la pretensión.

*“24. Que se declare igualmente que **COMCEL** incurrió en incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones legales, por haber ejecutado conductas abusivas, que constituyen acciones y omisiones violatorias del pacto negocial, en adición a los puntos anteriormente mencionados, que afectaron gravemente los intereses económicos de **CELLULAR PHONE**. Tales conductas se fueron:*

a) Disfrazar la verdadera naturaleza del contrato por ejecutar.

Prospera la pretensión, en el contexto de aquellas previsiones contractuales, analizadas por el Tribunal, en las cuales se verificó violación a la regla de coherencia por parte de COMCEL.

b) Presionar para modificar unilateralmente las condiciones contractuales

No prospera la pretensión en este literal b), en el entendido en que el Tribunal no encontró vicios del consentimiento, pese a haber encontrado abuso contractual, por parte de COMCEL, respecto de la modificación unilateral de las comisiones por residual.

c. Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente.

Prospera la pretensión en este literal c), en lo que respecta a las funciones relacionadas con la empresa transportadora, mas no en lo que se refiere al pago de los gastos por concepto de consultas a Datacrédito y los demás conceptos aplicables a la pretensión.

d. Imponer a los agentes firmar paz y salvos incondicionales a su favor.

Prospera la pretensión en este literal d), en el entendido de que hubo abuso contractual respecto de dichos paz y salvos, mas no hubo imposición como vicio del consentimiento.

e. Sancionar al agente con descuentos por fraudes imputables a terceros, contrariando la estipulación contractual sobre el tema.

No prospera la pretensión en este literal e).

f. Cargar a los agentes el valor de la facturación dejada de pagar por los usuario

No prospera la pretensión en este literal f).

g. Ocultar la información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual.”

Prospera la pretensión en este literal g).

*h. Imponer a los agentes la obligación de digitar la totalidad de las activaciones en lapsos imposibles de cumplir cuando había promociones especiales para, de esta manera, no pagar las comisiones de venta sobre las activaciones que se digitaran por fuera del plazo, a pesar de que la línea así activada si aprovechaba a **COMCEL**.*

No prospera la pretensión en este literal h).

i) Elaborar y diseñar el contenido de las actas de conciliación, compensación y transacción, haciendo aparecer como transados o conciliados temas no discutidos.

Prospera la pretensión en este literal i)

j. Redactar a su arbitrio el acta de liquidación del contrato y negar el pago de las comisiones ya causadas.

Prospera parcialmente la pretensión, esto es, en el entendido de que la convocada no ha pagado comisiones causadas, como lo ha determinado el Tribunal.

k. Bloquear comercialmente a CELLULAR PHONE, no realizando despacho de bienes y productos indispensables para realizar su labor.”

Prospera la pretensión en este literal k).

l. Negarse a entregar a CELLULAR PHONE: (i) Equipos en consignación para promover la venta del servicio de pospago y realizar reposiciones de los mismos; (ii) No entregar sim cards; (iii) No permitir recargas en línea; (iv) No entregar Kits Prepago.

Prospera la pretensión en este literal l).

*“25. Que se declare que por la terminación del contrato, **COMCEL** perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a **CELLULAR PHONE**, a partir del 1 de junio de 2011.”*

No prospera la pretensión, según los términos señalados por el Tribunal en sus consideraciones.

*“26. Que se declare que **COMCEL** es responsable por los perjuicios causados a **CELLULAR PHONE**, por el hecho del incumplimiento del contrato, razón por la cual se le condene a la indemnización de los mismos.”*

Prospera la pretensión, en el obvio entendido de que la responsabilidad de COMCEL se determina en función de los rubros, contenidos en las pretensiones de condena, que hayan sido concedidos por el Tribunal y que correspondan al incumplimiento del contrato.

A. Declarativas - Nulidad de las cláusulas abusivas – Capítulo VI

“33. Que se declare que COMCEL tenía una posición de dominio contractual frente a CELLULAR PHONE como agente, en las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y la prestación de servicios de posventa.”

Prospera la pretensión.

“34. Que se declare, en aplicación de los Arts. 95 e inciso final del Art. 333 de la Constitución Política; 15, 16, 1603 y 2536 del Código Civil; 830 y 871 del C. de Co., que COMCEL incurrió en abuso contractual, tanto en la celebración de los contratos de Agencia Comercial, a que se refiere esta demanda, como en la ejecución de los mismos.”

Prospera la pretensión, en el entendido de que hubo abusos en algunas cláusulas y en algunas actuaciones a lo largo de la ejecución del contrato: las que se han definido, en tal sentido, en el presente laudo.

“35. Que se declare que los contratos que dieron lugar a la agencia mercantil que vinculó a las partes, fueron por adhesión.”

Prospera la pretensión.

“36. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare que las cláusulas ambiguas u oscuras que existan en los contratos, se interpretan en contra del predisponente, conforme a los criterios establecidos en el Art. 1624 del C.C., aplicable por remisión directa del art. 822 del Co. de Co. y numeral 1º del art. 95 de la C.P. e inciso final del art. 333 ibídem.”

Prospera la pretensión en el entendido de que la interpretación, contra la parte predisponente, opera si la ambigüedad de las cláusulas proviene de la falta de una explicación que haya debido darse por dicha parte predisponente, y sin perjuicio del ejercicio hermenéutico que efectúa el Tribunal en el proceso.

“37. Que por el hecho de haber incurrido COMCEL en abuso contractual, tanto en la celebración de los contratos de Agencia Comercial, como en la ejecución de los mismos, se declare la nulidad absoluta o, subsidiariamente, la invalidez o la ineficacia de las cláusulas que se indican a continuación y que forman parte del vínculo contractual entre COMCEL y CELLULAR PHONE, integrado

por todos los contratos que se indican en las pretensiones anteriores, y de todas aquellas cláusulas que con el mismo texto se repitieron en los contratos subsiguientes, adendas, otrosi, 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.”

Prospera esta pretensión, en el entendido de que hay petición concreta de nulidad y el Tribunal, en razón de las pruebas y sus propios razonamientos, así lo determine, como se observa en las siguientes pretensiones.

“38. *Las cláusulas que deben anularse, declararse inválidas o ineficaces, son las siguientes, sin perjuicio de que el Tribunal anule, invalide o declare ineficaces las que sean consecuencia directa o indirecta de éstas, de conformidad con lo solicitado:*

38.1. *Naturaleza del vínculo contractual:*

Cláusula No. 4 numeral 4.1 del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 4 del Contrato del 20 de abril de 1999, en lo referente a la naturaleza de la relación contractual y se establece que el vínculo contractual sostenido entre las partes no constituye agencia comercial.”

Prospera parcialmente la pretensión. No prospera en cuanto a que las cláusulas 4.1 y 4 mencionadas hayan dicho que el contrato no era de agencia comercial. El Tribunal considera que una cosa es la verdadera calificación jurídica del contrato –se trató de una agencia comercial- y otra es el objeto de la pretensión, consistente en la nulidad, invalidez o ineficacia de dicha calificación jurídica. Éstas son sanciones jurídicas inaplicables, en principio, a circunstancias como esta, que denotan yerros conceptuales en la elaboración un texto contractual. Sí prospera la pretensión respecto de las manifestaciones que el Tribunal ha considerado abusivas y que se encuentran en dichas previsiones contractuales.

“38.2. *Aceptación anticipada de un tercero.*

Cláusula 7.22 del Contrato de 20 de abril de 1999, que impone una condición imposible al agente en cuanto lo obliga a obtener de sus eventuales arrendadores, que son terceros en el contrato de agencia comercial, la aceptación anticipada de la cesión de los respectivos contratos de arrendamiento a favor de COMCEL o la obligación de celebrar un nuevo contrato de arrendamiento con COMCEL.

Importa destacar que la presente cláusula fue tácitamente derogada por el predisponente del contrato, dado que todos y cada uno de los contratos de arrendamiento firmados por CELLULAR PHONE con los respectivos arrendadores, careciendo de esta obligación a cargo del arrendador, fueron admitidos y aprobados por COMCEL.”

No prospera la pretensión.

“38.3. *Obligación de mantener indemne a COMCEL:*

Cláusula No. 12 de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que CELLULAR PHONE indemnizará y mantendrá indemne a COMCEL por toda acción, daños, perjuicios y reclamos que surjan del desarrollo del contrato o como consecuencia del incumplimiento del mismo.”

Prospera la pretensión.

“38.4. Renuncia a derechos por parte de CELLULAR PHONE:

Cláusula No. 14, inciso tercero, del Contrato de 1 de noviembre de 1997; en cuanto contienen renunciaciones a derechos que la ley consagra a favor de CELLULAR PHONE, como el derecho a percibir las retribuciones e indemnizaciones previstas en el artículo 1324 del Código Comercio. Cláusula 14, incisos quinto y sexto en su totalidad, del Contrato de 20 de abril de 1999, por cuanto: (i) El inciso quinto, de una parte, excluye la verdadera naturaleza del contrato y de la otra, impone a CELLULAR PHONE el pago de un 20% del promedio de la totalidad de los ingresos percibidos por concepto del aprovechamiento del nombre comercial de COMCEL, su infraestructura y goodwill, más otro 20% de la suma resultante, en caso de que COMCEL resulte condenada al pago de las prestaciones o indemnizaciones derivadas de la agencia comercial y (ii) El inciso sexto fija la forma de la exigibilidad de tal obligación.”

Prospera la pretensión.

“38.5. Consagración de la “cláusula espejo” en contra del agente comercial:

Cláusula No. 16, numeral 16.4, del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 14, inciso quinto, del Contrato de 20 de abril de 1999, ya mencionada; en cuanto consagran estipulaciones que imponen al agente el pago de sumas de dinero equivalentes o superiores a las que resultaría condenada COMCEL, en caso de que se determinara que el contrato suscrito y ejecutado fuera de AGENCIA COMERCIAL.”

Prospera la pretensión.

“38.6. Efectos de la terminación del contrato:

Cláusula No. 16, numeral 16.3., del Contrato de 1 de noviembre de 1997; Cláusula No. 16, numeral 16.4. del Contrato de 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que COMCEL no será responsable frente a CELLULAR PHONE por ningún concepto a la terminación del contrato. De igual manera la Cláusula 16.5 del contrato del 20 de abril de 1999, en cuanto establece un término de caducidad del derecho a reclamar, si el acta de liquidación del contrato no se objeta dentro de los tres días siguientes a su remisión por parte de COMCEL y por ende se considerará firme y definitiva.”

Prospera la pretensión, en los términos señalados por el Tribunal en sus consideraciones.

“38.7.- Limitación de la responsabilidad a cargo de COMCEL:

Cláusula No. 17 de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, en cuanto contienen una exoneración de toda responsabilidad de COMCEL como consecuencia de la terminación del contrato.”

Prospera la pretensión, en los términos señalados por el Tribunal en sus consideraciones.

“38.8. Aspectos Generales: Exclusión de agencia comercial:

Cláusula 27, inciso segundo, parte final del Contrato de 1 de noviembre de 1997, en cuanto excluye la agencia comercial como tipo contractual aplicable a la relación negocial sostenida entre las partes.

No prospera la pretensión. El Tribunal considera que una cosa es la verdadera calificación jurídica del contrato –se trató de una agencia comercial- y otra es el objeto de la pretensión, consistente en la nulidad, invalidez o ineficacia de dicha calificación jurídica. Éstas son sanciones jurídicas inaplicables, en principio, a circunstancias como esta, que denotan yerros conceptuales en la elaboración de un texto contractual.

“38.9. Conciliación, compensación, deducción y descuentos:

Cláusula 30, incisos segundo, parte final, y tercero del Contrato suscrito el 20 de abril de 1999, en cuanto establecen: El inciso segundo, una caducidad del derecho de CELLULAR PHONE de presentar reclamaciones sobre las Actas de Conciliación, si dentro del término de los tres días posteriores a su remisión no se recibe observación alguna sobre su contenido y por ende el acta se considerará firme y definitiva y el inciso tercero, porque a pesar de que en el contrato se niega la existencia de la agencia comercial se establece que dentro de los valores que reciba “EL DISTRIBUIDOR” durante la vigencia del contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquiera causa y concepto deba pagar COMCEL a CELLULAR PHONE a la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza.”

Prospera la pretensión, por las razones expuestas por el Tribunal en este acápite y en el acápite 3 de consideraciones, referente a la terminación del contrato. Las mismas razones expuestas en el presente acápite implican la prosperidad de los literales d) e i) de la pretensión 24. También prosperará la pretensión 38.9, señalada adelante. E igualmente prosperará la pretensión 39, en cuanto a que los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las actas suscritas son nulos.

“38.10. No pago de comisiones causadas y amparo en caso de que se declare la verdadera naturaleza del contrato:

Anexo “A”, numeral 5, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y el 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que a la terminación del vínculo contractual no se pagarán las comisiones causadas y no canceladas hasta ese momento.

Anexo “A”, numeral 6, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y el 20 de abril de 1999, por cuanto a pesar de que COMCEL desconoce la

AGENCIA COMERCIAL como el verdadero vínculo que rige a las partes, establece que en el evento en que se declare la existencia de dicha relación jurídica, se tenga que el 20% de lo pagado por comisiones, se tenga como un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa deba pagar COMCEL a CELLULAR PHONE a la terminación del contrato.

Prospera la pretensión, por las razones expuestas por el Tribunal en este acápite y en el acápite 3 de consideraciones, referente a la terminación del contrato.

“38.11. Imputación de los dineros pagados en desarrollo del Plan CO-OP: Anexo “C”, numeral 5, de los Contratos suscritos el 1 de noviembre de 1997; y 20 de abril de 1999, en cuanto establecen que los dineros pagados en desarrollo del denominado Plan CO-OP se imputarán a cualquier pago, remuneración, indemnización o compensación que se genere a favor de CELLULAR PHONE a la terminación del contrato.”

Prospera la pretensión.

“38.12. Documento de terminación: Anexo “E”, denominado “Documento de Terminación”, del Contrato de 1 de noviembre de 1997, en cuanto contiene renuncia de CELLULAR PHONE a formular reclamaciones en contra de COMCEL a la terminación del vínculo contractual con el objeto de exigir sus derechos, incluida la prestación de que trata el art. 1324 del Co. de Co.

Prospera la pretensión.

“38.13. Renuncia a formular reclamaciones: Anexo “F”, numerales 4 y 5 del “Acuerda”, del Contrato de 20 de abril de 1999, en cuanto establecen renunciaciones de CELLULAR PHONE a hacer valer sus derechos como consecuencia de la suscripción de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción y excluye nuevamente la agencia comercial como tipo contractual vigente entre las partes.

Prospera la pretensión.

“38.14. Otros Documentos Relacionados: Solicito así mismo, se declare la nulidad absoluta, invalidez ineficacia, según sea el caso, de la totalidad de los documentos, acuerdos, anexos, otrosíes y modificaciones que en desarrollo del contrato, hayan sido firmados entre las partes, que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas que el Tribunal declare nulas.”

Prospera la pretensión, en la medida en que el Tribunal deduzca la nulidad del contenido de la documentación que analice.

“39. DECLARATORIA DE NULIDAD. *Que se declare la nulidad absoluta del supuesto consentimiento expresado por CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. y que dan cuenta las diferentes circulares y cartas en donde reposa su firma de “Aceptación”, por cuanto la misma no fue el reflejo de su libre y espontáneo consentimiento; de igual manera solicito se declare la NULIDAD de todas las “Actas de conciliación” que se hayan podido suscribir a lo largo de la relación contractual, pues el consentimiento expresado en ellas se encontraba viciado, como se demostrará en el proceso; en subsidio de la presente pretensión, solicito se declare la NULIDAD PARCIAL DE DICHAS ACTAS. En efecto, en el evento en que no se declare la nulidad total de las supuestas actas de conciliación, solicito que se declare la nulidad de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las ACTAS DE CONCILIACION, COMPENSACION Y TRASACCION que en cualquier tiempo hayan sido suscritas por las partes en cuanto implican renunciaciones a derechos de naturaleza irrenunciable o se refieren a pagos inexistentes.”*

Prospera parcialmente la pretensión. No prospera en cuanto a la pretendida nulidad absoluta del consentimiento expresado por CELLULAR PHONE respecto de las diferentes cartas y circulares recibidas. Al respecto, en otros acápites de consideraciones del laudo se establece que si bien esas aceptaciones están libres de vicios, los documentos que las llevan consigo implicaron o denotaron abuso contractual, razón por la cual el Tribunal ha negado, en general, sus efectos. Lo propio se predica de las actas de conciliación, señaladas en la pretensión, pues en ellas no hubo vicios del consentimiento. Sobre este particular, y por las razones expuestas en este acápite 2 y en el acápite 3 de consideraciones, el Tribunal le reconoce validez a las actas en cuanto a que contienen finiquitos o cortes periódicos de los pagos y saldos, entendiéndose por éstos únicamente estimaciones generales, preliminares y básicas, que en ningún caso impedían la revisión, discusión y evaluación posterior de sus conceptos y montos. Este es el único efecto que el Tribunal le da a los documentos de transacción, conciliación y compensación. En consecuencia, y por las razones expuestas en los acápites 2 y 3 de consideraciones del laudo, prospera la pretensión subsidiaria de nulidad parcial de dichas actas, en cuanto a que son nulos los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de los referidos documentos.

“40. DECLARACION DE APLICACIÓN RESTRINGIDA DEL CONTENIDO DE LAS ACTAS DE CONCILIACION, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN. *Que se declare que el supuesto “paz y salvo”, mencionado en el numeral 1 de la parte resolutive de las Actas referidas, que aparezcan firmadas, no tiene efectos generales sino que se refiere exclusivamente a lo efectivamente discutido por las partes antes de la suscripción de cada una de ellas.”*

Prospera la pretensión, en el entendido de que el paz y salvo contenido en las actas es válido pero en cuanto se refiere a estimaciones generales, preliminares y básicas aplicables al período que corresponda, es decir, de carácter parcial y preliminar, y nunca total, firme y definitivo.

“41. INCUMPLIMIENTO DE LAS ACTAS. Que se declare que **COMCEL** incumplió con lo pactado en las diferentes **ACTAS DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN** que aparezcan firmadas, al haber efectuado descuentos o aplicado penalizaciones sobre las comisiones transigidas o conciliadas en dichas actas, con posterioridad a la firma de las mismas por hechos anteriores.”

No prospera la pretensión.

B. De condena – Como consecuencia del incumplimiento – Capítulo II

“43. Que se condene a **COMCEL a pagar en favor de **CELLULAR PHONE** las sumas que resulten probadas en el proceso por los siguientes conceptos:**

a. Por el valor que resulte por concepto de la diferencia existente entre el número de **ACTIVACIONES** realizadas y el número de **ACTIVACIONES** efectivamente pagadas por **COMCEL**, a lo largo de la relación contractual, o en subsidio, a partir de la fecha que tenga a bien indicar el Tribunal. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$400'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.

No prospera la pretensión en este literal a).

b. El reembolso de la totalidad de los dineros que **COMCEL** cobró o descontó a **CELLULAR PHONE** por concepto de las consultas hechas a **DATA CREDITO**. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$94'600.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.

No prospera la pretensión en este literal b).

c. El valor correspondiente al transporte de dinero y valores pagados a la transportadora **BRINKS**, o a quien preste el servicio, desde los **CENTROS DE PAGO Y SERVICIO** hasta los sitios indicados por **COMCEL**; de igual manera debe condenarse a **COMCEL** al pago de los valores cancelados a terceros por concepto de los servicios de vigilancia prestados en los **CPS**, ya que el manejo de dinero y la permanencia de los recaudos en caja durante el día, obligaban a mantener la seguridad en dichos lugares. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$515'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.

Prospera parcialmente la pretensión en este literal c). Prospera en cuanto a la condena a pagar el valor correspondiente al transporte de dinero y valores pagados a la empresa transportadora. No prospera en cuanto al pago de los valores cancelados a terceros por concepto de los servicios de vigilancia prestados en los CPS.

Por lo anterior, el Tribunal establece el valor de la indemnización, por este ítem c), en la suma de doscientos cinco millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos (\$205,459,484,00). Igualmente, y de conformidad con la pretensión 49 de condena, se reconocen intereses moratorios, a la tasa máxima prevista en la ley comercial, desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de ciento veinticuatro millones quinientos veinte mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$124,520,346.00).

*d. La diferencia del valor de aquellos equipos de pospago reclamados en los CENTROS DE ATENCION A LOS DISTRIBUIDORES (CAD), que **COMCEL** cobró a **CELLULAR PHONE** a full precio, por el hecho de no haberlos vendido dentro del plazo de 15 días y que **CELLULAR PHONE** tuvo que vender posteriormente a precios inferiores según las condiciones del mercado en su momento. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$250'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.*

No prospera la pretensión en este literal d).

*e) El valor que resulte probado en el proceso por concepto de la diferencia entre lo pactado en el contrato y el valor efectivamente recibido por **CELLULAR PHONE** por la comisión de **RESIDUAL**, durante toda la vigencia contractual o durante el período que señale el Tribunal. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$1.494'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.*

Prospera la pretensión en este literal e). Al respecto, el Tribunal establece dicha diferencia según la vigencia de la relación contractual, como se explicó en las consideraciones sobre el incumplimiento aplicable a las comisiones por residual. La indemnización asciende a la suma de dos mil quinientos doce millones ochenta y dos mil doscientos pesos (\$2,512,082,200.00). Igualmente, y de conformidad con la pretensión 49 de condena, se reconocen intereses moratorios, a la tasa máxima prevista en la ley comercial, desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando se verifique

efectivamente el pago. El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de mil quinientos veintidós millones cuatrocientos sesenta y siete mil doscientos noventa y cuatro pesos (\$1.522.467.294.00).

*f. Que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de **CELLULAR PHONE** la suma que se establezca pericialmente en el proceso y que fue descontada a la convocante por bajo consumo de los usuarios en los planes prepago, sin que tal sanción estuviere pactada en el contrato. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$300'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.*

No prospera la pretensión en este literal f).

*“44. Que se condene a **COMCEL** a pagar a **CELLULAR PHONE** las sumas correspondientes a la totalidad de los descuentos que realizó por sanciones no previstas en el contrato; por sanciones contractuales aplicadas excesivamente o con violación de las condiciones previstas en el contrato, o sin demostrar previamente a **CELLULAR PHONE** la configuración de las hipótesis, claramente definidas en el clausulado correspondiente (cláusulas 7.26.3.1 a 7.26.3.4, – 7.30- 7.32; 2.26.1 a 7.26.8; e inciso 2º del numeral 1º del Anexo “A”), a lo largo de la relación contractual, o en subsidio, a partir de la fecha que tenga a bien indicar el Tribunal. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$943'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.”*

No prospera la pretensión.

*“45. Que se condene a **COMCEL** a reintegrar a **CELLULAR PHONE** los valores de los descuentos y penalizaciones sobre comisiones de activación ya conciliadas, que fueron aplicados y cobrados con posterioridad a la fecha de corte de cuentas incluida en cada una de las ACTAS firmadas, si las hubo, por hechos anteriores a las mismas, todo conforme a la cuantificación pericial que se haga en el proceso. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$80'000.000.00**, sin perjuicio de la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe para el caso.”*

No prospera la pretensión.

*“46. Que se condene a **COMCEL** a indemnizar los perjuicios que por el hecho de los incumplimientos legales y contractuales en que incurrió, le causó a **CELLULAR PHONE EXPRESS**, conforme lo solicitado en la pretensión **26**, los*

*cuales se traducen en el deterioro de la empresa, que pasó de una curva de crecimiento constante, con base en sus ingresos, a una curva decreciente en virtud de las modificaciones contractuales, el bloqueo comercial a la cual fue sometida, a la aplicación ilegítima de sanciones y penalizaciones, que se descontaban del pago de las comisiones, a los pagos por comisiones que **COMCEL** no realizó conforme a lo establecido en el contrato y las que dejó de pagar, tanto por **ACTIVACIÓN**, como por **RESIDUAL**. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización asciende a una cifra superior a los **\$1.300'000.000.00**; no obstante, para los efectos legales a que haya lugar, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$600'000.000,00**, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito que se designe para el caso.”*

No prospera la pretensión.

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes excepciones, planteadas por COMCEL, así:

“1. Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL”

No prospera la excepción, por las distintas razones expuestas por el Tribunal en los acápites 2 y 3 de las consideraciones del laudo.

“2. Ausencia de los presupuestos para la declaratoria de nulidad de las cláusulas enunciadas por la convocante”

Prospera parcialmente la excepción. Prospera respecto de la pretensión frente a la cual el Tribunal no estableció su nulidad (pretensión 32). Prospera frente a las pretensiones en las cuales CELLULAR PHONE buscaba que el Tribunal declarara la nulidad, invalidez o ineficacia de la calificación jurídica del contrato como un contrato de distribución, y no como un contrato de agencia comercial (38.1 parcial y 38.8). Al respecto, se explicó que la calificación jurídica de un contrato, incluida en un texto, por sí misma no es motivo de sanción jurídica. Una calificación jurídica incorrecta –como la que hubo en este negocio-, es un ejercicio conceptual que atañe a los contratantes y frente al cual el juez tiene una potestad de verificación y corrección. Para el Tribunal, está plenamente acreditada la existencia de un contrato de agencia comercial, según se determinó, con suficiente detalle, en el acápite 1 de consideraciones del laudo. Sin embargo, ello no significa que se deba aplicar una sanción jurídica, como la nulidad, frente a un ejercicio conceptual erróneo –*error in nomine negotii*-, reflejado en el texto del contrato. En otras palabras, frente a la calificación jurídica del contrato entre COMCEL y CELLULAR PHONE, no prospera la excepción de inexistencia del contrato de agencia comercial, pues este último claramente existió; pero sí prospera la excepción de ausencia de los presupuestos para la declaratoria de nulidad de las cláusulas enunciadas por la convocante, pues una calificación jurídica equivocada no es motivo, por sí mismo, de nulidad, sino de corrección o ajuste por parte del juez.

La excepción también prospera ante aquella pretensión en la cual se buscaba anular el consentimiento prestado por CELLULAR PHONE frente a los distintos documentos contractuales, tales como las circulares, las cartas y los documentos de transacción preparados por COMCEL (pretensión 39 parcial). El Tribunal no encuentra que haya habido algún vicio del consentimiento, por parte de CELLULAR PHONE, bien fuera al momento de celebrar el contrato con COMCEL, o al momento de recibir o suscribir los documentos emanados del desarrollo del contrato, como lo fueron, entre otros, las circulares, las cartas y los documentos de transacción, conciliación y compensación. En efecto, no se dan los elementos constitutivos del error, la fuerza o el dolo, como modalidades propias de los vicios del consentimiento. Cuestión diferente es que dichos documentos, su contenido o el ejercicio, por parte de COMCEL, de las atribuciones allí señaladas, haya entrañado un abuso contractual en distintas modalidades, fenómeno éste que sí aconteció como lo explica el Tribunal a lo largo del laudo.

De ahí que no prospere la excepción respecto de las distintas pretensiones que el Tribunal ha considerado nulas.

“5. Renuncia de CELLULAR PHONE Express S.A. a las prestaciones propias de la agencia comercial”

No prospera esta excepción, por las distintas razones expuestas por el Tribunal en los acápites 2 y 3 de las consideraciones del laudo.

“6. Cumplimiento del contrato por parte de COMCEL”

No prospera esta excepción, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

“7. Pago de todas las obligaciones a cargo de COMCEL”

No prospera esta excepción, según las consideraciones expuestas por el Tribunal al determinar que COMCEL no pagó todas sus obligaciones.

“8. Facultad de COMCEL S.A. para modificar las comisiones.”

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera en cuanto a que COMCEL sí podía modificar las comisiones por activación. No prospera en cuanto a que COMCEL no podía modificar las comisiones por residual.

“9. Las condiciones de venta y de remuneración fueron pactadas entre las partes durante el desarrollo del contrato”

COMCEL, al explicar el alcance de esta excepción, sostuvo que el negocio de telefonía móvil celular implica, por su dinamismo, que las condiciones de venta y de remuneración se deban adaptar a los cambios del mercado. De ahí que, según COMCEL, las partes hayan pactado condiciones de venta y de

remuneración, de tiempo en tiempo, en relación con el negocio de prepago y postpago¹¹⁵.

Por las razones expuestas por el Tribunal a todo lo largo del acápite 2 de consideraciones del laudo, prospera parcialmente esta excepción. Prospera en cuanto a que las partes sí pactaron condiciones de venta y de remuneración. En tal sentido, prospera en el sentido de que dicho pacto, tratándose de las comisiones por activación, estaba sujeto a modificaciones por parte de COMCEL. No prospera en la medida en que COMCEL no podía modificar unilateralmente las comisiones por residual, según las explicaciones formuladas por el Tribunal en este laudo.

2.3.2 Respetto de la demanda de reconvencción de COMCEL

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes pretensiones, formuladas por COMCEL en su demanda de reconvencción, así:

“PRIMERA: Que se declare que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió para con COMCEL S.A. en virtud del Contrato de Distribución que se instrumentó en los contratos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1.997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1.999) y cuatro (4) de septiembre de dos mil seis (2.006).”

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera en cuanto a que CELLULAR PHONE incumplió las obligaciones asumidas por virtud del contrato, instrumentado en los documentos del 1 de noviembre de 1997 y 20 de abril de 1999, según las consideraciones expuestas por el Tribunal. No prospera en cuanto a la calificación jurídica del contrato como un contrato de distribución, pues se trató de un contrato de agencia comercial.

“SEGUNDA. Que se declare que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió con COMCEL S.A. en virtud del Acuerdo de Pago celebrado entre COMCEL S.A. y CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2.009).”

Prospera la pretensión, en los términos señalados por el Tribunal en sus consideraciones.

“TERCERA. Que se declare que como consecuencia de dicho incumplimiento, CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. causó daño y graves e ingentes perjuicios a COMCEL S.A. los cuales deberán ser reparados integralmente.”

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera en la medida en que se ha acreditado un daño a cuya reparación se condenará a CELLULAR PHONE. No prospera la pretensión en cuanto a que el incumplimiento acreditado hubiese generado graves e ingentes perjuicios a COMCEL.

¹¹⁵ Contestación de la demanda, p. 35.

“CUARTA. Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. a pagar a COMCEL S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero a título de resarcimiento del daño causado, así:

A.- La suma de QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$500'000.000) valor de los dineros que le quedó adeudando a la terminación del contrato

B.- El valor de los intereses moratorios causados sobre dicha suma desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2.011) hasta cuando su pago se produzca.

C.- El valor de la cláusula penal pecuniaria prevista en las cláusulas 26.2.2 el contrato veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), y en la cláusula 29.2.2 del contrato del cuatro (4) de septiembre de dos mil seis (2006), por la suma equivalente a la suma de CINCO MIL SALARIOS MINIMOS LEGALES MENSUALES VIGENTES (5.000 SMLMV).”

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera respecto de los literales A) y B). Al respecto, el Tribunal condenará a CELLULAR PHONE, a pagar a COMCEL, la suma de quinientos millones de pesos (\$500,000,000.00), sobre los cuales se reconocen intereses moratorios desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando su pago se produzca. El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de trescientos tres millones veintiocho mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$303.028.956.00). No prospera la pretensión respecto del literal C, por las razones expuestas por el Tribunal.

QUINTA: Que como consecuencia de todo lo anterior y para que se mantenga el principio de la reparación integral y la equidad y se observen rigurosamente los criterios técnicos actuariales a que se refiere el artículo 16 de la Ley 446 de 1998, se ordene en el laudo arbitral la actualización monetaria de todas las condenas que se impongan a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.”

No prospera la pretensión. El Tribunal sólo reconocerá, sobre las sumas pagaderas a COMCEL, los intereses moratorios solicitados en la demanda de reconvención.

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes excepciones, planteadas por CELLULAR PHONE, así:

“Exceptio non adimpleti contractus”

La primera excepción propuesta por CELLULAR PHONE, en su contestación de la demanda de reconvención, fue denominada *Exceptio non adimpleti contractus* y se basa en la previsión del artículo 1609 del Código Civil, según la cual *“en los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora*

dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

La excepción se enfrenta a las pretensiones de COMCEL de declarar el incumplimiento de las obligaciones que su contraparte asumió en virtud de los contratos de noviembre de 1997 y abril de 1999, y el incumplimiento de las obligaciones asumidas en virtud del Acuerdo de Pago celebrado entre las partes el 28 de octubre de 2009. Y se basa en que *“COMCEL a lo largo de la ejecución del contrato incurrió en graves y reiterados incumplimientos, como el no pago completo de las comisiones por ACTIVACION, el no pago de comisión por ACTIVACIONES realizadas, la no liquidación de las COMISIONES POR RESIDUAL en la forma prevista en el contrato, y, en la última etapa de ejecución del contrato, por el bloqueo comercial y económico a que sometió a CELLULAR PHONE...”*

La jurisprudencia nacional tiene sentado que la excepción de contrato no cumplido requiere de dos presupuestos esenciales: que el excepcionante obre de buena fe y que no esté obligado, de acuerdo con las estipulaciones o la naturaleza del contrato, a ejecutar sus obligaciones en primer lugar¹¹⁶. La precedencia en el tiempo del cumplimiento de lo pactado tiene la obvia consecuencia, si así lo prevé el convenio o resulta de su naturaleza, de que deba cumplirse después lo que le sea derivación o secuela, de modo que, en sentido contrario, el incumplimiento de lo primero excusa del cumplimiento ulterior.

A lo largo de las consideraciones del presente laudo, el Tribunal ha estudiado y valorado diversas pretensiones de CELLULAR PHONE de declarar el incumplimiento de COMCEL, inclusive el que a juicio de la convocante llevó a la terminación del contrato por justa causa. Ha estudiado y valorado igualmente las pretensiones de la convocada que tienen que ver con incumplimientos de la convocante, y excepciones de una y otra por los motivos que en forma específica quedaron plasmados en las diversas piezas procesales.

Para el Tribunal, no está suficientemente acreditado en las pruebas del proceso cuál de los dos contratantes debía cumplir primero para que tuviera operancia la excepción; por el contrario, la relación creada por los contratos celebrados entre ellos y mantenida a lo largo de su ejecución indica que las obligaciones nacidas de los mismos tuvieron cumplimiento prolongado, regular y recíproco, y que si hubo obligaciones incumplidas, como las hubo, no podría establecerse si provinieron de la falta de ejecución de una o varias que condicionaban en el tiempo a la incumplida.

Si en forma hipotética se plantea que pudo haber incumplimientos *simultáneos* de los dos contratantes, lo que tampoco aparece acreditado en el proceso, cabría aplicar la excepción, pero solo para plantear el mutuo disenso y ponerle fin a la relación contractual, que no es el caso bajo análisis. Con todo, en esta hipótesis de incumplimientos *simultáneos*, que no ocurrió, se repite, es decir

¹¹⁶ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias de 7 de octubre de 1976 y 18 de marzo de 1977

cuando las partes no concurrieron a pagarse “dando y dando”, como dice la Corte, el demandado *“no puede entonces proponer legítimamente la excepción de contrato no cumplido, como quiera que su incumplimiento no encuentra justificación”*.¹¹⁷

Por lo expuesto, el Tribunal considera que no prospera la excepción.

“Nulidad de la cláusula 26.2 y las que resulten conexas”

Prospera esta excepción, según las consideraciones expuestas por el Tribunal

“Improcedencia del cobro de la penal pecuniaria a CELLULAR PHONE”

Prospera esta excepción.

“Inexistencia de incumplimiento por parte de CELLULAR PHONE”

No prospera esta excepción.

3. Terminación del contrato entre COMCEL y CELLULAR PHONE: ocurrencia, valoración y efectos

Tal como se ha señalado a lo largo del laudo, el vínculo contractual entre las partes estuvo vigente durante un lapso continuo e ininterrumpido de trece (13) años y siete (7) meses. Las partes coinciden en afirmar que su terminación tuvo lugar el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), pero discrepan sobre las razones y mecanismos que acompañaron dicha terminación.

A continuación, el Tribunal abordará las circunstancias aplicables al mecanismo de terminación del contrato. Posteriormente y, atendiendo lo analizado en el acápite 2 del laudo y otras consideraciones, valorará dicha terminación y establecerá la correspondiente imputación. Finalmente, determinará los efectos que ésta tuvo, a la luz de las prestaciones previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio y otras circunstancias relevantes.

3.1 Ocurrencia de la terminación

CELLULAR PHONE ha invocado que terminó el contrato por justa causa imputable a COMCEL¹¹⁸. COMCEL, a su vez, ha invocado la terminación

¹¹⁷ Sentencia de noviembre 29 de 1978

¹¹⁸ Ver, por ejemplo: Escrito de Reforma de la Demanda de CELLULAR PHONE, pretensiones 5, 27, 28, 47 y 48. También: Excepción de Inexistencia de Justa Causa alegada por COMCEL para dar por terminado el contrato, formulada por CELLULAR PHONE al contestar la reforma a la Demanda de Reconvencción.

legítima del contrato por parte suya¹¹⁹, aunque como se verá adelante, sus manifestaciones al respecto han sido contradictorias.

Cada una de las partes señala haber terminado el contrato. Sin embargo, el mecanismo o forma de terminación y, los hechos circundantes, han sido objeto de discusión en el proceso.

Los testimonios y el interrogatorio de parte practicados, dan cuenta de estas diferencias entre las partes.

En efecto, el señor Darwin Rojas –funcionario de COMCEL-, dijo lo siguiente:

“DR. SALAZAR: Qué nos puede contar usted sobre el famoso acuerdo de pago, por qué se llegó a él, cuál fue la causa para haber celebrado ese acuerdo de pago, en qué consistió?”

SR. ROJAS: No tengo claros los orígenes, realmente el acuerdo de pago digamos que cuando yo entro a trabajar con COMCEL ya el acuerdo de pago estaba vigente, lo que se es que fue un acuerdo de pago que se dio en su momento para darle liquidez al distribuidor, para darle flujo de caja, entonces se recogieron unas deudas que tenía el distribuidor con la compañía, incluso tengo entendido que la compañía le prestó un dinero extra al distribuidor que se incluyó dentro del acuerdo de pago, un dinero para pago a terceros, todo esto se recogía en un acuerdo de pago, no se si se me escapan algunas cosas y se le difirió a un plazo para que el distribuidor lo fuera pagando mes a mes y en el transcurso del tiempo quedáramos libres y saneados en la cartera, ese es el acuerdo a que hago alusión, que conozco que finalmente no se cumplió.

DR. SALAZAR: Por qué no se cumplió ese acuerdo de pago?

SR. ROJAS: Desde que recibió la operación el acuerdo de pago no se cumplió porque el distribuidor no generaba los recursos para pagar, para cubrir las cuotas, ese era el motivo principal, entonces ahí empezó a entrar en mora, en mora el acuerdo y digamos que a nivel de la compañía ya era imposible pensar en otro acuerdo más porque ya teníamos un acuerdo en curso.

DR. SALAZAR: Usted tuvo conocimiento si el incumplimiento de ese acuerdo de pago fue la causa para que COMCEL diera por terminado el contrato?

DR. CEDIEL: Objeto la pregunta, en ningún momento COMCEL dio por terminado el contrato, fue CELLULAR PHONE quien dio por terminado el contrato, por lo tanto está induciendo al testigo a dar una respuesta y eso no está permitido.

DRA. MURRELE: Puede reformular su pregunta?

DR. SALAZAR: Qué acciones tomó COMCEL frente al incumplimiento del acuerdo de pago?

SR. ROJAS: COMCEL generaba cartas mensuales informando del incumplimiento al distribuidor, señor distribuidor con base en el acuerdo de pago le requerimos por favor

¹¹⁹ Ver, por ejemplo: Excepciones de Terminación legítima del vínculo contractual por parte de COMCEL y de Ausencia de Legitimación de CELLULAR PHONE para dar por terminado el vínculo contractual, formuladas por COMCEL al contestar la reforma a la Demanda de CELLULAR PHONE.

que se ponga al día y cancele la totalidad de las cuotas pendientes y digamos que eso era mes a mes el proceder de la compañía.

DR. SALAZAR: Usted tuvo conocimiento si COMCEL envió una carta de terminación del contrato que no fue recibida por CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Sí, personalmente fui a entregar la carta de terminación del contrato y el local no estaba abierto el día en que fui a llevar la carta de terminación, fui con el coordinador de desarrollo de distribuidores pero no ubicamos a las personas del distribuidor en su momento, el local estaba cerrado entonces no pude entregar la carta, pero sí tuve conocimiento.

DR. SALAZAR: Usted tuvo conocimiento que con posterioridad llegó la carta de terminación de CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Sí señor.

DR. CEDIEL: Me gustaría que el testigo precisara las fechas para efectos de dar respuesta las preguntas que le están formulando.

DRA. MURRLE: Doctor Cediél está interrogando el doctor Salazar.

DR. SALAZAR: Pero no tengo ninguna objeción.

SR. ROJAS: Yo recibí la carta por correo electrónico, recuerdo que fue el 30 de mayo, la carta de terminación del contrato de distribución, si no estoy mal ese día era un lunes.

DRA. MURRLE: De quién la recibió?

SR. ROJAS: La recibí del área jurídica de la compañía.

DRA. MURRLE: De COMCEL?

SR. ROJAS: De COMCEL, la carta se derivó básicamente en lo que leí yo digamos que la situación en su momento que llevó a generar la carta lo que conozco, fue el incumplimiento de la cuota de pago y la no consignación de unos dineros de recaudo de los clientes, digamos que ese fue el detonante que ocasionó la carta, eso fue el 30 de mayo en la mañana y ese mismo día la instrucción del área jurídica es que yo tenía que llevar la carta al distribuidor para la firma correspondiente.

Ese día llevamos la carta pero el local estaba cerrado, entonces no pudimos entregar la carta, hay un procedimiento que tiene la compañía que básicamente es dar fe ante notaría de que se trató de entregar la carta pero que fue imposible y es el comunicado que se le envió al área jurídica ese mismo día.

(...)

DR. SALAZAR: Pero qué pasó con los dineros que recaudaba CELLULAR PHONE?

SR. ROJAS: Con los dineros tuvimos varios incidentes, nosotros tenemos unas auditorías que hace la gente de financiera donde llegan los centros de pago, revisan cómo están las cajas del distribuidor y hace conciliación de los cupones que tienen recibidos frente al dinero que tiene el distribuidor y de lo que tengo conocimiento que nos llegó dentro de la carta de terminación, hubo varios momentos en los cuales esas

conciliaciones, esos arqueos llamémoslos de caja dieron como resultado que faltaba plata de recaudo de los clientes y los dineros no se habían consignado en los tiempos correspondientes.

DR. SALAZAR: Entre agosto/10 y mayo/11, esa situación era recurrente?

SR. ROJAS: Fue recurrente, de hecho como comentaba considero, no me consta, pero lo que observé de argumentación de terminación del contrato en los últimos 2 meses, o sea estaríamos hablando de tal vez marzo, abril/11, los faltantes fueron bastante grandes.

(...)

DRA. MURRLE: Tuvo usted conocimiento en algún momento de que CELLULAR PHONE había dado por terminado el contrato celebrado con COMCEL en forma unilateral?

SR. ROJAS: No, yo tuve conocimiento justamente al día siguiente de haber llevado la carta, es decir cuando me delegan a mi para llevar la carta y encontré cerrado, hago el procedimiento de notaría con mis testigos y mandé el documento, al día siguiente sí me enteré que habían enviado una comunicación a la compañía.

DRA. MURRLE: Cómo se enteró?

SR. ROJAS: Me enteré a través de jurídica porque el área jurídica me comentó recibimos esta documentación, pero usted tiene la carta ya con los testigos y esa fue la información.

DRA. MURRLE: En ese momento supo usted cuándo habían comunicado su decisión CELLULAR PHONE a COMCEL?

SR. ROJAS: Yo recuerdo si no me falla la memoria, en la carta que ellos enviaron tenía fecha 31 de mayo de un día posterior a la gestión que yo había hecho en el punto de venta.”

A su vez, el señor Alexánder Guarnizo –funcionario de COMCEL- se refirió a la situación, así:

“DRA. MURRLE: El presente proceso ha surgido derivado de unos contratos celebrados entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL el 1º de noviembre/97 y el 20 de abril/99, tiene algún conocimiento sobre la controversia que se ha derivado entre las partes con ocasión de los mencionados contratos?

SR. GUARNIZO: No, se que nosotros decidimos, nosotros digo Claro o COMCEL, terminar el contrato por incumplimiento a acuerdos de pago que teníamos con el distribuidor como en abril, mayo/11, eso en la parte comercial, lo que nos competía a nosotros una información frente al distribuidor y es lo que se que terminamos el contrato de distribución por incumplimiento de acuerdos de pago.

DRA. MURRLE: Conoce usted si hubo algún deterioro en las relaciones entre el distribuidor y Claro, en ese momento COMCEL, previos a la terminación a la que usted ha hecho mención?

SR. GUARNIZO: No entiendo la pregunta.

DRA. MURRLE: Si se deterioró la relación, si hubo controversia o discusiones entre CELLULAR PHONE y COMCEL, previas a la terminación del contrato que usted ha mencionado, reclamos de ambas partes por algún tipo de incumplimientos, por requerimientos no atendidos?

SR. GUARNIZO: Sí, había comunicaciones de las áreas de la compañía, esta es una compañía muy grande y digamos yo respondo por la parte comercial en esa época, pero se que el área de recaudos por ejemplo llamó la atención al distribuidor por mal uso de los... que hacíamos a los clientes en los puntos de venta del distribuidor, el distribuidor tenía unas figuras en Arauca sobre todo CPS.

CPS es un punto de ventas donde el cliente puede pagar las facturas, los pagos el distribuidor no abonaba los pagos a las cuentas de COMCEL, ese fue como su llamado de atención al distribuidor en su momento, como le digo esa información no es de mi área, pero sí se que esas conversaciones se habían tenido por parte de Claro al distribuidor.

(...)

DR. SALAZAR: Quiero volver al comienzo de su declaración, cuando usted dijo que decidimos terminar el contrato por el incumplimiento de los acuerdos de pago, quiénes participaron en esa decisión de dar por terminado el contrato?

SR. GUARNIZO: La red de operaciones.

DR. SALAZAR: Me quiere dar nombre?

SR. GUARNIZO: El director de operaciones José Hernando... el director de canales Rogelio Enrique Horna, el gerente de la zona que es Darwin Rojas, la parte jurídica que es... la gente que tenga cargo, la parte financiera Carlos Torres, son las personas que estudian como el endeudamiento del distribuidor y todos los esquemas que se obtienen... son las personas que en la compañía decidimos terminar con el contrato.

DR. SALAZAR: Cómo se implementó esa decisión, cómo se le informó a CELLULAR PHONE la decisión de dar por terminado el contrato por parte de COMCEL?

SR. GUARNIZO: Recuerdo que mandamos una carta a través del gerente, el gerente fue a llevar la carta y el local estaba cerrado, no se pudo entregar porque el local del distribuidor no estaba en funcionamiento, eso fue el 29 ó 30 de mayo/11.

DR. SALAZAR: Con anterioridad a esa fecha ustedes habían tenido reuniones con la representante legal de CELLULAR PHONE para analizar esa situación de incumplimiento?

SR. GUARNIZO: Sí claro.

DR. SALAZAR: Qué ocurrió en esas reuniones?

SR. GUARNIZO: La invitamos a que se colocara al día en los pagos, a que revisáramos la forma de sacar adelante la operación del distribuidor.

DR. SALAZAR: Cuántos acuerdos de pago se habían celebrado entre COMCEL y CELLULAR PHONE?

SR. GUARNIZO: No, en mi época se que teníamos uno vigente de 2009 con unas condiciones muy especiales, no las se de memoria, pero en mi época en el 2007 creo que, no estoy muy seguro pero creo que unos 3, 4 acuerdos de pago.

DR. SALAZAR: Esos acuerdos de pago que usted recuerda fueron cumplidos?

SR. GUARNIZO: No.”

Igualmente, del testimonio rendido por el señor Mario Arenas –fundador de CELLULAR PHONE-, se extraen los siguientes apartes:

“DR. CEDIEL: Usted sabe algo entorno de la terminación del contrato de CELLULAR PHONE con COMCEL?

SR. ARENAS: Sí, estuve metido un rato al final, estuve bastante metido en el sentido de tomar la decisión ya definitivamente porque ya no daba ninguna inversión, ni nada de esto y para salvar la situación, inclusive yo llevé la carta donde decidíamos acabar con la distribución.

DR. CEDIEL: Usted llevó qué carta?

SR. ARENAS: Yo llevé una carta que se hizo para dar por terminada la distribución.

DR. CEDIEL: Recuerda la fecha, sabe algo?

SR. ARENAS: Yo la tengo aquí, la llevé el 31 de mayo y llegué como a las 4 de la tarde a las instalaciones de COMCEL y me hicieron esperar un buen rato, la recepcionista me dijo que iba a consultar el recibo, la llevó hacia el fondo de las instalaciones y media hora después me dijo que no me la recibían.

DR. CEDIEL: No le recibieron la carta?

SR. ARENAS. No me la quisieron recibir, yo le dije que por qué, me dijo que tenía una orden de un señor que le había dicho que había hablado con Bogotá y que esta carta no se debía recibir.

Yo le dije que si podía hablar con el señor y el señor gentilmente bajó y le dije por qué no me reciben la carta y me dijo que no, que no la podían recibir porque había instrucciones de Bogotá de no recibirla.

Yo cogí unos testigos que encontré ahí y que escucharon la discusión con el señor y los puse aquí como testigos, después de haber redactado un texto.

DR. CEDIEL: Quién redactó el texto de esa carta?

SR. ARENAS: Lo redacté y me lo copió una niña que estaba ahí.”

A su vez, el señor Jorge Arturo Schneider –ex-funcionario de CELLULAR PHONE, dijo lo siguiente:

“DR. CEDIEL: Sabe usted por cuánto tiempo se ejecutó el contrato suscrito entre CELLULAR PHONE y COMCEL?

SR. SCHNEIDER: Arrancó en el año 97 y se dio por terminado en el año 2011.

DR. CEDIEL: Sabe usted si durante el tiempo de ejecución del contrato que usted acaba de mencionar en algún momento esa relación se interrumpió por alguna circunstancia?

SR. SCHNEIDER: No, nunca tuvo ninguna interrupción, fue desde que empezó hasta que se dio por terminado por parte de Cellular el contrato con COMCEL.”

En el interrogatorio rendido por la señora Sandra Arenas –representante legal de CELLULAR PHONE-, ésta dijo lo siguiente:

*“DR. SALAZAR: **Pregunta No. 13.** Manifieste al Tribunal por qué razón CELLULAR PHONE se negó a recibir la carta de terminación que le envió COMCEL, de terminación del contrato?*

SRA. ARENAS: Nosotros nunca nos negamos a recibir la carta, esa carta yo la vine a conocer con la respuesta de la demanda, cuando ustedes dieron respuesta a la demanda, a mi empresa jamás llegó esa carta, yo quisiera ser clara en eso porque yo nunca entendí por qué el día que yo fui a llevar la carta de terminación del contrato habiendo hablado, el día anterior hablé con Darwin Rojas que era el gerente de mi zona, le comenté que yo no iba a estar al día siguiente, al día siguiente cuando ya se fue a entregar la carta, acá traigo los originales de esas cartas con el recibido y todo en la dirección que correspondía en Bucaramanga para la entrega de documentos, se fue a entregar, recibieron la carta, la miraron, la escanearon, la consultaron con Bogotá, después salieron dijeron que qué pena pero que en Bogotá habían dicho que esa carta no la podían recibir.

En ese momento entonces se levantó un acta, no se nos ocurrió otra cosa que levantar un acta: “Siendo las 4:50 del día 31 de mayo/11, me presenté a las instalaciones del CAC Bucaramanga a radicar una carta relacionada con la distribución de COMCEL, siendo atendido por la recepcionista Yanile Isabel Torres, quien se negó a recibir por orden del señor Ricardo Marín, hablamos personalmente con el señor Ricardo Marín quien ratificó la orden de no recibirla, sugiriendo mandarla por correo certificado directamente a las oficinas de COMCEL en Bogotá, se le pidió el favor a dos personas que estaban ahí que no conozco, las personas nos hicieron el favor de firmar.”

“Salimos de ahí compré tiquetes volando a las 5:30 de la mañana viajé a Bogotá a las 9:49 me estaban recibiendo la cartas, la una era donde ratificaba la terminación y anexaba copia de la carta que no me habían querido recibir y la otra era la carta como tal de terminación del contrato, yo en ese momento le decía al doctor Cediel que yo no entendía por qué no me recibían las cartas, que no lo podía entender y cuando nos dieron respuesta a la demanda él me llamó y me dijo Sandra en esta respuesta dice que hay una carta que les fue enviada o entregada, le dije no conozco esa carta Gabriel por favor mándemela que yo la quiero ver y es más, en esa carta yo me quedé sorprendida cuando la vi, le dije cómo así que nos daban por terminado el contrato porque no nos renovaban el contrato y el contrato iría hasta el 14 de junio.

Le dije Gabriel yo no entiendo eso, porque yo estuve en mi oficina el 30, hable con Darwin a las 6 de la tarde y le dije que yo definitivamente me veía, que yo ya no le veía salida, en ese momento yo no le dije que, mejor dicho fue como lo último que hice decirle Darwin han hablado algo, hay alguna posibilidad de que podamos mirar el tema, yo en este momento tenía una persona que se había ofrecido si no teníamos el apoyo de COMCEL a invertir un dinero para capitalizar la empresa, pero esa persona

me había dicho dos cosas, si COMCEL nos hace un acuerdo o nos hace una refinanciación o nos da la mano vamos, yo le inyecto los \$1.000 millones que usted está necesitando, Sandra yo le invierto a apoyarla en que usted vaya al Tribunal que le dice que tiene que ir, y de hecho así fue que pude hacerlo, entonces ahí ya tomamos la decisión de pasar las cartas y así fue que yo pude llegar al Tribunal porque es que nosotros gracias a esos cambios de políticas, a todo ese manejo arbitrario que se daba y a esa zozobra en la que vivíamos nosotros salimos sin un peso, la casa de mis papás está en manos de COMCEL, otro bien está en manos de COMCEL, tenemos deudas todas las que quieran y nosotros no podemos quedar así, yo no estoy pensando en que rico esto sale y yo me voy, no yo lo único que quiero es poder pagar cada peso, recuperar la casa de mis papás que ellos puedan vivir tranquilos y terminar de enterrar este muerto, al sol de hoy sin compartir muchísimas cosas, pienso que fue un pesar, que trabajé mucho y le dediqué 13 años y medio de mi vida a esto y quiero cerrarlo bien, entonces por eso es que decidimos que se tenía que hacer así, que se invertía ese dinero no en capitalizar, sino en terminar el contrato y que de acuerdo.

Yo le dije a... qué forma, qué podemos, mire Alex busquemos la manera de que no tengamos que salir de esta forma, la única solución para dirimir los conflictos léala en el contrato, es ir a un Tribunal de Arbitramento, le dije yo no tengo plata para eso, pero conseguí la plata poderlo hacer y ha sido un esfuerzo muy grande, pero debíamos hacerlo para poder salir de esto.”

Los testimonios mencionados sugieren lo siguiente:

- Los funcionarios de COMCEL señalaron que el motivo de la terminación del contrato, fue la ocurrencia de incumplimientos por parte de CELLULAR PHONE, con énfasis en uno de los acuerdos de pago suscritos entre las partes y en la gestión de recaudo de dinero por parte de CELLULAR PHONE;
- Los funcionarios de COMCEL afirmaron que la carta de terminación fue preparada el día treinta (30) de mayo de dos mil once (2011), pero que fue imposible entregarla ese día, en las oficinas de CELLULAR PHONE, puesto que éstas, según ellos, se encontraban cerradas;
- Dichos funcionarios señalaron que COMCEL activa un procedimiento para la entrega de cartas cuando ocurren circunstancias similares;
- También sostuvieron haber conocido una comunicación de terminación, preparada por CELLULAR PHONE, tras la diligencia fallida de la entrega de la carta que COMCEL había preparado el treinta (30) de mayo de dos mil once (2011);
- A su vez, los funcionarios de CELLULAR PHONE manifestaron haber llevado la carta de terminación del contrato a las oficinas de COMCEL en Bucaramanga. No obstante, según ellos, no fue posible radicarla debido a una orden impartida desde las oficinas de COMCEL en Bogotá, razón por la cual se dejó constancia escrita de toda la situación; y

- Con base en ello, la señora Sandra Arenas –gerente de CELLULAR PHONE- decidió viajar a Bogotá para radicar, en las oficinas de COMCEL, una comunicación de ratificación de la circunstancia mencionada, acompañada de la respectiva carta de terminación.

En el acervo documental, el Tribunal ha verificado la existencia de las comunicaciones de CELLULAR PHONE, es decir, la carta del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) mediante la cual terminaba el contrato, y otra, con la misma fecha –y con un sello de recibo de COMCEL, del primero (1) de junio de dos mil once (2011)-, en la cual ratificaba los términos de dicha carta¹²⁰.

La primera de ellas contiene el recuento o resumen de circunstancias que, a juicio de CELLULAR PHONE, daban lugar a la terminación del contrato por justa causa imputable a COMCEL, a la luz del artículo 1325 del Código de Comercio. También contiene, en su respaldo, un manuscrito donde se deja constancia de la imposibilidad de radicar la carta en las oficinas de COMCEL, ubicadas en Bucaramanga. La segunda de ellas es una ratificación de la primera y señala la imposibilidad de radicar la carta de terminación en la ciudad de Bucaramanga.

En lo que respecta a COMCEL, obra en el expediente una comunicación, fechada el veintisiete (27) de mayo de dos mil once (2011), en la cual se dan por terminados los distintos contratos entre las partes –i.e. el contenido en el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999)-, debido a la decisión de no renovarlos, de conformidad con la cláusula 5.1. Así mismo, obra otra carta de COMCEL, fechada el primero (1) de junio de dos mil once (2011), en la cual se le comunica a CELLULAR PHONE la terminación del convenio para el uso y goce del local comercial que esta última ocupaba en la ciudad de Arauca, “(...) como consecuencia directa de la terminación del Contrato de Distribución que ha tenido lugar el día primero (1) de junio de 2011.”¹²¹

Para el Tribunal, está probada la existencia y materialidad de la carta de terminación del contrato por parte de CELLULAR PHONE, la cual, por demás, tiene el sello de radicación posterior en las oficinas de COMCEL en Bogotá.

Respecto de COMCEL, se ha verificado la existencia de las comunicaciones mencionadas, pero no se constata la radicación de las mismas, al menos en las fechas precisas que allí aparecen.

En criterio del Tribunal, en todo caso, sí se encuentra acreditado un interés de COMCEL de terminar el contrato. En efecto, existen manifestaciones a su co-contratante en las que aducía su inquietud por circunstancias que, según COMCEL, evidenciaban “(...) reiteradas y continuas fallas en el procedimiento

¹²⁰ Cuaderno de Pruebas 1.

¹²¹ Cuaderno de Pruebas 5.

*definido para el manejo de recaudos*¹²².”, lo cual dio lugar, por ejemplo, al cierre de los CPS de Tame, Arauca y Bucaramanga a partir del nueve (9) de marzo de dos mil once (2011), esto es, poco tiempo antes de la terminación del contrato. Lo propio ocurre con las afirmaciones coincidentes de los señores Darwin Rojas y Alexander Guarnizo –funcionarios de COMCEL involucrados en el procedimiento de terminación del contrato-, cuando aducen los incumplimientos de CELLULAR PHONE y señalan que no les fue posible radicar la comunicación de terminación ante el cierre de las oficinas de esta última.

No obstante, llama la atención del Tribunal que COMCEL, pese al deterioro documentado de la relación contractual, haya preparado un texto de terminación del contrato, desprovisto de cualquier alusión a los incumplimientos de su co-contratante, carta en la cual solamente señaló que el vínculo se terminaba ante la decisión de “no renovar”. También se observa que en la carta de terminación del convenio de uso y goce del local de la ciudad de Arauca, COMCEL afirma que dicha terminación es consecuencia directa de la terminación del contrato de distribución ocurrida el primero (1) de junio de dos mil once (2011), fecha que no coincide con el veintisiete (27) de mayo –fecha de la carta de terminación contractual preparada por COMCEL- pero que sí coincide con la radicación de la carta de CELLULAR PHONE, en las oficinas de COMCEL en Bogotá, ante la imposibilidad de que se la recibieran en las oficinas de Bucaramanga el día anterior.

A su turno, la afirmación de los funcionarios de COMCEL, en el sentido de explicar la terminación del contrato a partir de incumplimientos de CELLULAR PHONE referentes a un acuerdo de pago y a una deficiente gestión de recaudo, contrastan con las excepciones formuladas por COMCEL en el proceso¹²³. En dichas excepciones, COMCEL hace alusión al incumplimiento contractual de CELLULAR PHONE para argumentar que ésta “(...) *no estaba legitimada para terminar el vínculo contractual*”, pero señala, en todo caso, haber terminado el contrato con base en la cláusula 5.1 del contrato, la cual, en este punto, sólo se refiere a una terminación anticipada por la simple voluntad de cualquiera de los contratantes, como en efecto aparece en su carta de terminación. Y, en todo caso, el Tribunal sigue encontrando contradictorias las afirmaciones de COMCEL en este punto, pues en sus alegatos de conclusión reconoció expresamente que su co-contratante fue quien terminó el contrato¹²⁴.

Así, si bien se acredita la existencia de la carta de terminación contractual preparada por COMCEL, su materialidad o contenido no responde claramente, coherente o nítidamente a los antecedentes mencionados.

¹²² Ver, por ejemplo: Cuaderno de Pruebas 1, Comunicación de terminación otrosí CPS, del 3 de marzo de 2011.

¹²³ Excepciones de Terminación legítima del vínculo contractual por parte de COMCEL y de Ausencia de Legitimación de CELLULAR PHONE para dar por terminado el vínculo contractual, formuladas por COMCEL al contestar la reforma a la Demanda de CELLULAR PHONE.

¹²⁴ Alegatos de Conclusión de COMCEL, p. 66: “*Ante la prosperidad de la demanda de reconvención y teniendo en cuenta que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. no logró demostrar que COMCEL hubiese incumplido con sus obligaciones contractuales, la terminación que dicha sociedad hizo del contrato por medio de la comunicación del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), resulta injustificada.*”

Todas las consideraciones expuestas por el Tribunal, llevan a éste a la conclusión de que dicha compañía no dio por terminado el contrato, pese a demostrar un interés en que éste se terminara.

En este orden de ideas, el Tribunal considera que fue CELLULAR PHONE quien dio por terminado el contrato, situación que ocurrió el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y que fue ratificada el día primero (1) de junio de dicho año. A continuación, y atendiendo lo analizado en el acápite 2 de consideraciones del laudo y en otros planteamientos del Tribunal, éste valorará dicha terminación y establecerá la correspondiente imputación.

3.2 Valoración de la terminación del contrato por parte de CELLULAR PHONE

En desarrollo del acápite 2 de consideraciones del laudo, el Tribunal encontró acreditados algunos incumplimientos, por parte de CELLULAR PHONE, respecto del contrato de agencia y el acuerdo de pago invocado por COMCEL en su demanda de reconvención. El Tribunal ha considerado que estos incumplimientos no causaron graves e ingentes perjuicios a COMCEL.

En relación con los incumplimientos de COMCEL, el Tribunal encontró que la modificación de las comisiones por residual y el denominado bloqueo comercial, sí revistieron gravedad.

En efecto, la reducción de la comisión por residual a la mitad de lo pactado en el contrato y, en ocasiones, incluso a un porcentaje inferior, constituye una conducta abusiva de COMCEL. Esta última disminuyó considerablemente la remuneración de su co-contratante; actuó, para el efecto, en su exclusivo beneficio y sin atender los intereses de su co-contratante CELLULAR PHONE.

Dicha reducción, como lo señaló el Tribunal, puede afectar la situación comercial y financiera de cualquier agente, si se tiene en cuenta que la naturaleza misma de la comisión por residual, al liquidarse sobre el consumo de los clientes conquistados por éste, le permite alguna estabilidad en sus ingresos, estabilidad que desaparece frente a la variación caprichosa impuesta por su co-contratante, en este caso, COMCEL.

En consonancia con lo anterior, el Tribunal ha estimado que la conducta asumida por COMCEL, en el sentido de no enviar la información necesaria para que CELLULAR PHONE pudiera verificar la liquidación de las comisiones a su favor, constituye un incumplimiento del contrato, pues la comisión es de la esencia del mismo por ser precisamente la retribución por toda la actividad a cargo del agente.

A su vez, el bloqueo comercial, reflejado en medidas como las suspensiones de entregas de equipos celulares, por parte de COMCEL, contrastan con una supuesta política de impulsar las ventas como mecanismo esencial para solucionar los problemas de su red de distribución. Al respecto, el Tribunal ha considerado que si bien es cierto que COMCEL debía tomar precauciones

necesarias para que la deuda a cargo de su co-contratante no se incrementara progresivamente, también lo es que la suspensión de los despachos de los productos, como mecanismo de presión para el pago, contrarió la proporcionalidad y razonabilidad que debía tener la medida, dado que estos productos eran precisamente la fuente de ingresos que tenía CELLULAR PHONE para efectuar su gestión comercial, como incluso lo reconoce uno de los funcionarios de COMCEL en su testimonio.

Así, y dado que el contrato preveía un estrecho vínculo de colaboración entre las partes, el bloqueo en las actividades del agente terminó restringiendo, en forma ostensible, la finalidad propia del negocio, como lo era la creación, el aumento o la preservación del mercado para COMCEL, basada en los esfuerzos de su agente.

De este modo, el Tribunal consideró que la conducta de COMCEL, antes descrita, afectó gravemente los intereses del agente. Dicha conducta le impidió a CELLULAR PHONE cumplir con el objeto del contrato, máxime si existía una obligación de exclusividad a su cargo emanada del contrato.

La anterior situación fue comunicada por CELLULAR PHONE a COMCEL en comunicación del 19 de mayo de 2011¹²⁵, en los siguientes términos:

“Como lo saben ustedes perfectamente nuestra única fuente de pago para honrar la deuda adquirida, proviene de la comercialización de los productos y servicios de COMCEL, por tanto si ustedes continúan con la suspensión del despacho de equipos pospago, de kits prepago, de sim cards, nos están colocando en una situación de imposibilidad de cumplir con los plazos fijados por ustedes mismos, lo que genera un círculo vicioso en la medida en que si no nos despachan, no podemos pagar y como no podemos pagar, no nos despachan productos, situación que lleva a las circunstancias que ustedes están planteando en la carta referida.”

Como se puede observar, las consideraciones anteriores implican que CELLULAR PHONE, al terminar el contrato, tuvo justa causa para hacerlo, de conformidad con el artículo 1325, numerales 2 y 3, del Código de Comercio, referentes al incumplimiento contractual del empresario principal y al ejercicio de conductas, por parte suya, que afectan gravemente los intereses del agente.

Ahora bien, la principal consecuencia de esta circunstancia radica en que COMCEL deba pagarle a su agente la indemnización equitativa señalada en el artículo 1324, inciso segundo, de la normativa mencionada. Allí se establece que la indemnización procede *“(…) cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.”*

En todo caso, el Tribunal ha podido constatar que el deterioro de la relación comercial entre las partes y, en últimas, la terminación del contrato, obedeció a los incumplimientos recíprocos de ellas, pese a que COMCEL tuvo una mayor contribución a dicho resultado dada la evidente gravedad de sus conductas

¹²⁵ Folio 505 del cuaderno de pruebas 5 del expediente

contractuales. En otras palabras, la terminación del contrato, por parte de CELLULAR PHONE, sí obedeció a una justa causa, pero ésta no es íntegramente imputable a COMCEL pese a que dicha compañía sí contribuyó, de manera sustancialmente mayor, a que este resultado se produjera.

La jurisprudencia y la doctrina han extendido a la responsabilidad contractual el principio de la responsabilidad aquiliana, plasmado en el artículo 2357 del Código Civil, en cuanto dispone que *“La apreciación del daño está sujeta a reducción, si el que lo ha sufrido se expuso a él imprudentemente.”*

Esta regla, dice la doctrina, *“se inspira esencialmente en la equidad, razón por la cual debe observarse también en los casos de responsabilidad contractual, de suerte que la concurrencia de culpas entre el deudor y el acreedor debe ser atendida para fijar el monto de la indemnización o aún para exonerar integralmente al deudor si la culpa del acreedor neutraliza totalmente la de aquél.”*¹²⁶

Así, cuando hay una concurrencia de culpas entre las partes para la producción de un resultado –i.e. la terminación del contrato de agencia-, el examen del juez se centra entonces en reducir el monto de la indemnización¹²⁷ o incluso en exonerar íntegramente a la parte incumplida si considera que la culpa de su co-contratante tiene la virtualidad de absorber a la culpa menor.

Para el Tribunal, es del caso reconocer que la conducta del agente propició algunas actuaciones de COMCEL, que también desembocaron en la terminación del contrato, como lo fue el cierre de los CPS en el mes de marzo de dos mil once (2011). También existe evidencia en el expediente de que casi desde la celebración del acuerdo de pagos de octubre de 2009, COMCEL le reclamó a CELLULAR PHONE su incumplimiento en el sentido de que el pago de la cartera corriente no se encontraba al día. E incluso, respecto de la terminación misma del contrato, está acreditado en el proceso que CELLULAR PHONE no dio cumplimiento al preaviso aplicable a la terminación anticipada del vínculo contractual.

En este orden de ideas, el Tribunal considera que COMCEL contribuyó, de manera determinante, eficiente, significativa y ostensible, a la terminación del contrato por parte de CELLULAR PHONE, razón por la cual dicha terminación obedeció a justa causa parcial pero principalmente imputable a COMCEL. Así, de conformidad con el artículo 2357 del Código Civil y con las demás disposiciones aplicables, el Tribunal establecerá, al conceder la indemnización equitativa favorable a CELLULAR PHONE, una reducción del monto que ésta arroje en un veinte por ciento (20%), atendiendo a la contribución del agente

¹²⁶ Jorge Suescún. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Legis y Ediciones Uniandes. Tomo I. Bogotá, 2003, p. 172.

¹²⁷ En relación con la concurrencia de culpas, la jurisprudencia nacional ha sostenido que *“(…) cuando en el origen del perjuicio confluyen el hecho ilícito del ofensor y el obrar reprochable de la víctima, deviene fundamental establecer con exactitud la injerencia de este segundo factor en la producción del daño, habida cuenta que una investigación de esta índole viene impuesta por dos principios elementales de lógica jurídica que dominan esta materia, a saber: que cada quien debe soportar el daño en la medida en que ha contribuido a provocarlo, y que nadie debe cargar con la responsabilidad y el perjuicio ocasionado por otro.”* Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 25 de noviembre de 1999.

frente a la terminación del contrato en comparación con la incidencia determinante que, frente a dicho resultado, tuvo la conducta contractual de COMCEL.

La indemnización equitativa, así entendida, se establecerá en el acápite 3.3.3 de consideraciones del laudo.

3.3 Efectos de la terminación del contrato por parte de CELLULAR PHONE

La terminación del contrato, por parte de CELLULAR PHONE, tiene incidencia importante en este proceso. Dado que el vínculo contractual consistió en un contrato de agencia comercial, al Tribunal le ha correspondido determinar si proceden o no, en favor de CELLULAR PHONE, las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio, tal como lo solicita CELLULAR PHONE en su demanda y como lo objeta COMCEL en su contestación.

La denominada cesantía comercial ocurre ante la terminación del contrato. En cuanto a la indemnización equitativa, está acreditado que CELLULAR PHONE terminó el contrato y lo hizo por justa causa parcialmente imputable a COMCEL. De ahí que estén dadas las condiciones normativas para que ambas prestaciones procedan, de conformidad con el artículo 1324 del Código de Comercio.

En todo caso, para determinar si es viable la procedencia o no de cualquiera de las prestaciones mencionadas, es pertinente analizar lo referente a las denominadas actas de transacción, conciliación y compensación, suscritas por las partes en desarrollo del negocio.

3.3.1 Actas de Transacción, Conciliación y Compensación

En su contestación, COMCEL formuló, como primera excepción, la que denominó “transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL”. Su contenido se puede sintetizar así:

- Según COMCEL, mediante las distintas actas suscritas por las partes con corte entre el treinta y uno (31) de julio de dos mil uno (2001) y el treinta y uno de diciembre de dos mil nueve (2009), aquellas transaron sus diferencias, razón por la cual sus acuerdos hicieron tránsito a cosa juzgada;
- Dichas actas, en criterio de la convocada, agotaron el contenido de la cláusula 30 del contrato, pues esta última prevé conciliaciones periódicas de cuentas entre las partes con respectivos paz y salvos parciales; y
- Las referidas actas tienen plena existencia y validez, pues en éstas concurren condiciones como el consentimiento entre las partes, la

existencia de desacuerdos entre ellas y la reciprocidad de concesiones o sacrificios por cada una de ellas.

En los alegatos de conclusión, COMCEL retomó esta línea de defensa. Su contenido se sintetiza así:

- Según COMCEL, con ocasión de las referidas actas CELLULAR PHONE renunció a reclamar sobre la naturaleza jurídica del contrato, así como a cobrar cualquier prestación transigida y a formular cualquier acción originada en el vínculo contractual;
- En criterio de la convocada, en las actas suscritas se renunció a las prestaciones contenidas en el artículo 1324 del Código de Comercio, incluyendo la cesantía comercial;
- De ahí que, según COMCEL, CELLULAR PHONE haya obrado contra sus propios actos al intentar obtener, por la vía arbitral, la declaratoria de un contrato de agencia con sus respectivos efectos;
- Igualmente, COMCEL señala que en las actas suscritas se aceptó incluir un mayor valor, dentro de los valores recibidos por CELLULAR PHONE, equivalente al veinte por ciento (20%), con el cual se cancelaba anticipadamente cualquier tipo de prestación, bonificación o indemnización, independientemente de si el contrato fuese un negocio de distribución o un contrato de agencia; y
- Según COMCEL, por tratarse de contratos de transacción, *“(...) los árbitros carecen de habilitación de los contratantes para referirse sobre su validez o existencia en este proceso al ser contratos autónomos e independientes, a los cuales no se les puede extender los efectos de la cláusula compromisoria a pesar de que fueron suscritos por las mismas partes. Repito, se trata de contratos autónomos e independientes distintos del contrato de distribución que no se encuentran amparados ni cobijados por la cláusula compromisoria contenida en este último.”*

Con base en lo anterior, y dada la incidencia de esta materia en el proceso, el Tribunal se pronunciará inicialmente respecto de su competencia para referirse a la existencia y validez de los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas. Posteriormente, abordará lo referente a los alcances y efectos de dichos documentos.

3.3.1.1 Competencia del Tribunal para referirse a la existencia y validez de los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas

Sobre este particular, el Tribunal formula, entre otras, las siguientes consideraciones:

- Este Tribunal se encuentra habilitado por las partes para resolver sus diferencias, de conformidad con un pacto arbitral que somete al arbitraje *“Cualquier disputa que pueda ocurrir entre las partes como resultado del desarrollo del presente contrato...”*;
- Los documentos de transacción, conciliación y compensación, suscritos por las partes, surgen indefectiblemente del desarrollo del contrato entre CELLULAR PHONE y COMCEL, con lo cual quedan incluidos en el alcance del pacto arbitral;
- Tan es así que los documentos de esta naturaleza, que interesan al proceso, consagran en su cuerpo normativo, empezando por sus propios considerandos, la referencia expresa, como soporte, a los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), que instrumentan el vínculo contractual y contienen el respectivo pacto arbitral;
- En el caso concreto, sería fáctica y jurídicamente imposible concebir dichos documentos de transacción, conciliación y compensación, sin la presencia de un vínculo contractual subyacente, en desarrollo del cual precisamente se estructura todo el contenido normativo de tales documentos;
- En consonancia con lo anterior, para el Tribunal es indiscutible que (i) los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), y (ii) los documentos de transacción, conciliación y compensación que interesan al proceso, son documentos *coligados o vinculados*¹²⁸. Si bien resultan autónomos en cuanto a su simple forma documental –como lo menciona COMCEL-, en su realidad y materialidad hay una notable y nítida coligación –a diferencia de la autonomía que les atribuye COMCEL en sus alegatos-. En particular, hay una clara dependencia unilateral de los documentos de transacción, conciliación y compensación frente al vínculo contractual entre las partes, fuese éste un negocio de agencia comercial o uno de distribución. Sin el negocio comercial principal, las partes nada tendrían que transigir, al menos respecto de dicho vínculo contractual. De ahí que unos y otros documentos constituyan una unidad normativa y económica, como incluso parece concebirlo COMCEL en sus distintas aseveraciones¹²⁹;

¹²⁸ Al respecto, consúltese: Jorge Suescún. Derecho Privado: estudios de derecho civil y comercial contemporáneo. Tomo II. Legis y Ediciones Uniandes. Bogotá, 2003, pp. 145-148. También: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 31 de mayo de 1968 y del 12 de agosto de 1976.

¹²⁹ Así, por ejemplo, en los Alegatos de Conclusión (p. 32), COMCEL sostuvo lo siguiente: *“Al amparo de los contratos de transacción que se celebraron válidamente, debe entenderse liquidada y transigida de manera definitiva cualquier controversia relativa a la real naturaleza jurídica del contrato así como a cualquier diferencia de tipo patrimonial derivada del contrato de distribución que celebraron y ejecutaron los contratantes.”*

- El Tribunal cuenta entonces con plena habilitación para referirse a la existencia y validez de dichos documentos. La directa e íntima coligación y vinculación entre éstos así lo corrobora¹³⁰, y en ninguno de los documentos de transacción, conciliación y compensación que interesan al proceso, el Tribunal ha encontrado algún indicio de la voluntad de las partes de sustraerse al arbitraje;
- Pero además, la conducta procesal de COMCEL no deja dudas sobre la competencia del Tribunal en este aspecto. En particular, se encuentran acreditadas, entre otras, las siguientes circunstancias:
 - (i) COMCEL, en su contestación, no hizo referencia alguna a la eventual incompetencia del Tribunal para referirse a la existencia y validez de los documentos de transacción, conciliación y compensación;
 - (ii) Por el contrario, COMCEL, en su contestación, formuló las excepciones de “transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL” y de “renuncia de CELLULAR PHONE Express S.A a las prestaciones propias de la agencia comercial”. Estas excepciones no sólo invocan la existencia y el contenido de los mencionados documentos de transacción, sino también invitan al Tribunal, como es natural, a pronunciarse sobre las mismas, lo que implica abordar la existencia y validez de estos documentos;
 - (iii) COMCEL, en la primera audiencia de trámite¹³¹, no formuló manifestación, precisión, aclaración u objeción alguna frente a la competencia del Tribunal;
 - (iv) A lo largo del proceso, COMCEL no hizo manifestación alguna respecto de la eventual incompetencia del Tribunal para referirse a la existencia y validez de los documentos de transacción, conciliación y compensación; y
 - (v) Solamente en los alegatos de conclusión, COMCEL optó por añadir esta mención sobre la competencia del Tribunal. Esta alegación, además de no estar en el contenido de sus excepciones inicialmente propuestas, contrasta con la realidad jurídica y material del caso y con las actuaciones que la convocada desplegó en las

¹³⁰ Este tipo de situaciones han sido respaldadas en el arbitraje internacional. Allí se ha reconocido que, tratándose de un grupo de contratos donde el principal tiene pacto arbitral y los demás no lo llevan, es viable someter al arbitraje, previsto en el contrato principal, las controversias derivadas de los demás contratos. Incluso, se ha llegado a aceptar que los usos y prácticas entre las mismas partes, den lugar al arbitraje entre ellas cuando en el respectivo negocio no se ha incluido el pacto arbitral pero en sus negocios anteriores ello sí ha sucedido: Ver, por ejemplo: Fouchard, Gaillard & Goldman. *International Commercial Arbitration*. Part I. Kluwer Law International, 1999, pp. 304-306; y Vera Van Houtte. “Consent to Arbitration through Agreement to printed contracts: the Continental experience”, 16 *Arbitration International* (2000), entre otros.

¹³¹ Acta 16 del Tribunal de Arbitramento, veintidós (22) de octubre de dos mil doce (2012).

oportunidades procesales en las que bien podía, si así lo consideraba, objetar la competencia del Tribunal de Arbitramento.

Las consideraciones anteriores, unidas a otras razones fácticas y jurídicas, llevan al Tribunal a concluir que tiene competencia para referirse a la existencia y validez de los documentos de transacción, conciliación y compensación.

Ello, dentro de todo el análisis que le corresponde realizar al Tribunal para evacuar todos los aspectos atinentes a la demanda de CELLULAR PHONE y a la de reconvención formulada por COMCEL.

3.3.1.2 Alcances y efectos de los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas

Las partes suscribieron algunos documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas en desarrollo de su vínculo contractual¹³². Así, a manera de ejemplo, se citan apartes relevantes de algunos de los documentos:

En el acta del veintisiete (27) de marzo de dos mil dos (2002), se estableció lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

44. En la actualidad, COMCEL debe a CELULAR PHONE EXPRESS la suma de \$3.775.000 por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por este concepto hasta Julio 31 de 2001, conforme a la Ley y al contrato precitado.

ACUERDA

1. COMCEL pagará a CELULAR PHONE EXPRESS, la suma de \$3.775.000 dentro del término del mes de Marzo de 2002 y, con su pago, las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por este concepto hasta Julio 31 de 2001, conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. No obstante, CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta, reconoce y deja constancia que dentro de los valores recibidos por él, contemplados en el punto 1 de este acuerdo, durante la ejecución del contrato, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL.

¹³² Ver, por ejemplo: Cuaderno de Pruebas 5, Acta del 27 de marzo de 2002; Acta del 27 de diciembre de 2002; Acta del 23 de diciembre de 2003; Contrato de Transacción y Compensación de Cuentas del 13 de septiembre de 2005; Contrato de Transacción y Compensación de Cuentas del 29 de marzo de 2007; Contrato de Transacción y Compensación de Cuentas del 6 de septiembre de 2007; Contrato de Transacción y Compensación de Cuentas del 14 de septiembre de 2007; respecto del vínculo contractual instrumentada o en los documentos del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia.”

En el acta del veintisiete (27) de diciembre de dos mil dos (2002), se dijo lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

2. En la actualidad, COMCEL se encuentra a paz y salvo con el Distribuidor CELLULAR PHONE EXPRESS por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por este concepto hasta Febrero 28 de 2002, conforme a la Ley y al contrato precitado.

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS por estos conceptos hasta Febrero 28 de 2002, conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. No obstante, CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta, reconoce y deja constancia que dentro de los valores recibidos por él, contemplados, en el punto 1 de este acuerdo, durante la ejecución del contrato, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente

en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia”.

A su vez, en el acta del veintitrés (23) de diciembre de dos mil tres (2003) se expresó lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

2. En la actualidad, COMCEL se encuentra a paz y salvo con el Distribuidor CELULAR PHONE EXPRESS por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por este concepto hasta Septiembre 30 de 2003, conforme a la Ley y al contrato precitado.

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELULAR PHONE EXPRESS por estos conceptos hasta Septiembre 30 de 2003, conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. No obstante, CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta, reconoce y deja constancia que dentro de los valores recibidos por él, contemplados, en el punto 1 de este acuerdo, durante la ejecución del contrato, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica comercial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia”.

Igualmente en el contrato de transacción y compensación de cuentas del trece (13) de septiembre de dos mil cinco (2005), se expresó lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

2. Que se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de COMCEL S.A. –Zona Oriente y a favor del Distribuidor, hasta el 31 de Mayo de 2005.

3. Que una vez analizados los comprobantes pertinentes y efectuado el cruce de cuentas, ambas partes determinaron que hasta el 31 de Mayo de 2005, COMCEL S.A. – Zona Oriente ha pagado al Distribuidor la totalidad de las prestaciones y comisiones a su cargo.

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a paz y salvo por concepto de comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS por estos conceptos hasta 31 de Mayo de 2005, conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A. – Zona Oriente, como consecuencia del contrato de distribución mencionado [20 de abril de 1999] o si llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, de el que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia”.

También, en el contrato de transacción y compensación de cuentas del veintinueve (29) de marzo de dos mil siete (2007), se expresó lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

2. Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de COMCEL S.A. –Zona Oriente y a favor del Distribuidor, hasta el 30 de Noviembre de 2006.

3. Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas y, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final, llegaron a un acuerdo respecto a las sumas definitivas a reconocer al distribuidor, sumas que ya fueron canceladas, pudiendo ambas partes determinar que, hasta el 30 de Noviembre del 2006, COMCEL S.A. ZONA ORIENTE ha pagado al Distribuidor la totalidad de las prestaciones y comisiones a su cargo.

(...)

ACUERDA

1. Las partes de consuno, transigimos en forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS por estos conceptos hasta 30 de Noviembre del 2006, conforme a la Ley y al contrato precitado, las cuales quedan definitiva e irresolublemente extinguidas en razón de este contrato.

2. CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A. – Zona Oriente, como consecuencia del contrato de distribución mencionado [20 de abril de 1999] o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, de el que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 C.C., hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones derivadas del precitado contrato y por lo mismo afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado, en este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión”.

En el contrato de transacción y compensación de cuentas, del seis (6) de septiembre de dos mil siete (2007), se estableció lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

2. Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de COMCEL S.A. ZONA ORIENTE y a favor del Distribuidor, hasta el 28 de Febrero de 2007.

3. Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas y, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final,

4. Que llegaron a un acuerdo respecto a las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el 28 de Febrero del 2007, COMCEL S.A. ZONA ORIENTE ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS, por estos conceptos hasta 28 de Febrero del 2007 conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. El DISTRIBUIDOR CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A. ZONA ORIENTE, como consecuencia del contrato de distribución mencionado [20 de abril de 1999] o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y a las comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su

reciproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activación y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes”.

En el contrato de transacción y compensación de cuentas, del catorce (14) de septiembre de dos mil siete (2007), se estableció lo siguiente:

“CONSIDERACIONES

(...)

2. Que entre las partes se han presentado discrepancias acerca del monto y cubrimiento de las prestaciones y comisiones a cargo de COMCEL S.A. ZONA ORIENTE y a favor del Distribuidor, hasta el 31 de Mayo de 2007.

3. Que con ocasión de las discrepancias mencionadas en el numeral anterior, las partes han analizado los comprobantes pertinentes y han efectuado el cruce de cuentas y, haciéndose recíprocas concesiones en cuanto a la causación, monto y valor final,

4. Que las partes llegaron a un acuerdo respecto de las sumas definitivas ya pagadas por COMCEL al Distribuidor por concepto de comisiones por activación y comisiones por residual, en consecuencia ambas partes manifiestan de manera voluntaria, espontánea, libre y autónoma que, hasta el 31 de Mayo del 2007, COMCEL S.A. ZONA ORIENTE ha pagado a satisfacción del DISTRIBUIDOR la totalidad de las prestaciones y comisiones causadas a favor del Distribuidor por concepto de comisiones por activaciones y por residual.

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS, por estos conceptos hasta 31 de Mayo del 2007 conforme a la Ley y al contrato precitado.

2. El DISTRIBUIDOR CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A. ZONA ORIENTE, como consecuencia del contrato de distribución mencionado [20 de abril de 1999] o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y a las comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activación y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes”.

Finalmente, en otros contratos de transacción y compensación de cuentas, como los del veintiocho (28) de mayo de dos mil ocho (2008), veintiocho (28) de octubre de dos mil ocho (2008), trece (13) de agosto de dos mil nueve (2009), diecinueve (19) de marzo de dos mil diez (2010) y nueve (9) de julio de dos mil diez (2010), se realizaron los respectivos cortes de cuentas y se dijo, en lo atinente al documento contractual del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), lo siguiente:

“

(...)

ACUERDA

1. Las partes se declaran a Paz y salvo por concepto de comisiones por activaciones y comisiones por residual que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor de CELLULAR PHONE EXPRESS, por estos conceptos (...)

2. El DISTRIBUIDOR CELLULAR PHONE EXPRESS, expresamente acepta que dentro de los valores recibidos por ella durante la ejecución del contrato de Distribución de Voz, se incluye un mayor valor, equivalente al 20% con el cual se cubrió y pagó anticipadamente todo pago, prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A. ZONA ORIENTE, como consecuencia del contrato de distribución mencionado [20 de abril de 1999] o, si se llegase a discutir acerca de su naturaleza jurídica, del que eventualmente se llegase a determinar como el que se tipifica, en

especial de las prestaciones que señala el artículo 1324 del Código de Comercio para la agencia mercantil.

3. Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y, por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a su favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo, respecto a las comisiones por activaciones y a las comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio, y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños o perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente, por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activación y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes”.

Independientemente de las consideraciones sobre la validez de los documentos citados, el Tribunal considera pertinente hacer las siguientes precisiones adicionales sobre su alcance o contenido, con miras al análisis de la cesantía comercial en el caso concreto:

- Los mencionados documentos se refieren realmente a las comisiones devengadas por CELLULAR PHONE durante el vínculo contractual;
- En las actas suscritas se aceptó incluir un mayor valor, dentro de los valores recibidos por CELLULAR PHONE, equivalente al veinte por ciento (20%), con el cual se cancelaba anticipadamente cualquier tipo de prestación, bonificación o indemnización;
- En consecuencia, los documentos de transacción, conciliación y compensación mencionados no consagran una renuncia a las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio. De haber sido así, carecería de sentido decir que en las comisiones hay un mayor valor con el cual se cancelan precisamente este o cualquier tipo de prestaciones;
- La cesantía comercial sólo se causa y se torna exigible cuando termina el contrato, razón por la cual una eventual renuncia a dicha prestación no sería posible dentro de los documentos mencionados, aunque éstos lo señalaran;

- En gracia de discusión, tampoco sería posible la renuncia anticipada a esta prestación, pues al momento de celebrarse el contrato e incluso, de suscribirse los documentos de transacción, conciliación y compensación, estaba vigente la jurisprudencia nacional que ha consagrado la irrenunciabilidad anticipada de la cesantía comercial¹³³;
- Si bien es cierto que existe jurisprudencia reciente que ha avalado la posibilidad de renunciar a dicha prestación –eso sí, bajo ciertas condiciones que proscriben el abuso en sus distintas manifestaciones-¹³⁴, también lo es que el orden público dinámico, invocado en dicha jurisprudencia para avalar la posibilidad actual de renuncia, debe ser aplicado, en criterio del Tribunal, a la fecha de celebración del vínculo contractual, pues este es el momento o punto de referencia que determina los móviles y las previsiones y expectativas razonables de las partes, tanto en el ámbito legal como en el comercial. De este modo, tampoco se observa una renuncia en los documentos de transacción, conciliación y compensación que corresponden al proceso;
- Por lo demás, los documentos analizados no dan cuenta, de manera real y verosímil, de la existencia de sacrificios o concesiones recíprocas, al menos en lo que atañe a COMCEL respecto de CELLULAR PHONE¹³⁵. De ahí que dichos documentos, como tales, no constituyan propiamente acuerdos de transacción; y
- En otras consideraciones del laudo, se ha dicho que los documentos de transacción, como tales, sólo pueden surtir algún efecto como cortes o finiquitos periódicos, entendiéndose por ellos un barrido o verificación formal, general y preliminar del estado de cuentas entre las partes, sin que ello impida, limite o clausure la posibilidad de la revisión posterior y discusión de los montos. Dichos barridos generales y preliminares sólo pueden versar sobre el estado general de las comisiones, hubiese o no transacción –que no la hubo- dado que éstas fueron el objeto específico real de dichos documentos¹³⁶, pero aún en ese caso, se reitera, no tienen carácter liberatorio sino simplemente son un mecanismo de verificación preliminar generado durante el vínculo contractual.

En atención a todo lo anterior, y por las otras razones expuestas en el acápite 2 de consideraciones de este laudo, para el Tribunal no prospera la excepción de *“transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL”*, formulada por esta última. Por ende, tampoco prospera la excepción denominada *“contravención de los propios actos por*

¹³³ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 2 de octubre de 1980.

¹³⁴ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011.

¹³⁵ Este requisito de la transacción, ha sido reseñado por la jurisprudencia nacional en distintas ocasiones. Ver, por ejemplo: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencias del 22 de febrero de 1971 (citada por COMCEL en sus alegatos de conclusión), y del 6 de mayo de 1966, entre otras.

¹³⁶ El artículo 2485 del Código Civil, relativo a la transacción, dice así: “Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión, deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.”

parte de CELLULAR PHONE Express – venire contra factum proprium non valet” en lo que atañe al contenido y alcances de los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas suscritos entre las partes¹³⁷. En sentido similar, tampoco prospera la excepción de “*renuncia de CELLULAR PHONE Express S.A. a las prestaciones propias de la agencia comercial*”, ni la de “*terminación legítima del vínculo contractual por parte de COMCEL.*” Prospera parcialmente la excepción de “*ausencia de legitimación de CELLULAR PHONE Express para dar por terminado el vínculo contractual*”, en cuanto a que CELLULAR PHONE dio por terminado el contrato, pero sus conductas contractuales llevaron a que dicha terminación fuese parcialmente – y no totalmente- imputable a COMCEL.

De ahí que proceda analizar lo referente a la cesantía comercial en el caso concreto.

3.3.2 Cesantía comercial

La cesantía comercial se hace exigible una vez termina el contrato de agencia. El Tribunal ha considerado que el contrato es de agencia comercial y que los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas, por diversas razones, no afectan la procedencia de la cesantía.

El problema jurídico, en este punto, no consiste entonces en saber si la cesantía comercial se causó, sino en determinar si efectivamente le ha sido pagada a CELLULAR PHONE.

Al respecto, para el Tribunal es viable pactar el pago gradual o amortizado de la cesantía comercial durante la vida de un contrato de agencia. Así lo ha reconocido, en términos generales, la jurisprudencia nacional¹³⁸. En el caso concreto, se discute precisamente si la cesantía comercial quedó cubierta o no en la remuneración que recibía CELLULAR PHONE.

A continuación, el Tribunal abordará el marco contractual aplicable. Luego determinará, según los distintos elementos probatorios del caso, si la cesantía le fue pagada, total o parcialmente, a CELLULAR PHONE.

3.3.2.1 Marco contractual

¹³⁷ COMCEL, en su escrito de contestación de la demanda, explicó los alcances de esta excepción así: “*Como se demostrará, CELLULAR PHONE Express ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse. Con la presente demanda, y con las afirmaciones en ella realizadas, CELLULAR PHONE Express busca irse en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado por el Tribunal, so pena de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.*” El planteamiento en el sentido de que CELLULAR PHONE tuvo una conducta contraria a sus propios actos al desconocer, según COMCEL, lo pactado en los documentos de transacción, conciliación y compensación, se incluyó en los alegatos de conclusión (p. 31).

¹³⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.

El siguiente es el marco contractual aplicable al pago de la cesantía comercial pretendida por CELLULAR PHONE y objetada por COMCEL:

- En el respectivo Plan de Comisiones, anexo al documento del primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), se establece que las comisiones allí contenidas –i.e. por activaciones y por residual-, incluyen un *mayor valor* del veinte por ciento (20%) en la remuneración recibida por CELLULAR PHONE. Según la previsión contractual, dicho mayor valor, incluido en las comisiones, cubre anticipadamente cualquier *pago, indemnización o bonificación* que COMCEL debiese pagar por cualquier causa, a CELLULAR PHONE, a la terminación del contrato¹³⁹;
- A su vez, en la cláusula 30 del documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), denominada “conciliación, compensación, deducción y descuentos”, se señala que, durante la vigencia del contrato, el veinte por ciento (20%) de los *valores que recibiese CELLULAR PHONE* constituiría un pago anticipado de toda *prestación, indemnización o bonificación* que, por cualquier causa y concepto, fuese exigible o debiere pagarse debido a la ejecución y terminación del contrato; y
- En el respectivo Plan de Comisiones, anexo al referido documento de mil novecientos noventa y nueve (1999), se incluye una previsión idéntica a la de la cláusula 30 de dicho documento, la cual se acaba de señalar¹⁴⁰.

Como se puede observar, en el primer documento contractual se especificaba que a las comisiones pagaderas a CELLULAR PHONE, se les agregaba un *mayor valor* de un veinte por ciento (20%). Igualmente, se decía que dicho mayor valor cubría, de antemano, cualquier pago que COMCEL tuviese que hacerle a CELLULAR PHONE a la terminación del contrato. El segundo documento contractual, a diferencia del primero, se abstuvo de señalar que dicho veinte por ciento (20%) sería un mayor valor incluido en las comisiones. Así mismo, precisó que este monto sería un pago anticipado de cualquier *prestación* exigible a la terminación del contrato.

En criterio del Tribunal, la única diferencia de fondo, entre ambos documentos, consiste en el trato distinto que se le da a ese veinte por ciento (20%). Mientras que en el primero de ellos era claro que el veinte por ciento (20%) no estaba propiamente incluido en las comisiones –por ser un *mayor valor* de las mismas, destinado a cualquier pago a la terminación del contrato-, en el segundo simplemente se dispuso que, de las respectivas comisiones, se extraería el veinte por ciento (20%) a título de pago anticipado de cualquier *prestación* exigible a la terminación del contrato.

En otras palabras, el segundo documento implicaba reducir el monto de las comisiones pagaderas a CELLULAR PHONE, pues de éstas se extraería un porcentaje destinado a amortizar la cesantía comercial, en el evento en que el

¹³⁹ Documento del 1 de noviembre de 1997, Anexo A – Plan de Comisiones, cláusula 6.

¹⁴⁰ Documento del 20 de abril de 1999, Anexo A – Plan de Comisiones, cláusula 6.

vínculo contractual, como en efecto ocurrió, configurase una agencia mercantil. En el primero, por el contrario, se entendía que una cosa eran las comisiones y otra era el mayor valor que a éstas se les incluía para pagar anticipadamente la cesantía comercial.

Como ya lo ha dicho el Tribunal, un pacto de cubrimiento anticipado u amortización de la cesantía comercial, resulta vinculante. La jurisprudencia nacional así lo ha reconocido, condicionando su procedencia a que en el caso concreto no se configure una hipótesis de abuso contractual¹⁴¹.

En consecuencia, es pertinente determinar, según la *realidad material* del negocio y otras circunstancias relevantes, si dicha prestación le fue pagada anticipadamente a CELLULAR PHONE, o si la previsión contractual fue, en su concepción y ejecución, un mecanismo desproporcionado y lesivo de los intereses legítimos de CELLULAR PHONE.

3.3.2.2 Pago de la cesantía en el caso concreto

El expediente arbitral da cuenta de múltiples comunicaciones, remitidas por COMCEL a CELLULAR PHONE, en las cuales se establecían los planes de activación y las correspondientes tablas contentivas de la remuneración pagadera a CELLULAR PHONE¹⁴².

Hasta el día primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), las distintas comunicaciones de COMCEL sólo hacían referencia a las comisiones, sin hacer precisión o desglose alguno respecto del pago anticipado de la cesantía comercial¹⁴³. En otras palabras, hasta dicha fecha no se había señalado, en las comunicaciones remitidas por COMCEL, que la remuneración recibida por CELLULAR PHONE incluyese un veinte por ciento (20%) a título de pago anticipado de la cesantía comercial, como estaba previsto en el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), el cual estaba vigente.

Con todo, el día primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), COMCEL emitió la comunicación PRE-2007-136717, en la cual se empezó a referir a su plan de comisiones, *anticipos*, deducciones y descuentos. De este modo, dicha comunicación hacía referencia a los distintos planes ofrecidos a los usuarios y, a renglón seguido, desglosaba el monto total que CELLULAR PHONE recibiría por la activación en cada plan, separándolo entre la “comisión” y el “anticipo” del veinte por ciento (20%). A partir de ese entonces, las distintas comunicaciones de COMCEL, referentes a los planes para los usuarios, siguieron el mismo derrotero señalado en la comunicación PRE-2007-136717.

Sin perjuicio de las conclusiones que arroja el dictamen pericial –al cual se referirá en breve el Tribunal-, se pudo verificar que los planes existentes antes

¹⁴¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.

¹⁴² Cuaderno de Pruebas 5, folios 330-461.

¹⁴³ De ello, sólo hablaban los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas, cuya validez, alcances y efectos ya han sido analizados en el laudo.

del primero (1) de marzo de dos mil siete (2007) y que seguían vigentes en dicha fecha, implicaban la misma remuneración para CELLULAR PHONE, con la única diferencia de que antes de esa fecha la remuneración completa se denominaba “comisión”, mientras que, a partir de la referida comunicación, solamente el ochenta por ciento (80%) se denominaba “comisión” y el restante veinte por ciento (20%) se denominaba “anticipo 20%”.

El Tribunal encuentra que COMCEL, como tal, le dio el tratamiento de *comisiones a la remuneración completa* que recibía CELLULAR PHONE hasta el primero (1) de marzo de dos mil siete (2007). Independientemente del manejo contable de la situación, es evidente que COMCEL, como predisponente de los textos contractuales, le dio una aplicación práctica, a la previsión del pago anticipado, distinta de la que aparecía en el documento suscrito el veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). No podía pretender, en consecuencia, que su co-contratante hiciese la discriminación o separación establecida en dicho documento, a la que COMCEL ni siquiera atendió en sus comunicaciones.

A partir del primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), COMCEL, en sus comunicaciones, intentó retomar lo previsto en el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999). Ello implicó que el ochenta por ciento (80%) de la remuneración recibida por las activaciones en cada plan, se empezaría a tratar, al menos documentalente, como comisiones. Así, para el Tribunal es claro que COMCEL, en este punto, intentó cubrir su riesgo contractual. Dicho riesgo consistía en tener que pagarle la cesantía comercial, a su agente CELLULAR PHONE, a la terminación del vínculo contractual.

En criterio del Tribunal, COMCEL no podría alegar a su favor su propia culpa – *nemo auditur propriam turpitudinem allegans*–, al pretender que la remuneración pagada a CELLULAR PHONE, antes del primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), fuere dividida o separada entre la comisión como tal y el pago anticipado de la cesantía comercial.

Esta circunstancia, por lo demás, está corroborada en el dictamen pericial, pues allí se establece que sólo a partir de junio de dos mil siete (2007) COMCEL empezó a registrar, en su contabilidad, los rubros por concepto del pago anticipado de prestaciones, pese a que la primera factura de CELLULAR PHONE, discriminando dicho concepto, tuvo lugar el doce (12) de abril de dicho año¹⁴⁴.

La situación ocurrida desde el mes de junio de dos mil siete (2007), con ocasión de la comunicación del primero (1) de marzo de dicho año, tiene cierta diferencia, como quiera que COMCEL intentó ajustarse a lo que había predispuesto en el documento del veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999).

No obstante, del material probatorio, y especialmente del marco contractual aplicable, de las comunicaciones contentivas de planes de comisión y

¹⁴⁴ Dictamen Pericial, pp. 58-65.

compensación emitidas por COMCEL y del dictamen pericial –con sus respectivas aclaraciones y complementaciones-, el Tribunal extrae las siguientes conclusiones relevantes:

- La reducción en el valor de las comisiones pagaderas a CELLULAR PHONE, por parte de COMCEL, fue una manera empleada por esta última para cubrir un riesgo contractual, dado el caso de que el contrato fuese considerado una agencia comercial, pese a negar que el vínculo contractual tuviese dicho carácter;
- Tal como lo explicó el Tribunal en el acápite 2 del laudo, en el caso concreto son abusivas las provisiones contractuales que preveían la imputación del veinte por ciento (20%) de los *valores que recibiese CELLULAR PHONE* como pago anticipado de toda *prestación*, indemnización o bonificación que, por cualquier causa y concepto, fuese exigible o debiere pagarse debido a la ejecución y terminación del contrato¹⁴⁵;
- En todo caso, COMCEL, para cubrir su riesgo contractual referente a la cesantía comercial, redujo el valor de las comisiones pagaderas a CELLULAR PHONE en su único y exclusivo interés, y sin atender criterios razonables o de equilibrio contractual en dicha determinación. Al respecto, el Tribunal considera que si bien es viable conferirle a uno de los contratantes la potestad de modificar unilateralmente unas comisiones, también es pertinente que dicha potestad se ejerza bajo criterios de buena fe –artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio-, en últimas, de razonabilidad y exentos de abuso. En este sentido, el derecho comparado y, en particular, los Principios de UNIDROIT de 2010, referentes a los contratos comerciales internacionales, ofrecen una perspectiva dicente al disponer que *“Cuando la determinación del precio quede a cargo de una parte y la cantidad así determinada sea manifiestamente irrazonable, el precio será sustituido por un precio razonable, sin admitirse disposición en contrario”*¹⁴⁶;
- En atención a todo lo anterior, es claro que COMCEL, a partir de su comunicación del primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), no sólo contrarió sus actos previos al disponer un tratamiento distinto para la remuneración pagadera a su agente, sino que lo hizo de manera abusiva;

¹⁴⁵ Al respecto, téngase en cuenta el siguiente aparte de la jurisprudencia nacional, aplicable a los pactos de amortización de la cesantía comercial: *“Por supuesto que esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere. Pero es claro que la sola probabilidad de que sea distorsionada la voluntad contractual, no autoriza al intérprete, ab initio, para desconocer postulados que, como el de la autonomía, insuflan el derecho de los contratos.”*: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 28 de febrero de 2005.

¹⁴⁶ Principios de UNIDROIT de 2010, artículo 5.1.7(2).

- Con base en la referida comunicación y, a partir del mes de abril de dos mil siete (2007), CELLULAR PHONE, en sus distintas facturas, estableció y discriminó, por aparte, el pago anticipado de la cesantía comercial, tal como lo dispuso su co-contratante. Sin embargo, en su contabilidad no se registró este rubro como un pago anticipado, pero sí se registró en diferentes cuentas de ingresos¹⁴⁷;
- En las distintas facturas, el rubro de comisiones y el de pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones, fueron liquidados con IVA y a dichos rubros se les aplicó retención en la fuente, razón por la cual el valor facturado corresponde a servicios prestados, al margen del concepto bajo el cual se empleasen en la contabilidad. Todo ello implica que las comisiones constituyeron la base para practicar estas cargas tributarias¹⁴⁸; y
- Si bien COMCEL, tras su comunicación del primero (1) de marzo de dos mil siete (2007), empezó a registrar el rubro correspondiente al pago anticipado de prestaciones de manera separada e identificable, también lo es que actuó así tras muchos años de ejecución del negocio de otra manera y de forma abiertamente lesiva frente a los intereses o expectativas legítimas de su co-contratante.

En este orden de ideas, el Tribunal considera que no hay lugar a deducir los denominados pagos anticipados de prestaciones e indemnizaciones del cómputo de la cesantía comercial. Del mismo modo, considera que no prospera la excepción denominada “*contravención de los propios actos por parte de CELLULAR PHONE Express – venire contra factum proprium non valet*”, la cual se aplica a esta situación¹⁴⁹.

Tampoco prospera, en este punto, la excepción de “*pago de todas las obligaciones a cargo de COMCEL*”, dado que el Tribunal ha desestimado, en este caso concreto, el supuesto pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato¹⁵⁰.

3.3.2.3 Rubros y cuantificación de la cesantía comercial

CELLULAR PHONE formuló su pretensión, en lo que atañe a la cuantificación de la cesantía comercial, de la siguiente manera:

¹⁴⁷ Dictamen Pericial, pp. 71-72.

¹⁴⁸ Aclaraciones y Complementaciones al Dictamen Pericial, p. 25.

¹⁴⁹ COMCEL, en su escrito de contestación de la demanda, explicó los alcances de esta excepción así: “*Como se demostrará, CELLULAR PHONE Express ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse. Con la presente demanda, y con las afirmaciones en ella realizadas, CELLULAR PHONE Express busca irse en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado por el Tribunal, so pena de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.*”

¹⁵⁰ En su escrito de contestación, COMCEL sustentó esta excepción, entre otras razones, por el supuesto pago anticipado al que se ha hecho referencia: p. 34.

“42. Que se condene a **COMCEL** a reconocer y pagar en favor de **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.**, el monto de la prestación derivada del inciso 1º del Art. 1324 del Co. de Co., por todo el período de duración de la relación contractual, esto es desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato; o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual.

Para tasar esta condena solicito se tenga en cuenta: (i) la totalidad de las comisiones, regalías, utilidades, bonificaciones, subsidios e incentivos recibidos por **CELLULAR PHONE**, a lo largo de la relación contractual que vinculó a las partes en virtud de los diferentes contratos suscritos; y, (ii) aquellas que debió recibir mes a mes, siguiendo las estipulaciones contractuales. (iii) **Además**, deberán ser incluidas en la liquidación correspondiente, expresa y especialmente las siguientes retribuciones:

- a) Todas aquellas comisiones, regalías o utilidades causadas y no pagadas durante la ejecución del contrato o a la terminación del vínculo contractual;
- b) Las comisiones pagadas y las dejadas de pagar por concepto del recaudo efectuado en los CENTROS DE PAGO Y SERVICIO “CPS” operados por **CELLULAR PHONE**, incluyendo los valores que debió recibir desde el 9 de marzo de 2011, fecha en que COMCEL dispuso el cierre unilateral de los CPS’s, hasta el 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato; para lo cual solicito se realice un promedio de lo recaudado mes a mes por el último año es decir, desde el 31 de mayo de 2010, al 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato y proyectar dicho valor desde el 9 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011.
- c) El equivalente al 1% por concepto de “Gastos de facturación de equipos” que **CELLULAR PHONE** realizó a lo largo de la relación contractual;
- d) El valor de las bonificaciones e incentivos reconocidos por **COMCEL** a lo largo de la relación contractual;
- e) Los valores pagados por concepto de descuento en la adquisición de la tarjeta prepago;
- f) Los valores recibidos por comisiones sobre recargas para la utilización de tiempo al aire.
- g) Los valores de comisiones y bonificaciones pagadas por la venta de las tarjetas simcard y el valor de los reconocimientos por el consumo de tiempo al aire generado por las mismas.
- h) Las comisiones pagadas y dejadas de pagar por concepto de residual en los denominados “Servicios Verticales”, esto es, mensajes de texto, internet, buzón de voz, etc.
- i) Las sumas que se ordene reembolsar a **CELLULAR PHONE** por penalizaciones, sanciones y descuentos que **COMCEL** aplicó a lo largo del contrato y que el Tribunal encuentre que no tenían soporte en hechos reales, o no estaban establecidas de manera expresa en el contrato, o se aplicaron sobre comisiones ya transigidas o conciliadas.

j) El valor total de lo recibido, por **CELLULAR PHONE** a través de bonos sodexo pass, ordenados pagar por **COMCEL**.

Las cifras que han de servir de base para determinar el monto de la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, deben ser llevadas a valor presente, a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo; y de ahí en adelante, definido el monto de la cesantía comercial, condenar a **COMCEL** al pago de los intereses de mora a la tasa máxima establecida en la ley comercial, desde que la obligación se hizo exigible, es decir, a la fecha de la terminación del contrato, 31 de mayo de 2011, toda vez que COMCEL fue requerida privadamente y constituida en mora, hasta cuando se verifique efectivamente el pago. Todo lo anterior conforme a la cuantificación pericial que se haga en el proceso....”

Para cuantificar la cesantía, según la pretensión mencionada, el Tribunal aplicará, entre otras, las siguientes premisas:

- Se tendrá en cuenta que la retribución para CELLULAR PHONE, pese a ser denominada de distintas formas, forma parte del cómputo de la cesantía comercial en la medida en que surja dentro del vínculo contractual entre las partes¹⁵¹;
- Se tendrán en cuenta las comisiones recibidas por CELLULAR PHONE, así como aquellas a las que ésta tuviese derecho y no se le hayan pagado –i.e. comisión por residual no pagada-¹⁵²;
- Tal como se explicó en el acápite 1 del laudo, se establece una vigencia contractual de trece (13) años y siete (7) meses, contada desde el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011);
- Se establece que no hubo pago anticipado de la cesantía comercial entre el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil siete (2007);

¹⁵¹ Ver, por ejemplo: Cámara de Comercio de Bogotá. Centro de Arbitraje y Conciliación. Laudo Arbitral del caso de Punto Celular v COMCEL, 23 de febrero de 2007. Allí se dijo lo siguiente: “*La remuneración del agente puede revestir diversas formas. Nada impide que la remuneración consista en un valor que guarde relación con la cuantía del negocio o negocios promovidos o concluidos por el agente, o en sumas fijas o en porcentajes sobre ingresos o utilidades, etc. Lo cierto es que el agente comercial recibe una remuneración por adelantar de manera independiente y estable la promoción o explotación de los negocios del agenciado.*”

¹⁵² Esta consideración encuentra respaldo en la jurisprudencia nacional. Ver: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 19 de octubre de 2011. Allí se sostuvo lo siguiente: “*Para tasar la prestación [cesantía comercial] es menester determinar prima facie con exactitud el promedio del valor de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente en los tres últimos años de vigencia del contrato, o el total recibido si su duración es menor. Aun cuando el precepto utiliza la expresión “recibida”, para la Sala la prestación se calcula sobre el valor al cual tiene derecho el agente, esto es, causado, así no se haya pagado y recibido efectivamente, pues lo contrario, comportaría omitirlo y patrocinar el incumplimiento del empresario al no pagar. Se comprende no sólo la comisión, sino también la regalía o más ampliamente la utilidad causada a favor del agente. Preciado este valor, se establece la doceava parte y esta se multiplica por cada año de vigencia del contrato o por toda su duración.*”

- En relación con el período entre el primero (1) de junio de dos mil siete (2007) y el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), se estableció que tampoco hubo dicho pago y que, en todo caso, no procede la deducción del valor correspondiente al denominado pago anticipado de prestaciones e indemnizaciones; y
- El Tribunal no concederá la actualización solicitada por la parte convocante en su pretensión, pero sí reconocerá intereses moratorios, a la tasa máxima permitida por la ley comercial, a partir de la terminación del contrato, esto es, desde el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). A partir de dicha fecha, COMCEL quedó automáticamente en mora de cumplir la prestación denominada cesantía comercial, pues el cumplimiento de dicha obligación está sujeto a un término legal, que está dado por la propia finalización del contrato¹⁵³.

Con base en lo anterior y en las distintas consideraciones del laudo, el Tribunal abordará inicialmente los rubros contenidos en la pretensión de CELLULAR PHONE, para así establecer las bases aplicables a la cuantificación o tasación de dicha prestación

3.3.2.3.1 Rubros contenidos en la pretensión de CELLULAR PHONE

Rubro	Procedencia
Totalidad de las comisiones, regalías, utilidades, bonificaciones, subsidios e incentivos recibidos por CELLULAR PHONE	Procede. Las regalías, comisiones y utilidades están expresamente consagradas en el artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio. En cuanto a las bonificaciones, subsidios e incentivos, más allá de su denominación formal, se considera que éstos retribuyen la actividad propia de CELLULAR PHONE y resultan inherentes a los beneficios o utilidades que ésta obtuvo por virtud del contrato.
Aquellas que debió recibir mes a mes, siguiendo las estipulaciones contractuales	Procede, según se indica en las premisas de cuantificación señaladas por el Tribunal.
Todas aquellas comisiones, regalías o utilidades causadas y no pagadas durante la ejecución del contrato o a la terminación del vínculo contractual	Procede, según se indica en las premisas de cuantificación señaladas por el Tribunal. Se precisa que sólo se cuantifican circunstancias ocurridas en desarrollo del contrato.
Las comisiones pagadas y las dejadas de	Procede parcialmente y según lo probado

¹⁵³ Artículo 1608 del Código Civil y artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio.

<p>pagar por concepto del recaudo efectuado en los CENTROS DE PAGO Y SERVICIO “CPS” operados por CELLULAR PHONE, incluyendo los valores que debió recibir desde el 9 de marzo de 2011, fecha en que COMCEL dispuso el cierre unilateral de los CPS's, hasta el 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato; para lo cual solicito se realice un promedio de lo recaudado mes a mes por el último año es decir, desde el 31 de mayo de 2010, al 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato y proyectar dicho valor desde el 9 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011.</p>	<p>en el proceso. La actividad desplegada en los CPS forma parte integral del contrato de agencia; se asocia e integra a las funciones principales del respectivo agente. Los testimonios dan cuenta de ello (i.e. testimonios de los señores Alexander Guarnizo y Jorge Schneider), así como las comunicaciones entre las partes, donde se discutía sobre los alcances y consecuencias de la gestión de recaudo de CELLULAR PHONE en los CPS (i.e. carta de terminación de COMCEL, del 3 de marzo de 2011, respecto del otrosí aplicable a los CPS). En la cuantificación de la cesantía, se incluyen entonces las comisiones pagadas en CPS. Las comisiones que, según CELLULAR PHONE, debió recibir ésta desde el 9 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011, no han sido incluidas, dadas las consideraciones del Tribunal sobre el incumplimiento contractual de CELLULAR PHONE; solo se incluyen hasta el 9 de marzo de 2011.</p>
<p>El equivalente al 1% por concepto de “Gastos de facturación de equipos” que CELLULAR PHONE realizó a lo largo de la relación contractual</p>	<p>Procede. Este monto forma parte de la comisión, regalía o utilidad de CELLULAR PHONE.</p>
<p>El valor de las bonificaciones e incentivos reconocidos por COMCEL a lo largo de la relación contractual</p>	<p>Procede. Las bonificaciones, subsidios e incentivos, más allá de su denominación formal, retribuyen la actividad propia de CELLULAR PHONE y resultan inherentes a los beneficios o utilidades que ésta obtuvo por virtud del contrato.</p>
<p>Los valores pagados por concepto de descuento en la adquisición de la tarjeta prepago</p>	<p>Procede. Tal como se ha explicado a la largo del laudo, la gestión comercial de CELLULAR PHONE, respecto del producto prepago, se hizo realmente por cuenta de COMCEL y en el marco de las labores de promoción desplegadas por CELLULAR PHONE.</p>
<p>Los valores recibidos por comisiones sobre recargas para la utilización de tiempo al aire</p>	<p>Procede. Esta gestión está asociada a las labores de promoción que realizaba CELLULAR PHONE por cuenta ajena. Constituye un mecanismo o modalidad de comercialización del servicio de telefonía móvil celular a cargo de COMCEL.</p>
<p>Los valores de comisiones y bonificaciones pagadas por la venta de las tarjetas simcard y el valor de los reconocimientos por el consumo de tiempo al aire generado por las mismas</p>	<p>Procede. A semejanza de lo dicho frente al producto prepago, en este ítem CELLULAR PHONE obraba realmente por cuenta ajena y en el marco de las labores de promoción desplegadas por esta última.</p>
<p>Las comisiones pagadas y dejadas de</p>	<p>No procede. El Tribunal excluirá este</p>

pagar por concepto de residual en los denominados “Servicios Verticales”, esto es, mensajes de texto, internet, buzón de voz, etc	rubro por considerar que éste no corresponde al vínculo contractual objeto de su decisión.
Las sumas que se ordene reembolsar a CELLULAR PHONE por penalizaciones, sanciones y descuentos que COMCEL aplicó a lo largo del contrato y que el Tribunal encuentre que no tenían soporte en hechos reales, o no estaban establecidas de manera expresa en el contrato, o se aplicaron sobre comisiones ya transigidas o conciliadas.	No procede. Tal como se analiza en otro acápite del laudo, CELLULAR PHONE no tiene derecho a obtener el reembolso de dichas penalizaciones, sanciones y descuentos.
El valor total de lo recibido, por CELLULAR PHONE a través de bonos sodexho pass, ordenados pagar por COMCEL.	Procede. Los bonos sodexho pass eran incentivos por las labores promocionales de venta a cargo de CELLULAR PHONE.

3.3.2.3.2 Cuantificación de la cesantía comercial

Con base en las consideraciones anteriores y en los ajustes establecidos por el Tribunal, a continuación se establece la cuantificación de la cesantía comercial, teniendo como base la información arrojada por el dictamen pericial –y sus correspondientes aclaraciones y complementaciones-:

CONCEPTO	VALOR EN \$
AMNISTIA (100% / 80%)	36.804.276
BONIFICACIONES	117.924.774
COMISIONES POR ACTIVACIONES (PRE-POS, AMINISTIAS, ETC)	593.664.217
CPS	1.066.615.769
GASTOS DE FACTURACION	9.474.292
INCENTIVO ARRIENDOS	165.242.819
INCENTIVO CARGAS	64.002.820
OTROS CONCEPTOS	-40.055.514
OTROS INCENTIVOS	36.572.054
PAGOS ANTICIPADOS DE PRESTACIONES E INDEMNIZACIONES (monto no deducido por el Tribunal)	367.518.733
PLAN COOP	1.368.919
RESIDUAL (100% / 80%)	1.158.575.273
DIFERENCIA RESIDUAL	730.083.335
VISITAS DOMICILIARIAS	2.673.066
TOTAL	4.310.464.832
PROMEDIO AÑO*	1.436.821.611
DOCEAVA PARTE	119.735.134
No. AÑOS 13	1.556.556.745

No. meses 7	69.845.495
TOTAL CESANTIA	1.626.402.240

*Promedio - Últimos tres (3) años de ejecución del contrato
(Junio 1/2008 – Mayo 31/2011)

A su vez, los intereses moratorios se establecen de la siguiente manera:

Periodo		No. de días	Interes Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interes Acumulado
			No. Resol SupFin	Interes Cte Bancario	Interés Mora			
Inicio	Final							
01/06/2011	30/06/2011	30	487	17,69%	26,54%	1.626.402.240	31.766.947	31.766.947
01/07/2011	31/07/2011	31	1047	18,63%	27,95%	1.626.402.240	34.398.828	66.165.776
01/08/2011	31/08/2011	31	1047	18,63%	27,95%	1.626.402.240	34.398.828	100.564.604
01/09/2011	30/09/2011	30	1047	18,63%	27,95%	1.626.402.240	33.277.914	133.842.518
01/10/2011	31/10/2011	31	1684	19,39%	29,09%	1.626.402.240	35.650.539	169.493.057
01/11/2011	30/11/2011	30	1684	19,39%	29,09%	1.626.402.240	34.488.415	203.981.472
01/12/2011	31/12/2011	31	1684	19,39%	29,09%	1.626.402.240	35.650.539	239.632.010
01/01/2012	31/01/2012	31	2336	19,92%	29,88%	1.626.402.240	36.517.469	276.149.480
01/02/2012	29/02/2012	29	2336	19,92%	29,88%	1.626.402.240	34.136.956	310.286.435
01/03/2012	31/03/2012	31	2336	19,92%	29,88%	1.626.402.240	36.517.469	346.803.905
01/04/2012	30/04/2012	30	465	20,52%	30,78%	1.626.402.240	36.270.221	383.074.125
01/05/2012	31/05/2012	31	465	20,52%	30,78%	1.626.402.240	37.493.059	420.567.185
01/06/2012	30/06/2012	30	465	20,52%	30,78%	1.626.402.240	36.270.221	456.837.405
01/07/2012	31/07/2012	31	984	20,86%	31,29%	1.626.402.240	38.043.170	494.880.575
01/08/2012	31/08/2012	31	984	20,86%	31,29%	1.626.402.240	38.043.170	532.923.745
01/09/2012	30/09/2012	30	984	20,86%	31,29%	1.626.402.240	36.802.192	569.725.936
01/10/2012	31/10/2012	31	1528	20,89%	31,34%	1.626.402.240	38.091.615	607.817.551
01/11/2012	30/11/2012	30	1528	20,89%	31,34%	1.626.402.240	36.849.039	644.666.591
01/12/2012	31/12/2012	31	1528	20,89%	31,34%	1.626.402.240	38.091.615	682.758.206
01/01/2013	31/01/2013	31	2200	20,75%	31,13%	1.626.402.240	37.865.407	720.623.613
01/02/2013	28/02/2013	28	2200	20,75%	31,13%	1.626.402.240	34.162.808	754.786.421
01/03/2013	31/03/2013	31	2200	20,75%	31,13%	1.626.402.240	37.865.407	792.651.828
01/04/2013	30/04/2013	30	605	20,83%	31,25%	1.626.402.240	36.755.329	829.407.158
01/05/2013	31/05/2013	31	605	20,83%	31,25%	1.626.402.240	37.994.709	867.401.867
01/06/2013	30/06/2013	30	605	20,83%	31,25%	1.626.402.240	36.755.329	904.157.196
01/07/2013	31/07/2013	31	1192	20,34%	30,51%	1.626.402.240	37.201.029	941.358.225
01/08/2013	31/08/2013	31	1192	20,34%	30,51%	1.626.402.240	37.201.029	978.559.254
01/09/2013	06/09/2013	6	1192	20,34%	30,51%	1.626.402.240	7.134.691	985.693.946

FUENTE: Tasas de Interés Moratoria certificadas por la Superintendencia Financiera de Colombia

3.3.3 Indemnización equitativa

La indemnización equitativa, a favor de CELLULAR PHONE y a cargo de COMCEL, se establece como una retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. Para fijar su valor, la Ley indica que se debe tener en cuenta la extensión,

importancia y volumen de los negocios adelantados por dicho agente en desarrollo del contrato¹⁵⁴.

Originalmente, la norma legal señalaba que esta indemnización sería fijada por peritos. Sin embargo, la Corte Constitucional declaró inexecutable dicha previsión, al considerar que los peritos, como tales, no estaban investidos de la función de administrar justicia, razón por la cual sería el juez del contrato quien discerniría finalmente sobre la tasación y equidad de dicho monto¹⁵⁵.

Adicionalmente, la misma Corporación consideró que establecer que la indemnización equitativa sería fijada por peritos, podría excluir la utilización, por parte del juez, de otros medios de prueba, lo cual no sería admisible.

Desde otro punto de vista, la providencia en comento cobra relevancia para la decisión de la pretensión en estudio, en cuanto se refiere a la indemnización a la que alude la norma invocada, en los siguientes términos:

“Téngase en cuenta que no se trata simplemente de efectuar una tasación o de la determinación de un monto cuyo cálculo requiera “especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos” propios de la labor pericial, sino de examinar los elementos jurídicos que configuran una indemnización. Es decir que de lo que se trata es de efectuar una serie de valoraciones sobre los diferentes elementos jurídicos que permiten o no en el caso concreto la indemnización y particularmente de determinar si existe o no una justa causa comprobada para la terminación del contrato.

(...)

Recuérdese que la terminación unilateral del contrato de agencia mercantil, lleva consigo la responsabilidad del empresario de resarcir a quien “sin justa causa comprobada” padece los efectos de la decisión, atendiendo a “la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrolló del contrato”.

Así mismo que la indemnización a cargo del empresario causante del daño no se puede confundir con la simple estimación de la valoración pecuniaria de dichas extensión, importancia y volumen, si se considera que la norma recurre a la expresión “indemnización equitativa”, para referirse al quantum de la pena, y sabido es que quien decide en equidad no tiene límite distinto que la justicia que lo orienta.”

El Tribunal considera que hay suficiente evidencia documental y testimonial, en el sentido de que CELLULAR PHONE desarrolló una importante labor en el posicionamiento de COMCEL en las zonas en donde instaló su fuerza de ventas, de manera que su actividad fue determinante para la consecución de una considerable clientela y el reconocimiento de la marca en la región.

¹⁵⁴ Artículo 1324 del Código de Comercio.

¹⁵⁵ Corte Constitucional. Sentencia C-990 de 2006.

En consonancia con esta situación, el dictamen pericial -tenido en cuenta como un medio de prueba para tasar la indemnización-, al abordar la extensión, importancia y volumen de los negocios adelantados por el agente, atendió *“factores como variación en el capital de trabajo, variación de los activos fijos y los gastos e inversiones en publicidad efectuados por CELLULAR PHONE, en el período comprendido entre el año 1999, y el mes de mayo de 2011, tiempo durante el cual de acuerdo con las contabilidades de COMCEL y CELLULAR PHONE, tuvieron operaciones”*¹⁵⁶

Como consecuencia de ello, indicó que la indemnización equitativa ascendería a la suma de trescientos setenta y nueve millones setecientos treinta y dos mil seiscientos ochenta y nueve pesos (\$379,732,689.00). El Tribunal, en todo caso, ha tenido que abordar otros elementos de juicio para determinar el monto de la indemnización. Y, en dicho sentido, al analizar si el contrato había o no terminado por justa causa imputable a COMCEL, señaló que la indemnización, como tal, sería reducida en un veinte por ciento (20%), en atención a la contribución que tuvo la conducta de CELLULAR PHONE frente a dicho resultado.

En este orden de ideas, y habiendo considerado que los factores contemplados en la indemnización equitativa son pertinentes, el Tribunal fijará dicha indemnización, con la mencionada reducción, en la suma de trescientos tres millones setecientos ochenta y seis mil ciento cincuenta y un pesos (\$303,786,151.00). Se trae la cifra a valor presente, según los criterios técnicos actuariales, al día seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), fecha de expedición del laudo. En consecuencia, el valor a pagar por concepto de la indemnización equitativa, es la suma de cuatrocientos cuarenta millones ochocientos treinta y ocho mil quinientos siete pesos (\$440.838.507.00). De conformidad con la pretensión 49 de la demanda, relativa a los intereses moratorios, el Tribunal concederá dichos intereses, a la máxima tasa establecida por la ley comercial, los cuales se causarán a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo y hasta cuando se verifique efectivamente el pago.

No habrá lugar al reconocimiento de indemnización compensatoria a que se refiere el Art. 870 del C. de Co., solicitada por CELLULAR PHONE, puesto que ésta no se encontraba al día con el cumplimiento de las obligaciones a su cargo, particularmente en el pago de los productos que conformaban la cartera corriente.

3.4 Otras consideraciones aplicables a la terminación del contrato

En la pretensión 29 de la demanda de CELLULAR PHONE, se solicitó:

*“Que se declare que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por **COMCEL** no puede ser tenida como firme, ni definitiva y no constituye ni liquidación final de cuentas, ni título ejecutivo para ejercer acciones legales en*

¹⁵⁶ Dictamen pericial, p. 41

contra de **CELLULAR PHONE**, ni soporte válido para llenar el PAGARÉ en blanco que se firmó junto con una carta de instrucciones para ser llenado con los saldos finales a cargo de **CELLULAR PHONE**, ni para hacer efectiva garantía alguna constituida en favor de **COMCEL**.”

La pretensión antes transcrita tiene relación con lo dispuesto en la cláusula 16.5 del Contrato de 1999, en la cual se estableció que a la terminación del contrato el distribuidor “deberá suscribir dentro de los quince (15) días comunes siguientes acta de liquidación del contrato. En todo caso, COMCEL, la enviará dentro de los ocho (8) días siguientes a la terminación y, si no se recibiere observación ninguna dentro de los tres (3) días siguientes a su envío, caducará el derecho a cualesquiera reclamación u observación y, será firme y definitiva.”

Obra en el expediente¹⁵⁷ un documento titulado “Acta de liquidación de cuentas y de conciliación extraprocesal de contrato de distribución” en cuyo encabezamiento aparece como fecha el 7 de junio de 2011, el cual fue elaborado por COMCEL y enviado a CELLULAR PHONE.

Por su parte, CELLULAR PHONE manifestó su total rechazo a dicho documento, mediante comunicación dirigida a COMCEL de fecha 15 de junio del mismo año,¹⁵⁸ en la cual indicó que la citada acta había sido radicada en sus oficinas el 13 de los mismos mes y año.

En tales condiciones, el “Acta de liquidación de cuentas” en la medida en que fue rechazada por CELLULAR PHONE dentro de los tres días siguientes a la fecha en que fue recibida, no puede tenerse como firme y definitiva, pues así lo prevé cláusula del contrato antes transcrita.

Lo anterior, sobre la base de que el término de tres días al que alude la cláusula para la revisión del acta por parte de CELLULAR PHONE, debe contarse desde que la recibe, pues una interpretación diferente conduce que el propósito de dicho plazo, cual es que el destinatario estudie su contenido, no se consiga, dejando sin efecto tal previsión, en contravía de lo dispuesto en el artículo 1620 del Código Civil.¹⁵⁹

Adicionalmente, debe tenerse en cuenta que a través del proceso arbitral en relación con el cual se profiere este laudo, las partes han formulado sus pretensiones recíprocas sobre el desarrollo de su vínculo contractual, y que de esta manera quedan decididas.

Con fundamento en lo antes expuesto, prospera la parte inicial de la pretensión, en cuanto persigue que se declare “que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por **COMCEL** no puede ser tenida como firme, ni definitiva ...”. No prospera en lo demás, puesto se refiere a valoraciones que

¹⁵⁷ Folio 484 del cuaderno de pruebas 5 del expediente

¹⁵⁸ Folio 47 del cuaderno de pruebas 1 del expediente

¹⁵⁹ Artículo 1621 del Código Civil: “El sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno.”

habrían de hacerse por el juez de conocimiento en caso de que COMCEL iniciara una acción ejecutiva, trámite dentro del cual CELLULAR PHONE podría oponer las excepciones que considerara procedentes.

A su turno, en la pretensión 30 de la demanda se solicitó:

*“Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a **COMCEL** la cancelación de la totalidad de las garantías, prendas o hipotecas, que **CELLULAR PHONE EXPRESS** constituyó en favor de aquella y con el único propósito de amparar las obligaciones a cargo de ésta, mientras estuviera vigente el contrato.”*, pretensión cuya prosperidad depende de la anterior, al ser formulada como “consecuencia” de ella, de manera que no habiéndose accedido a ella en la parte anotada, tampoco esta pretensión puede prosperar.

Finalmente, en la pretensión 31 de la demanda se pidió:

*“Que se declare que **CELLULAR PHONE** cumplió con las obligaciones contempladas en las cláusulas 16 y 17 del contrato, aplicables a la terminación de la relación contractual.”*

Al respecto, el Tribunal interpreta que las pretensiones de la parte convocante se enderezan, de manera evidente, a que se declare que ésta cumplió con las obligaciones aplicables a la terminación de la relación contractual. En tal sentido, la referencia a la cláusula 17 de los documentos contractuales es errónea, pues dicha previsión es una cláusula de limitación de la responsabilidad de COMCEL, que nada tiene que ver con lo que el convocante, en esencia, ha solicitado. Las cláusulas 5 y 16 de dichos documentos sí se refieren al asunto pedido.

Ahora bien, tal como lo ha analizado el Tribunal, ocurre que CELLULAR PHONE, al dar por terminado el contrato de agencia, no cumplió con el término de preaviso previsto en la cláusula 5 citada. Tampoco hay evidencia en el expediente acerca del cumplimiento pleno y efectivo, por parte de CELLULAR PHONE, de todas y cada una de las actividades señaladas en la cláusula 16.

En consecuencia, esta pretensión no prospera.

3.5 Perjuicios derivados de la terminación anticipada del contrato por justa causa

En la pretensión 48 de la demanda, se pidió que se condenara a COMCEL a pagar a favor de CELLULAR PHONE los perjuicios materiales causados por el hecho de la terminación anticipada del contrato de agencia comercial por justa causa imputable a COMCEL, discriminados en daño emergente y lucro cesante.

Por daño emergente, CELLULAR PHONE reclamó condenas por:

a. *“el monto de los cánones de arrendamiento pagados a **COMCEL**, hasta el*

día en que ésta recibió finalmente los inmuebles, luego de terminado el contrato, habiendo sido puestos a su disposición inmediatamente.

*b. “el monto de los servicios públicos que se siguieron causando hasta el día en que **COMCEL** recibió finalmente los inmuebles” y*

*c. “el valor de facturación que dejó de recibir **CELLULAR PHONE** por concepto del cierre unilateral e intempestivo por parte de **COMCEL**, de la totalidad de los CPS’s que se encontraban operando y que dejaron de funcionar desde el 9 de marzo de 2011, hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta el 31 de mayo de 2011.”*

Para el Tribunal, no procede la condena solicitada puesto que el valor de los cánones de arrendamiento de los inmuebles en los que operaba CELLULAR PHONE, así como el valor de los servicios públicos correspondientes a tales inmuebles, constituyen “gastos de la agencia” que, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1323 del Código de Comercio, no son reembolsables al agente, de manera que CELLULAR PHONE hubiera debido asumirlos aún si el contrato no se hubiera terminado por justa causa total o parcialmente imputable a COMCEL.

En relación con la facturación que dejó de recibir CELLULAR PHONE por el cierre de los CPS, ya se ha mencionado en este laudo que dicho cierre obedeció a conductas de CELLULAR PHONE, de manera que no hay lugar a decretar condena a su favor por este concepto.

De otro lado, por concepto de lucro cesante, CELLULAR PHONE pidió que se condenara a COMCEL al pago de las comisiones por activación, las comisiones por residual, las comisiones sobre recaudo en los CPS y las bonificaciones o incentivos, liquidados desde la terminación del contrato, esto es, desde el 31 de mayo de 2011 hasta el 19 de abril de 2014 o hasta el 19 de julio de 2011, según se entendiera que la prórroga del contrato ha debido ser por tres años o mensual.

Para el Tribunal, está acreditado que CELLULAR PHONE dio por terminado el contrato y que lo hizo sin aplicar el preaviso previsto para el efecto. También está acreditado que COMCEL podía terminarlo anticipadamente por su decisión de no renovarlo, situación que aparentemente iba llevar a la práctica, como se evidencia en el texto del 27 de mayo de 2011, que había preparado para radicarlo en las oficinas de CELLULAR PHONE. En atención a las circunstancias en que operó la terminación del contrato, el Tribunal no encuentra acreditado el carácter cierto y directo de los perjuicios reclamados, asunto que debe ocurrir para que proceda la indemnización.¹⁶⁰

En consecuencia, la pretensión 48 no prospera.

3.6 Incidencia en las pretensiones y excepciones de la demanda y de la demanda de reconversión

¹⁶⁰ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 10 de mayo de 1977.

En atención a todas las consideraciones, contenidas en este acápite 3, el Tribunal aborda la procedencia o no de las respectivas pretensiones y excepciones de las partes, como se observa a continuación¹⁶¹:

3.6.1 Respetto de la demanda de CELLULAR PHONE

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes pretensiones formuladas por CELLULAR PHONE, así:

A. Declarativas - Naturaleza y Ejecución del Contrato- Capítulo 1

*“2. Que, como consecuencia, se declare que **CELLULAR PHONE**, como agente, tiene derecho a que **COMCEL** le reconozca y le pague el valor correspondiente a la prestación derivada del inciso 1º del Art. 1324 del Co. de Co.”*

Prospera la pretensión, en consonancia con lo señalado en otro acápite del laudo respecto de la verdadera naturaleza jurídica del contrato entre COMCEL y CELLULAR PHONE, que correspondió a un contrato de agencia comercial.

*“5. Que se declare que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 31 de mayo de 2011, fecha en que **CELLULAR PHONE** dio por terminada la relación contractual existente, de manera unilateral y por una **JUSTA CAUSA** imputable a **COMCEL**.”*

Prospera parcialmente la pretensión. Tal como se señaló en otro acápite de las consideraciones del laudo, prospera la pretensión en cuanto a que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde el primero (1) de noviembre de mil novecientos noventa y siete (1997), hasta el treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). También prospera en cuanto a que fue CELLULAR PHONE quien dio por terminada la relación contractual, y lo hizo en dicha fecha. Prospera parcialmente la pretensión, dado que la terminación del contrato ocurrió por justa causa parcialmente imputable a COMCEL, según las consideraciones del Tribunal.

*“8. Que se declare que **COMCEL**, conforme a la conducta asumida por las partes y a la forma como se ejecutó el contrato, no pagó efectivamente a **CELLULAR PHONE** el valor equivalente al 20%, sobre el valor total de las comisiones por **ACTIVACIÓN**, de las comisiones por **RESIDUAL** y sobre cualquier otra remuneración que hubiera podido recibir **LA CONVOCANTE**, “para cubrir anticipadamente cualquier pago, indemnización o bonificación que*

¹⁶¹ En su escrito de reforma de la demanda, CELLULAR PHONE cometió un error de numeración en relación con los distintos capítulos o secciones de sus pretensiones declarativas, contenidas en el acápite A de dicho escrito. En particular, pasó del Capítulo IV Terminación unilateral del contrato por justa causa al Capítulo VI La nulidad de las cláusulas abusivas, sin incluir un Capítulo V. El Tribunal, al pronunciarse sobre las pretensiones, toma la misma numeración expresada por CELLULAR PHONE en su escrito.

*por cualquier causa, deba pagar **COMCEL** al Centro de Ventas y Servicio a la terminación de este contrato”*

Prospera la pretensión.

A. Declarativas – Terminación unilateral del contrato por justa causa – Capítulo IV

*“27. Que se declare que, con base en lo establecido en el numeral 2, literales a) y b) del Art. 1325 del C de Co., **CELLULAR PHONE** tuvo una **JUSTA CAUSA** para dar por terminado unilateralmente el contrato suscrito con **COMCEL**, toda vez que **COMCEL** incurrió en incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales; y realizó acciones e incurrió en omisiones que afectaron gravemente los intereses del agente.”*

Prospera parcialmente la pretensión, esto es, en cuanto a que la terminación del contrato ocurrió por justa causa parcialmente imputable a COMCEL ante su incumplimiento de sus obligaciones contractuales y legales, y la realización de acciones y ocurrencia de omisiones que afectaron gravemente los intereses del agente, según las consideraciones del Tribunal.

*“28. Que, como consecuencia de la anterior declaración, se declare que **COMCEL** está obligado a reconocer y pagar a **CELLULAR PHONE** la indemnización equitativa consagrada en el inciso 2° del Art. 1324 del C. de Co. por el hecho de la terminación del contrato por justa causa imputable al empresario y la compensatoria a que se refiere el Art. 870 del C. de Co.”*

Prospera parcialmente esta pretensión consecencial. Prospera en cuanto a que COMCEL debe reconocer y pagar, a CELLULAR PHONE, la indemnización equitativa mencionada en la norma allí citada, en el entendido de que la terminación del contrato fue por justa causa parcialmente imputable a COMCEL. No procede la pretensión respecto de la indemnización compensatoria allí solicitada.

*“29. Que se declare que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por **COMCEL** no puede ser tenida como firme, ni definitiva y no constituye ni liquidación final de cuentas, ni título ejecutivo para ejercer acciones legales en contra de **CELLULAR PHONE**, ni soporte válido para llenar el PAGARÉ en blanco que se firmó junto con una carta de instrucciones para ser llenado con los saldos finales a cargo de **CELLULAR PHONE**, ni para hacer efectiva garantía alguna constituida en favor de **COMCEL**.”*

Prospera parcialmente la pretensión. Prospera en cuanto persigue que se declare “que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por **COMCEL** no puede ser tenida como firme, ni definitiva ...”. No prospera en lo demás, según las precisiones y consideraciones expuestas por el Tribunal.

*“30. Que como consecuencia de la declaración anterior, se ordene a **COMCEL** la cancelación de la totalidad de las garantías, prendas o hipotecas, que*

CELLULAR PHONE EXPRESS constituyó en favor de aquella y con el único propósito de amparar las obligaciones a cargo de ésta, mientras estuviera vigente el contrato.”

No prospera esta pretensión consecuencial, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

“Que se declare que **CELLULAR PHONE** cumplió con las obligaciones contempladas en las cláusulas 16 y 17 del contrato, aplicables a la terminación de la relación contractual.”

No prospera la pretensión.

B. De Condena – Cesantía Comercial – Capítulo I

“42. Que se condene a **COMCEL** a reconocer y pagar en favor de **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.**, el monto de la prestación derivada del inciso 1º del Art. 1324 del Co. de Co., por todo el período de duración de la relación contractual, esto es desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato; o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual.

Para tasar esta condena solicito se tenga en cuenta: (i) la totalidad de las comisiones, regalías, utilidades, bonificaciones, subsidios e incentivos recibidos por **CELLULAR PHONE**, a lo largo de la relación contractual que vinculó a las partes en virtud de los diferentes contratos suscritos; y, (ii) aquellas que debió recibir mes a mes, siguiendo las estipulaciones contractuales. (iii) **Además**, deberán ser incluidas en la liquidación correspondiente, expresa y especialmente las siguientes retribuciones:

a) Todas aquellas comisiones, regalías o utilidades causadas y no pagadas durante la ejecución del contrato o a la terminación del vínculo contractual;

b) Las comisiones pagadas y las dejadas de pagar por concepto del recaudo efectuado en los CENTROS DE PAGO Y SERVICIO “CPS” operados por **CELLULAR PHONE**, incluyendo los valores que debió recibir desde el 9 de marzo de 2011, fecha en que COMCEL dispuso el cierre unilateral de los CPS’s, hasta el 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato; para lo cual solicito se realice un promedio de lo recaudado mes a mes por el último año es decir, desde el 31 de mayo de 2010, al 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato y proyectar dicho valor desde el 9 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011.

c) El equivalente al 1% por concepto de “Gastos de facturación de equipos” que **CELLULAR PHONE** realizó a lo largo de la relación contractual;

- d) *El valor de las bonificaciones e incentivos reconocidos por **COMCEL** a lo largo de la relación contractual;*
- e) *Los valores pagados por concepto de descuento en la adquisición de la tarjeta prepago;*
- f) *Los valores recibidos por comisiones sobre recargas para la utilización de tiempo al aire.*
- g) *Los valores de comisiones y bonificaciones pagadas por la venta de las tarjetas simcard y el valor de los reconocimientos por el consumo de tiempo al aire generado por las mismas.*
- h) *Las comisiones pagadas y dejadas de pagar por concepto de residual en los denominados “Servicios Verticales”, esto es, mensajes de texto, internet, buzón de voz, etc.*
- i) *Las sumas que se ordene reembolsar a **CELLULAR PHONE** por penalizaciones, sanciones y descuentos que **COMCEL** aplicó a lo largo del contrato y que el Tribunal encuentre que no tenían soporte en hechos reales, o no estaban establecidas de manera expresa en el contrato, o se aplicaron sobre comisiones ya transigidas o conciliadas.*
- j) *El valor total de lo recibido, por **CELLULAR PHONE** a través de bonos sodexho pass, ordenados pagar por **COMCEL**.*

*Las cifras que han de servir de base para determinar el monto de la prestación a que se refiere el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, deben ser llevadas a valor presente, a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo; y de ahí en adelante, definido el monto de la cesantía comercial, condenar a **COMCEL** al pago de los intereses de mora a la tasa máxima establecida en la ley comercial, desde que la obligación se hizo exigible, es decir, a la fecha de la terminación del contrato, 31 de mayo de 2011, toda vez que **COMCEL** fue requerida privadamente y constituida en mora, hasta cuando se verifique efectivamente el pago. Todo lo anterior conforme a la cuantificación pericial que se haga en el proceso....”*

*Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, que según informes de mi mandante, el monto de la presente prestación asciende a una cifra superior a los **\$2.500'000.000.00**; no obstante, para los efectos legales a que haya lugar, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$1.700'000.000.00**, sin perjuicio de lo que aparezca probado y la cuantificación que, para el efecto, dictamine el perito que se designe.”*

Prospera parcialmente la pretensión, según se sintetiza a continuación:

Tal como lo estableció el Tribunal en un acápite anterior del laudo, prospera parcialmente la pretensión en su inciso primero. Al respecto, no prospera en lo

que atañe a la expresión “*al 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la relación contractual por prórroga del contrato*”. Prospera en cuanto a la expresión “*o en subsidio hasta la fecha en que el Tribunal considere que se extendía la relación contractual.*” Sobre esto último, el Tribunal ha establecido la extensión de la relación contractual hasta el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011). Y prospera en lo que respecta a condenar a COMCEL a reconocer y pagar, en favor de CELLULAR PHONE, el monto de la prestación derivada del artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio, también llamada cesantía comercial.

Prospera la pretensión en su segundo inciso.

En cuanto a las retribuciones que se incluyen para el cálculo de la cesantía comercial, se tiene lo siguiente: Prospera la pretensión en cuanto a los rubros señalados en los literales a), c), d), e), f), g) y j). Prospera parcialmente la pretensión en cuanto al rubro señalado en el literal b). Al respecto, no prospera en cuanto a la expresión “*incluyendo los valores que debió recibir desde el 9 de marzo de 2011, fecha en que COMCEL dispuso el cierre unilateral de los CPS's, hasta el 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato; para lo cual solicito se realice un promedio de lo recaudado mes a mes por el último año es decir, desde el 31 de mayo de 2010, al 31 de mayo de 2011, fecha de terminación del contrato y proyectar dicho valor desde el 9 de marzo de 2011 hasta el 31 de mayo de 2011*”; pero sí prospera en cuanto al reconocimiento de este rubro hasta el nueve (9) de marzo de dos mil once (2011), fecha del cierre de los CPS. En relación con los rubros señalados en los literales h) e i), no prospera la pretensión.

Prospera parcialmente la pretensión en el penúltimo inciso, referente a las solicitudes de actualización y de reconocimiento de intereses moratorios. Al respecto, prospera en cuanto al reconocimiento de intereses moratorios, a la tasa máxima prevista en la ley comercial, desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando se verifique efectivamente el pago; de ahí que, respecto de este aspecto, prospere la pretensión 49 de condena, relativa al pago de intereses. No prospera la pretensión en cuanto a la solicitud de actualización de las cifras que determinan el monto de la prestación.

Por todo lo anterior y las demás consideraciones del Tribunal, el monto correspondiente a la cesantía comercial, favorable a CELLULAR PHONE, es la suma de mil seiscientos veintiséis millones cuatrocientos dos mil doscientos cuarenta pesos (\$1,626,402,240.00). Así mismo, de conformidad con la pretensión 49 de condena, relativa a los intereses moratorios, el Tribunal los concede a la tasa máxima establecida por la ley comercial, a partir del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) -fecha de terminación del contrato- y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. Según cálculo de los intereses moratorios, con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), éstos ascienden a la suma de novecientos ochenta y cinco millones

seiscientos noventa y tres mil novecientos cuarenta y seis pesos (\$985,693,946.00).

B. De Condena - Terminación del vínculo contractual por justa causa – Capítulo III

*“47. Que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de **CELLULAR PHONE** el valor de la indemnización equitativa conforme a los parámetros establecidos en el 2 inciso del art. 1324 del C. de Co., por el hecho de la terminación del contrato por **JUSTA CAUSA**, según se cuantifique en el dictamen pericial, teniendo en cuenta que las cifras que han de servir de base para determinar el monto de esta indemnización deben ser traídas a valor presente, con observancia de los criterios técnicos actuariales, todo ello consagrado en el art. 16 de la ley 446 de 1998; y en especial la labor de servicio al usuario desplegada por CELLULAR PHONE.*

*Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar previamente, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización realizados los cálculos correspondientes y en un todo ajustados a los hechos y parámetros señalados por el legislador, la cuantificación del inciso segundo del Art. 1.324 del C. de Co. asciende a una cifra superior a los **\$3.140'000.000,00**; no obstante, para los efectos legales a que haya lugar, bajo la gravedad del juramento estimo la presente indemnización en una cifra superior a **\$500'000.000,00**, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.”*

Prospera parcialmente la pretensión. Al respecto, prospera en cuanto a que se condena a COMCEL a pagar, a favor de CELLULAR PHONE, el valor de la indemnización equitativa conforme a los parámetros establecidos en el artículo 1324, inciso segundo, del Código de Comercio, y en el entendido de que la cuantificación, contenida en el dictamen pericial, fue objeto de análisis y revisión por parte del Tribunal. Prospera parcialmente la pretensión, en cuanto a que la terminación del contrato, por parte de CELLULAR PHONE, fue por justa causa parcialmente imputable a COMCEL. En relación con la solicitud de actualización de las cifras que fundamentan el monto de la indemnización, prospera la pretensión.

Por las razones expuestas en las consideraciones, el Tribunal fijará dicha indemnización en la suma de trescientos tres millones setecientos ochenta y seis mil ciento cincuenta y un pesos (\$303,786,151.00). Se trae la cifra a valor presente, según los criterios técnicos actuariales, al día seis (6) de septiembre de dos mil once (2011), fecha de expedición del laudo. En consecuencia, el valor a pagar por concepto de la indemnización equitativa, es la suma de cuatrocientos cuarenta millones ochocientos treinta y ocho mil quinientos siete pesos (\$440.838.507.00). De conformidad con la pretensión 49 de la demanda, relativa a los intereses moratorios, el Tribunal concederá dichos intereses, a la máxima tasa establecida por la ley comercial, los cuales se causarán a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo y hasta cuando se verifique efectivamente el pago.

La actualización de las cifras mencionadas, se consigna en la siguiente tabla:

AÑO	VALOR INVERTIDO (\$)	IPC		FACTOR	INVERSION ACTUALIZADA
		INICIAL	FINAL		
1999	3.597.278	57,74	113,80	1,970904	7.089.889
2000	45.794.151	62,64	113,80	1,816731	83.195.632
2001	44.882.922	67,26	113,80	1,691942	75.939.288
2002	21.062.358	72,23	113,80	1,575523	33.184.221
2003	30.308.283	76,70	113,80	1,483703	44.968.483
2004	18.924.036	80,87	113,80	1,407197	26.629.842
2005	32.302.442	84,56	113,80	1,345790	43.472.302
2006	22.884.267	88,54	113,80	1,285295	29.413.029
2007	41.507.339	93,85	113,80	1,212573	50.330.689
2008	11.404.477	100,59	113,80	1,131325	12.902.172
2009	15.334.329	102,70	113,80	1,108082	16.991.691
2010	10.499.746	106,19	113,80	1,071664	11.252.199
2011	5.284.526	109,96	113,80	1,034922	5.469.071
TOTAL	303.786.152				440.838.507

No hay lugar al reconocimiento de indemnización compensatoria a que se refiere el Art. 870 del C. de Co., solicitada por CELLULAR PHONE, según lo expuesto por el Tribunal en sus consideraciones.

*“48. Que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de **CELLULAR PHONE** los perjuicios **MATERIALES** que se le causaron a ésta por el hecho de la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial por **JUSTA CAUSA** imputable a **COMCEL**, perjuicios que se concretan en el **DAÑO EMERGENTE Y EL LUCRO CESANTE**, y que se especifican así:*

A. POR EL DAÑO EMERGENTE:

- a. *Por el monto de los cánones de arrendamiento pagados a **COMCEL**, hasta el día en que ésta recibió finalmente los inmuebles, luego de terminado el contrato, habiendo sido puestos a su disposición inmediatamente.*

*Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$12'571.248,00**, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.*

- b. *Por el monto de los servicios públicos que se siguieron causando hasta el día en que **COMCEL** recibió finalmente los inmuebles.*

*Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$12'300.000.00** sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.*

- c.** *Por el valor de facturación que dejó de recibir **CELLULAR PHONE** por concepto del cierre unilateral e intempestivo por parte de **COMCEL**, de la totalidad de los CPS's que se encontraban operando y que dejaron de funcionar desde el 9 de marzo de 2011, hasta la fecha de terminación del contrato, es decir, hasta el 31 de mayo de 2011. Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$3'417.245.00**, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.*

B. POR EL LUCRO CESANTE:

- a.** *El valor de las **COMISIONES** por **ACTIVACION** dejadas de recibir por **CELLULAR PHONE**, a partir de la terminación del vínculo contractual, es decir, desde el 31 de mayo de 2011, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la vigencia de la relación contractual, con base en la prórroga igual al término inicialmente pactado en el contrato, por tres años o, en subsidio, hasta el día 19 de junio de 2011, si se toma como base la fecha correspondiente a la prórroga mensual, o a la fecha que determine el Tribunal como de expiración de la vigencia del contrato.*

*Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$36'315.770.00**, si se trata del primer escenario de la prórroga por tres años; o en una suma superior a **\$664.100.00**, si se trata del segundo escenario referente a la prórroga mensual, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.*

- b.** *El valor de las **COMISIONES** por **RESIDUAL** dejadas de recibir por **CELLULAR PHONE**, a partir de la terminación del vínculo contractual, es decir, desde el 31 de mayo de 2011, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la vigencia de la relación contractual, con base en la prórroga igual al término inicialmente pactado en el contrato, por tres años o, en subsidio, hasta el día 19 de junio de 2011, si se toma como base la fecha correspondiente a la prórroga mensual, o a la fecha que determine el Tribunal como de expiración de la vigencia del contrato.*

Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior

a **\$939'047.213.00.**, si se trata del primer escenario de la prórroga por tres años; o en una suma superior a **\$17'172.182**, si se trata del segundo escenario referente a la prórroga mensual, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.

- c. El valor de las comisiones sobre **recaudos en los CPS**, dejadas de recibir por **CELLULAR PHONE**, a partir de la terminación del vínculo contractual, es decir, desde el 31 de mayo de 2011, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la vigencia de la relación contractual, con base en la prórroga igual al término inicialmente pactado en el contrato, por tres años o, en subsidio, hasta el día 19 de junio de 2011, si se toma como base la fecha correspondiente a la prórroga mensual, o a la fecha que determine el Tribunal como de expiración de la vigencia del contrato.

Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$76'012.461.00**, si se trata del primer escenario de la prórroga por tres años; o en una suma superior a **\$1'390.026.00**, si se trata del segundo escenario referente a la prórroga mensual, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.

- d. El valor que se determine en dictamen pericial, por concepto de las bonificaciones e incentivos dejados de percibir a partir de la terminación de la relación contractual, es decir, desde el 31 de mayo de 2011, hasta el 19 de abril de 2014, fecha hasta la cual se extendía la vigencia de la relación contractual, con base en la prórroga igual al término inicialmente pactado en el contrato, por tres años o, en subsidio, hasta el día 19 de junio de 2011, si se toma como base la fecha correspondiente a la prórroga mensual, o a la fecha que determine el Tribunal como de expiración de la vigencia del contrato.

Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, el monto de la presente indemnización se estima razonadamente en una suma superior a **\$12'579.670.00**, si se trata del primer escenario de la prórroga por tres años; o en una suma superior a **\$230.042**, si se trata del segundo escenario referente a la prórroga mensual, sin perjuicio de la cuantificación que para el efecto dictamine el perito designado para el efecto.

Al imponer las condenas solicitadas en los literales anteriores, el Tribunal deberá tener en cuenta el promedio de la facturación que efectuó **CELLULAR PHONE**, tomando como referencia los valores correspondientes al último período de ejecución del contrato o el promedio de la facturación durante el término que señale el Tribunal, según los valores que ha debido recibir **CELLULAR PHONE** conforme al contrato.

El cálculo y determinación de los valores correspondientes a las pretensiones precedentes (LUCRO CESANTE) se deberá efectuar atendiendo los principios de REPARACION INTEGRAL Y EQUIDAD y con observancia de los criterios técnicos actuariales, conforme a lo consagrado en el art. 16 de la ley 446 de 1998.”

No prospera la pretensión, en sus distintos literales, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

El Tribunal, con base en las consideraciones anteriores, da respuesta puntual a las siguientes excepciones, planteadas por COMCEL, así:

“1. Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL”

No prospera la excepción, por las distintas razones expuestas por el Tribunal en los acápites 2 y 3 de las consideraciones del laudo.

“5. Renuncia de CELLULAR PHONE Express S.A. a las prestaciones propias de la agencia comercial”

No prospera esta excepción, por las distintas razones expuestas por el Tribunal en los acápites 2 y 3 de las consideraciones del laudo.

“7. Pago de todas las obligaciones a cargo de COMCEL”

No prospera esta excepción en lo que atañe al supuesto pago anticipado, por parte de COMCEL, de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato. La prosperidad de esta excepción, en lo que atañe al pago de las obligaciones por concepto de comisiones por activación o por residual, es resuelta en otro acápite del laudo.

“10. Contravención de los propios actos por parte de CELLULAR PHONE Express – venire contra factum proprium non valet”

No prospera esta excepción en lo que atañe al contenido y alcances de los documentos de transacción, conciliación y compensación de cuentas suscritos entre las partes¹⁶².

¹⁶² COMCEL, en su escrito de contestación de la demanda, explicó los alcances de esta excepción así: *“Como se demostrará, CELLULAR PHONE Express ejerció de forma inequívoca actos que generaron la confianza suficiente a COMCEL para creer que había desembolsado anticipadamente dineros que deberían imputarse, eventualmente, a las sumas que ahora pretende cobrarse. Con la presente demanda, y con las afirmaciones en ella realizadas, CELLULAR PHONE Express busca irse en contra de sus propios actos, lo que de ninguna manera puede ser tolerado por el Tribunal, so pena de poner en peligro la buena fe y probidad que debe observar todo comerciante.”* El planteamiento en el sentido de que CELLULAR PHONE tuvo una conducta contraria a sus propios actos al desconocer, según COMCEL, lo pactado en los documentos de transacción, conciliación y compensación, se incluyó en los alegatos de conclusión (p. 31).

“12. Terminación legítima del vínculo contractual por parte de COMCEL”

No prospera esta excepción.

“13. Ausencia de legitimación de CELLULAR PHONE Express para dar por terminado el vínculo contractual”

Prospera parcialmente esta excepción, esto es, en cuanto a que CELLULAR PHONE dio por terminado el contrato, pero sus conductas contractuales llevaron a que dicha terminación fuese parcialmente –y no totalmente– imputable a COMCEL.

3.6.2 Respecto de la demanda de reconvenición de COMCEL

En la demanda de reconvenición, no se formularon pretensiones referentes a la terminación del contrato.

Con todo, en la contestación de CELLULAR PHONE, se incluyó la siguiente excepción aplicable a la situación:

“Inexistencia de justa causa alegada por COMCEL para dar por terminado el contrato”

En dicha excepción, CELLULAR PHONE plantea que ésta dio por terminado el contrato el 31 de mayo de 2011. Sin embargo, manifiesta que COMCEL preparó un documento en el cual preveía terminar el contrato, situación que, según CELLULAR PHONE, no se radicó. En tal sentido, también señala que dicho documento, preparado por COMCEL, hacía referencia a la terminación del contrato ante la supuesta decisión de no renovarlo, lo cual excluiría la justa causa de su parte para terminar el vínculo contractual, dado el caso en que hubiese procedido a hacerlo.

Al respecto, el Tribunal considera que la excepción prospera, en el entendido de que COMCEL no dio por terminado el contrato y que CELLULAR PHONE, al darlo por terminado, tuvo justa causa parcialmente imputable a COMCEL,

4. Aspectos finales

A continuación, el Tribunal se pronunciará sobre los siguientes aspectos, para así proceder con la parte resolutive del laudo.

4.1 Intereses moratorios

En la pretensión 49 de su demanda, CELLULAR PHONE solicitó el pago de intereses moratorios, así:

*“49. Que en todas las condenas en dinero que imponga el Tribunal a favor de mi representada **CELLULAR PHONE** y en contra de **COMCEL** se condene igualmente a la cancelación de los intereses de mora a la tasa máxima*

establecida por la ley comercial, desde cuando las respectivas obligaciones se hayan hecho exigibles y hasta cuando se verifique el respectivo pago.

Para efectos de dar cumplimiento al Art. 211 del C.P.C. me permito manifestar, bajo la gravedad del juramento, que según informes de mi mandante, no es posible hacer un cálculo estimativo de la presente condena al pago de intereses, por cuanto aun cuando en algunos casos es clara la fecha de exigibilidad de las correspondientes obligaciones, como en el caso de la prestación del inciso 1 del Art. 1324 y la indemnización del inciso 2, ibídem, cuya exigibilidad es a partir de la fecha de terminación del contrato, es decir a partir del 1 de junio de 2011; en otros, resulta incierta la fecha de exigibilidad, pues la condena a tales pagos se impone en el laudo y se desconoce la fecha en que sea proferido y, de todas maneras, en cualquiera de los 2 supuestos, la proyección a la fecha en que se realice el pago de la obligación, resulta impredecible, lo que no permite hacer el correspondiente cálculo.

Prospera esta pretensión de la demanda, en el entendido de que su aplicación tendrá lugar respecto de las pretensiones de condena concedidas por el Tribunal, en los términos decididos por éste para cada una de ellas. En particular, el Tribunal ha determinado la prosperidad de las siguientes pretensiones de condena aplicables a la situación: (i) pretensión 42 - (cesantía comercial); pretensión 34, literales c) –parcial- y e) (consecuenciales del incumplimiento); y pretensión 47 (indemnización equitativa).

En relación con las pretensiones referentes a las prestaciones especiales del artículo 1324 del Código de Comercio, se establece la aplicación de los intereses moratorios desde la fecha de terminación del contrato -31 de mayo de 2011- y hasta la fecha en que se verifique el respectivo pago. Respecto de las pretensiones consecuenciales del incumplimiento, y dado que los conceptos asociados a las mismas se desarrollaron de manera progresiva durante la vigencia del contrato, el Tribunal tomará la fecha de terminación del contrato -31 de mayo de 2011- como punto de referencia cierto para la aplicación de los intereses moratorios.

4.2 Compensación

En su escrito de contestación a la demanda de CELLULAR PHONE, COMCEL formuló la excepción de compensación.

La compensación, como tal, es el modo de extinguir las obligaciones recíprocas entre las partes, siempre que tales obligaciones, además de ser líquidas y exigibles, tengan el mismo género y calidad¹⁶³.

En el caso concreto, el Tribunal ha declarado la prosperidad de algunas pretensiones condenatorias, tanto en lo que atañe a la demanda de CELLULAR PHONE como en lo referente a la demanda de reconvenición de COMCEL. Dichas sumas de dinero, reconocidas en uno y otro caso, reúnen claramente

¹⁶³ Artículos 1714 a 1716 del Código Civil.

los requisitos exigidos en la Ley y serán objeto de compensación por parte del Tribunal.

En tal sentido, el Tribunal encuentra que COMCEL limitó sus pretensiones condenatorias a la suma de quinientos millones de pesos (\$500,000.00) y al cobro de la cláusula penal pecuniaria, frente a la cual el Tribunal decide su nulidad y la improcedencia de su cobro. En consecuencia, los rubros mencionados por COMCEL en la contestación de la demanda, y que serían objeto de compensación, tienen como límite la suma máxima de quinientos millones de pesos (\$500,000.00), la cual delimita o demarca el monto a compensar por parte del Tribunal.

En estos términos, prospera la excepción de compensación, formulada por COMCEL, y el Tribunal aplicará esta figura frente a las condenas proferidas para ambas partes.

4.3 Costas y agencias en derecho

Cada una de las partes ha solicitado que se condene a la otra por las costas y agencias en derecho.

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, en su numeral 6, señala que si prospera parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. Así, “(...) *se condena en costas al vencido en el proceso, incidente o recurso, independientemente de las causas del vencimiento*¹⁶⁴.”

Teniendo en cuenta que la demanda de CELLULAR PHONE y la demanda de reconvencción de COMCEL han prosperado parcialmente, el Tribunal no considera procedente conceder la condena que cada una de las partes le solicita en esta materia.

Por lo anterior, no prospera la pretensión 50 de la demanda de CELLULAR PHONE, ni la pretensión sexta de la demanda de reconvencción de COMCEL.

C. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley, y habilitado por las partes:

¹⁶⁴ Corte Constitucional, Sentencia C-480 de 1995 MP Jorge Arango Mejía.

RESUELVE

PRIMERO. Declarar infundadas las tachas por sospecha de los testigos Mario Arenas Barragán, Jorge Arturo Schneider Sánchez y Mary Luz Meléndez Granados por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

SEGUNDO. Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y CELLULAR PHONE EXPRESS S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato típico de Agencia Comercial, para promover y ejecutar la venta de los servicios de telefonía móvil celular para transmisión de voz de la red de COMCEL y para la comercialización de otros productos y servicios de la sociedad demandada.

TERCERO. Declarar que CELLULAR PHONE, como agente, tiene derecho a que COMCEL le reconozca y le pague el valor correspondiente a la prestación derivada del inciso 1º del Artículo 1324 del Código de Comercio.

CUARTO. Declarar que COMCEL, como predisponente, fue quien diseñó, redactó y elaboró unilateralmente las cláusulas de los contratos que dieron origen a la relación de agencia comercial, que vinculó a las partes.

QUINTO. Declarar que la relación contractual de agencia comercial existente entre CELLULAR PHONE y COMCEL estuvo regida por los siguientes contratos:

- A. Contrato de fecha 1 de noviembre de 1997, suscrito entre COMCEL y CELLULAR PHONE.
- B. Contrato de fecha 20 de abril de 1999, suscrito entre COMCEL S.A. y CELLULAR PHONE.

SEXTO. Declarar que la agencia comercial fue permanente y sin solución de continuidad desde el 1 de noviembre de 1997 hasta el 31 de mayo de 2011.

SÉPTIMO. Declarar que CELLULAR PHONE dio por terminada la relación contractual existente, de manera unilateral y por JUSTA CAUSA parcialmente imputable a COMCEL.

OCTAVO. Declarar que en virtud de la cláusula de exclusividad pactada en el contrato, para CELLULAR PHONE, COMCEL era la única empresa operadora del servicio de telefonía móvil celular, a la cual podía prestar sus servicios para realizar la labor de promoción y comercialización de los bienes productos y servicios que COMCEL presta en virtud del contrato de concesión celebrado con el Estado.

NOVENO. Declarar que los ingresos operacionales de **CELLULAR PHONE** no provinieron exclusivamente de la ejecución del contrato con **COMCEL**.

DÉCIMO. Declarar que **COMCEL**, conforme a la conducta asumida por las partes y a la forma como se ejecutó el contrato, no pagó efectivamente a **CELLULAR PHONE** el valor equivalente al 20%, sobre el valor total de las

comisiones por ACTIVACIÓN, de las comisiones por RESIDUAL y sobre cualquier otra remuneración que hubiera podido recibir LA CONVOCANTE, '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'.

UNDÉCIMO. Declarar que COMCEL, tal como lo disponen los textos de los contratos, fue quien determinó las condiciones de selección de los clientes y fijó los criterios de evaluación crediticia para los mismos.

DUODÉCIMO. Declarar que CELLULAR PHONE no fue parte en los contratos de servicios de comunicaciones que COMCEL celebró con sus suscriptores o abonados, conforme se estipuló en la cláusula 7.5, 1.11., 1.13 y 1.16 de los contratos a que se refiere la demanda.

DÉCIMO TERCERO. Declarar que por el vínculo directo entre COMCEL y el abonado o usuario de la prestación del servicio de telefonía móvil celular, era COMCEL el obligado a asumir la totalidad de las consecuencias derivadas de la celebración del contrato frente al suscriptor o abonado, en el entendido de que COMCEL es el titular de la prestación del servicio de telefonía móvil celular a los abonados, y que CELLULAR PHONE actuó por cuenta de COMCEL, y sin perjuicio de las precisiones efectuadas por el Tribunal en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO CUARTO. Declarar que la vigencia de la relación contractual existente entre las partes desde el 1 de noviembre de 1997 y regida últimamente por el contrato de 20 de abril de 1999, se prorrogó automática y sucesivamente, así: Término inicial: Del 20 de abril de 1999, al 19 de abril de 2.002; primera prórroga. Y de ahí en adelante, por términos mensuales, según las consideraciones expuestas en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO QUINTO. Declarar que la vigencia de la relación contractual de agencia comercial existente entre las partes, no se extendía hasta el 19 de abril de 2014.

DÉCIMO SEXTO. Declarar que la vigencia de la relación contractual se extendió hasta el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011), por las razones expuestas por el Tribunal en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO SÉPTIMO. Declarar que, conforme a lo dispuesto en el contrato, **COMCEL S.A.** no estaba facultado para modificar unilateralmente el valor de la remuneración del agente en materia de comisiones por residual, pero sí estaba facultado para modificar unilateralmente el valor correspondiente a las comisiones por activación y a las bonificaciones o incentivos, en los términos señalados en la parte motiva del laudo.

DÉCIMO OCTAVO. Declarar que la estipulación contractual a que se refiere la Cláusula 7.3, del contrato suscrito el 20 de abril de 1.999, no autoriza a COMCEL para modificar unilateralmente el contrato.

DÉCIMO NOVENO. Declarar que **COMCEL** hizo un ejercicio abusivo de la facultad de modificar el valor de la remuneración al agente respecto de las comisiones por residual, sin tener en consideración los intereses de este último.

VIGÉSIMO. Declarar que COMCEL incumplió los contratos existentes con CELLULAR PHONE al modificar unilateralmente, de forma abusiva, las condiciones económicas del mismo, en cuanto COMCEL modificó en forma abusiva las comisiones por residual sin tener en consideración los intereses del agente.

VIGÉSIMO PRIMERO. Declarar no próspera la pretensión de que COMCEL incumplió los contratos por no haber pagado las COMISIONES POR ACTIVACIÓN sobre todas las activaciones realizadas por CELLULAR PHONE a partir de la fecha de corte contenida en la última acta de transacción, que haya podido ser firmada por las partes.

VIGÉSIMO SEGUNDO. Declarar que a CELLULAR PHONE no se le suministró, por parte de COMCEL, la información de carácter general, ni tuvo acceso a la misma, para efectos de la liquidación de la comisión por RESIDUAL, conforme lo establecía el contrato a cargo de COMCEL en el MANUAL DE PROCEDIMIENTOS.

VIGÉSIMO TERCERO. Declarar que COMCEL incumplió los contratos con CELLULAR PHONE por no haber liquidado y pagado oportuna y totalmente la COMISIÓN POR RESIDUAL a que se refiere el contrato de agencia y por no haberle suministrado al agente las bases sobre las cuales realizaba la liquidación de esta comisión, a que estaba obligada.

VIGÉSIMO CUARTO. Declarar que la llamada **CONFIDENCIALIDAD** a que se refiere el contrato de concesión suscrito entre **COMCEL** y el Ministerio de Comunicaciones -hoy Ministerio de Tecnologías de la Información y las Comunicaciones-, no cubre la información por consumos a que estaba obligada a suministrar **COMCEL** a **CELLULAR PHONE** para efectos de la liquidación de la Comisión por Residual conforme lo establece el contrato suscrito por las partes.

VIGÉSIMO QUINTO. Declarar que no prospera la pretensión, según la cual COMCEL incumplió el contrato que la vinculaba con la convocante por haber estipulado y cobrado de manera unilateral, penalizaciones y sanciones no previstas en el contrato y por aplicar las sanciones contractuales de manera excesiva o con violación de las condiciones previstas en el contrato o sin demostrar previamente a CELLULAR PHONE la ocurrencia de los hechos generadores de la sanción, tal como se encontraba expresamente pactado en el contrato.

VIGÉSIMO SÉXTO. Declarar que COMCEL incurrió en incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones legales, por haber ejecutado conductas abusivas, que constituyen acciones y omisiones

violatorias del pacto negocial, que afectaron gravemente los intereses económicos de CELLULAR PHONE, siendo dichas conductas, previstas en la pretensión 24 de la demanda, las siguientes: Literal a) Disfrazar la verdadera naturaleza del contrato por ejecutar; Literal c) Trasladar funciones administrativas propias de COMCEL al agente; Literal d) Imponer a los agentes firmar paz y salvos incondicionales a su favor; Literal g) Ocultar la información sobre cuya base liquidaba la comisión por residual; Literal i) Elaborar y diseñar el contenido de las actas de conciliación, compensación y transacción, haciendo aparecer como transados o conciliados temas no discutidos;; Literal k) Bloquear comercialmente a CELLULAR PHONE, no realizando despacho de bienes y productos indispensables para realizar su labor; Literal l) Negarse a entregar a CELLULAR PHONE: (i) Equipos en consignación para promover la venta del servicio de postpago y realizar reposiciones de los mismos; (ii) No entregar sim cards; (iii) No permitir recargas en línea; y (iv) No entregar Kits Prepago, todo de conformidad con las precisiones y términos de la parte motiva del laudo.

VIGÉSIMO SÉPTIMO. Declarar parcialmente próspera la pretensión 24, literal j) de la demanda, consistente en que COMCEL incurrió en incumplimiento tanto de sus obligaciones contractuales, como de sus obligaciones legales, por haber ejecutado conductas abusivas, que constituyen acciones y omisiones violatorias del pacto negocial, que afectaron gravemente los intereses económicos de CELLULAR PHONE, según lo expuesto en la parte motiva del laudo.

VIGÉSIMO OCTAVO. Declarar no próspera la pretensión 24, literales b), e), f) y h) de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva del laudo.

VIGÉSIMO NOVENO. Declarar que por la terminación del contrato, **COMCEL** no perdió la facultad para aplicar penalizaciones y descuentos a **CELLULAR PHONE**, a partir del 1 de junio de 2011, siempre que se aplique a las circunstancias ocurridas antes de la terminación del contrato, según las precisiones señaladas por el Tribunal en la parte motiva del laudo.

TRIGÉSIMO. Declarar que COMCEL es responsable por los perjuicios causados a CELLULAR PHONE por el hecho del incumplimiento del contrato, según los conceptos demostrados en el proceso y que se señalan adelante en esta parte resolutive del laudo.

TRIGÉSIMO PRIMERO. Declarar que, con base en lo establecido en el numeral 2, literales a) y b) del Artículo 1325 del Código de Comercio, CELLULAR PHONE tuvo una JUSTA CAUSA, parcialmente imputable a COMCEL, para dar por terminado unilateralmente el contrato suscrito con esta última.

TRIGÉSIMO SEGUNDO. Declarar que COMCEL está obligado a reconocer y pagar a CELLULAR PHONE la indemnización equitativa consagrada en el inciso 2° del Art. 1324 del Código de Comercio por el hecho de la terminación

del contrato por justa causa parcialmente imputable al empresario, mas no la compensatoria a que se refiere el Artículo 870 del Código de Comercio.

TRIGÉSIMO TERCERO. Declarar que prospera parcialmente la pretensión 29 de la demanda, únicamente en cuanto que el acta de liquidación del contrato elaborada y presentada por **COMCEL** no puede ser tenida como firme, ni definitiva, según las precisiones expuestas en la parte motiva del laudo.

TRIGÉSIMO CUARTO. Declarar no próspera la pretensión 30 de la demanda, la cual consiste en que se ordene a **COMCEL** la cancelación de la totalidad de las garantías, prendas o hipotecas, que **CELLULAR PHONE EXPRESS** constituyó en favor de aquella y con el único propósito de amparar las obligaciones a cargo de ésta, mientras estuviera vigente el contrato.

TRIGÉSIMO QUINTO. Declarar no próspera la pretensión 31 de la demanda, la cual consiste en señalar que **CELLULAR PHONE** cumplió con las obligaciones contempladas en las cláusulas 16 y 17 del contrato, aplicables a la terminación de la relación contractual.

TRIGÉSIMO SEXTO. Declarar que en virtud de la exclusividad pactada contractualmente, **CELLULAR PHONE** no podía prestar a persona distinta de **COMCEL** los servicios relacionados con las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y servicios de posventa.

TRIGÉSIMO SÉPTIMO. Declarar que **COMCEL** tenía una posición de dominio contractual frente a **CELLULAR PHONE** como agente, en las actividades de promoción de la venta del servicio de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y accesorios y la prestación de servicios de posventa.

TRIGÉSIMO OCTAVO. Declarar, en aplicación de los Artículos 95 e inciso final del Artículo 333 de la Constitución Política; 15, 16, 1603 y 2536 del Código Civil; 830 y 871 del Código de Comercio, que **COMCEL** incurrió en abuso contractual, tanto en la celebración de los contratos de Agencia Comercial, a que se refiere esta demanda, como en la ejecución de los mismos, en el entendido de que los abusos son aquellos que se han definido, en tal sentido, en el presente laudo.

TRIGÉSIMO NOVENO. Declarar que los contratos que dieron lugar a la agencia mercantil que vinculó a las partes, fueron por adhesión.

CUADRAGÉSIMO. Declarar que las cláusulas ambiguas u oscuras que existan en los contratos, se interpretan en contra del predisponente, conforme a los criterios establecidos en el Artículo 1624 del Código Civil, aplicable por remisión directa del art. 822 del Código de Comercio y numeral 1º del artículo 95 de la Constitución Política e inciso final del artículo 333 ibídem, conforme a las precisiones contenidas en la parte motiva del laudo.

CUADRAGÉSIMO PRIMERO. Declarar que prospera la pretensión 37 de la demanda, en el entendido de que hay petición concreta de nulidad, invalidez o ineficacia y el Tribunal, en razón de las pruebas y sus propios razonamientos, así lo define en esta parte resolutive del laudo.

CUADRAGÉSIMO SEGUNDO. Anular las cláusulas contractuales identificadas en los siguientes numerales de la pretensión 38 de la demanda: 38.3; 38.4; 38.5; 38.6; 38.7; 38.9; 38.10; 38.11; 38.12; 38.13; y 38.14, según las consideraciones expuestas por el Tribunal en cada caso.

CUADRAGÉSIMO TERCERO. Anular parcialmente la cláusula identificada en el numeral 38.1 de la pretensión 38 de la demanda, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

CUADRAGÉSIMO CUARTO. Declarar no próspera la pretensión 38 de la demanda en los siguientes numerales: 38.2 y 38.8, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

CUADRAGÉSIMO QUINTO. Declarar que prospera parcialmente la pretensión 39 de la demanda, en tanto se declara la nulidad parcial de los numerales 2 y 3 de la parte resolutive de las actas de conciliación, compensación y transacción suscritas por las partes en desarrollo del contrato.

CUADRAGÉSIMO SEXTO. Declarar próspera la pretensión 40 de la demanda, en el entendido de que el supuesto “paz y salvo “, mencionado en el numeral 1 de la parte resolutive de las Actas referidas, solamente es válido en cuanto se refiere a cortes o estimaciones generales, preliminares y básicos aplicables al período que corresponda, y que no impidían la revisión y discusión por las partes.

CUADRAGÉSIMO SÉPTIMO. Declarar que no prospera la pretensión 41 de la demanda, la cual consiste en señalar que COMCEL incumplió con lo pactado en las diferentes ACTAS DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN y TRANSACCIÓN que aparezcan firmadas, al haber efectuado descuentos o aplicado penalizaciones sobre las comisiones transigidas o conciliadas en dichas actas, con posterioridad a la firma de las mismas por hechos anteriores, de conformidad con las consideraciones de la parte motiva del laudo.

CUADRAGÉSIMO OCTAVO. Condenar a **COMCEL** a reconocer y pagar en favor de **CELLULAR PHONE EXPRESS S.A.**, el monto de la prestación derivada del inciso 1º del Art. 1324 del C. de Co., por todo el período de duración de la relación contractual, esto es desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 31 de mayo de 2011.

CUADRAGÉSIMO NOVENO. Condenar a **COMCEL** a pagar en favor de **CELLULAR PHONE** las sumas que han resultado probadas en el proceso por los siguientes conceptos, señalados en la pretensión 43 de la demanda:

Literal c) El valor correspondiente al transporte de dinero y valores pagados a la transportadora **BRINKS**, por la suma de doscientos cinco millones cuatrocientos cincuenta y nueve mil cuatrocientos ochenta y cuatro pesos (\$205,459,484,00). De conformidad con la pretensión 49 de condena, se reconocen intereses moratorios, a la tasa máxima prevista en la ley comercial, desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de ciento veinticuatro millones quinientos veinte mil trescientos cuarenta y seis pesos (\$124,520,346.00).

Literal e) El valor por concepto de la diferencia entre lo pactado en el contrato y el valor efectivamente recibido por **CELLULAR PHONE** por la comisión de **RESIDUAL**, durante toda la vigencia contractual, por la suma de dos mil quinientos doce millones ochenta y dos mil doscientos pesos (\$2.512.082.200.00). De conformidad con la pretensión 49 de condena, se reconocen intereses moratorios, a la tasa máxima prevista en la ley comercial, desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de mil quinientos veintidós millones cuatrocientos sesenta y siete mil doscientos noventa y cuatro pesos (\$1.522.467.294.00).

QUINCUAGÉSIMO. No prospera la pretensión 43 mencionada, respecto de los siguientes conceptos, allí señalados: Literal a); Literal b); Literal c) en cuanto a los valores cancelados a terceros por concepto de los servicios de vigilancia prestados en los CPS; Literal d) y Literal f).

QUINCUAGÉSIMO PRIMERO. No prosperan las pretensiones 44, 45 y 46 de la demanda, consecuenciales al incumplimiento de COMCEL.

QUINCUAGÉSIMO SEGUNDO. De conformidad con la pretensión 42 de la demanda, condenar a COMCEL a reconocer y pagar en favor de CELLULAR PHONE EXPRESS S.A., el monto de la prestación derivada del inciso 1º del Artículo 1324 del Código de Comercio, por todo el período de duración de la relación contractual, esto es, desde el 1 de noviembre de 1997, hasta el 31 de mayo de 2011, según las consideraciones expuestas por el Tribunal al analizar los distintos rubros que conforman la mencionada pretensión. Al respecto, se condena a COMCEL a reconocer y pagar, en favor de CELLULAR PHONE, la suma de mil seiscientos veintiséis millones cuatrocientos dos mil doscientos cuarenta pesos (\$1,626,402,240.00). Así mismo, de conformidad con la pretensión 49 de condena, relativa a los intereses moratorios, el Tribunal los concede a la tasa máxima establecida por la ley comercial, a partir del treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2011) -fecha de terminación del contrato- y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. Según cálculo de los intereses moratorios, con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), éstos ascienden a la suma de novecientos ochenta y cinco millones seiscientos noventa y tres mil novecientos cuarenta y seis pesos (\$985,693,946.00).

QUINCUAGÉSIMO TERCERO. Condenar a COMCEL a pagar a favor de CELLULAR PHONE el valor de la indemnización equitativa conforme a los parámetros establecidos en el 2 inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, por el hecho de la terminación del contrato por JUSTA CAUSA parcialmente imputable a COMCEL, atendiendo la cuantificación pericial y a las consideraciones del Tribunal, por un valor de trescientos tres millones setecientos ochenta y seis mil ciento cincuenta y un pesos (\$303,786,151.00). Se trae la cifra a valor presente, según los criterios técnicos actuariales, al día seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), fecha de expedición del laudo. En consecuencia, el valor a pagar por concepto de la indemnización equitativa, es la suma de cuatrocientos cuarenta millones ochocientos treinta y ocho mil quinientos siete pesos (\$440.838.507.00). De conformidad con la pretensión 49 de la demanda, relativa a los intereses moratorios, el Tribunal concederá dichos intereses, a la máxima tasa establecida por la ley comercial, los cuales se causarán a los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo y hasta cuando se verifique efectivamente el pago. No prospera la solicitud de reconocimiento de la indemnización compensatoria, solicitada por la convocante, según las consideraciones expuestas por el Tribunal.

QUINCUAGÉSIMO CUARTO. No prospera la pretensión 48 de la demanda, en sus distintos literales.

QUINCUAGÉSIMO QUINTO. Por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, prosperan parcialmente las siguientes excepciones, formuladas por COMCEL frente a la demanda de CELLULAR PHONE: “2. Ausencia de los presupuestos para la declaratoria de nulidad de las cláusulas enunciadas por la convocante”; “8. Facultad de COMCEL S.A. para modificar las comisiones.”; “9. Las condiciones de venta y de remuneración fueron pactadas entre las partes durante el desarrollo del contrato”; “11. Compensación”; y “13. Ausencia de legitimación de CELLULAR PHONE Express para dar por terminado el vínculo contractual.”

QUINCUAGÉSIMO SEXTO. Por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, no prosperan las siguientes excepciones, formuladas por COMCEL frente a la demanda de CELLULAR PHONE: “1. Transacción y cosa juzgada de las diferencias surgidas entre CELLULAR PHONE Express y COMCEL”; “3. Prescripción de las acciones derivadas del supuesto contrato de agencia”; “4. Inexistencia del contrato de agencia comercial”; “5. Renuncia de CELLULAR PHONE Express S.A. a las prestaciones propias de la agencia comercial”; “6. Cumplimiento del contrato por parte de COMCEL”; “7. Pago de todas las obligaciones a cargo de COMCEL”; “10. Contravención de los propios actos por parte de CELLULAR PHONE EXPRESS – Venire contra factum proprium non valet”; y “12. Terminación legítima del vínculo contractual por parte de COMCEL”.

QUINCUAGÉSIMO SÉPTIMO. De conformidad con la demanda de reconvencción de COMCEL, declarar que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió para con COMCEL S.A. en virtud del Contrato de Agencia que se instrumentó en los contratos del primero (1) de

noviembre de mil novecientos noventa y siete (1.997) y veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1.999).

QUINCUAGÉSIMO OCTAVO. De conformidad con la demanda de reconvencción de COMCEL, declarar que CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. incumplió las obligaciones que asumió con COMCEL S.A. en virtud del Acuerdo de Pago celebrado entre COMCEL S.A. y CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. el día veintiocho (28) de octubre de dos mil nueve (2.009), en los términos señalados por el Tribunal en la parte motiva del laudo.

QUINCUAGÉSIMO NOVENO. Declarar que prospera parcialmente la pretensión tercera de la demanda de reconvencción de COMCEL, en los términos señalados por el Tribunal en la parte motiva del laudo.

SEXAGÉSIMO. Condenar a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. a pagar a COMCEL S.A., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del laudo arbitral que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero a título de resarcimiento del daño causado, así:

Literal A.- La suma de quinientos millones de pesos (\$500'000.000) valor de los dineros que le quedó adeudando a la terminación del contrato

Literal B.- El valor de los intereses moratorios causados sobre dicha suma desde el día treinta y uno (31) de mayo de dos mil once (2.011) hasta cuando su pago se produzca.

El cómputo de los intereses moratorios, según cálculo con corte al seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), asciende a la suma de trescientos tres millones veintiocho mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$303.028.956.00).

SEXAGÉSIMO PRIMERO. No condenar a CELLULAR PHONE EXPRESS S.A. a pagarle a COMCEL el valor de la cláusula penal pecuniaria prevista en la cláusula 26.2.2 el contrato veinte (20) de abril de mil novecientos noventa y nueve (1999), solicitada en la pretensión cuarta de la demanda de reconvencción bajo el literal C).

SEXAGÉSIMO SEGUNDO. Declarar no próspera la pretensión quinta de la demanda de reconvencción.

SEXAGÉSIMO TERCERO. Por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, prosperan las siguientes excepciones, formuladas por CELLULAR PHONE EXPRESS frente a la demanda de reconvencción de COMCEL: *“Nulidad de la cláusula 26.2 y las que resulten conexas.”; “Improcedencia del cobro de la penal pecuniaria a CELLULAR PHONE”; e “Inexistencia de justa causa alegada por COMCEL para dar por terminado el contrato”.*

SEXAGÉSIMO CUARTO. En consecuencia, anular la cláusula 26.2 del contrato celebrado por las partes el 20 de abril de 1999.

SEXAGÉSIMO QUINTO. Por las razones expuestas en la parte motiva del laudo, no prosperan las siguientes excepciones, formuladas por CELLULAR PHONE EXPRESS frente a la demanda de reconversión de COMCEL: *“Exceptio non adimpleti contractus”*; e *“Inexistencia de incumplimiento por parte de CELLULAR PHONE”*.

SEXAGÉSIMO SEXTO. Declarar próspera la pretensión 49 de la demanda de CELLULAR PHONE respecto de las condenas proferidas en este laudo arbitral, contra COMCEL, en los términos señalados por el Tribunal en cada caso.

SEXAGÉSIMO SÉPTIMO. En atención a la prosperidad de pretensiones formuladas por ambas partes, y dada la prosperidad de la excepción de compensación formulada por COMCEL en los términos indicados por el Tribunal, éste procede a compensar las sumas así: las pretensiones a cargo de COMCEL y a favor de CELLULAR PHONE, ascienden a la suma total de siete mil cuatrocientos diecisiete millones cuatrocientos sesenta y cuatro mil diecisiete pesos (\$7,417,464,017.00), incluyendo los intereses moratorios reconocidos hasta el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), fecha de expedición del laudo; las pretensiones a cargo de CELLULAR PHONE y a favor de COMCEL, ascienden a la suma total de ochocientos tres millones veintiocho mil novecientos cincuenta y seis pesos (\$803.028.956.00), incluyendo los intereses moratorios reconocidos hasta el seis (6) de septiembre de dos mil trece (2013), fecha de expedición del laudo. Por lo anterior, el monto total, resultante de la compensación, favorable a CELLULAR PHONE, a la fecha de expedición del laudo arbitral, es la suma de seis mil seiscientos catorce millones cuatrocientos treinta y cinco mil sesenta y un pesos (\$6,614,435,061.00). Lo anterior, sin perjuicio del reconocimiento de los intereses moratorios que se siguen generando, a partir de la fecha de expedición del laudo, a cada rubro pagadero a CELLULAR PHONE, incluyendo aquel señalado en el numeral quincuagésimo cuarto de la parte resolutive del laudo.

SEXAGÉSIMO OCTAVO. No condenar a las partes al pago de gastos, costas y agencias en derecho.

SEXAGÉSIMO NOVENO. Las sumas concedidas a CELLULAR PHONE, resultantes de la compensación, le deberán ser pagadas a ésta dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral.

SEPTUAGÉSIMO. Disponer que se rinda por la Presidenta del Tribunal la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y que proceda a devolver las sumas no utilizadas, si a ello hubiere lugar según la liquidación final de gastos.

SEPTUAGÉSIMO PRIMERO. Disponer que se entreguen a los árbitros y a la secretaria el saldo de sus honorarios. Los dineros sobrantes serán devueltos por la Presidenta del Tribunal a la convocada y a la convocante por partes iguales.

ACLARACIÓN DE VOTO

Con todo respeto hacia los otros miembros de este Tribunal, me permito aclarar mi voto en relación con el acápite del laudo que se refiere al juramento estimatorio en los siguientes términos:

En el acápite del laudo en el que se hace referencia al juramento estimatorio se expresó:

“Adicionalmente, es pertinente referirse a que la estimación juramentada de las cuantías, efectuada por las partes, es tomada como prueba de su monto cuando la parte contraria no realiza la objeción oportunamente, conforme al artículo 211 del Código de Procedimiento Civil. En criterio del Tribunal, esta consecuencia o efecto procesal sólo se aplica si, en casos como el *sub lite*, el juez ordenase una regulación y allí se estableciese la desproporción frente a la cuantía juramentada, en la medida en que ésta resulte ser notablemente más alta que la arrojada por la regulación, lo cual, según la norma, se da cuando la cuantía estimada supera a la regulada en un 30%. El juramento estimatorio, con o sin objeción de la contraparte, no puede ser entendido como la prueba del monto del daño para todos y cada uno de los efectos del presente proceso, pues dicha circunstancia relevaría al accionante de una carga fundamental, como lo es la demostración del daño y su respectiva cuantificación. De este modo, la pretensión, como tal, se distingue de la estimación juramentada, como incluso lo hace la convocante, en sus pretensiones de condena, cuando establece su monto según los valores que resulten probados en el proceso. Y el Tribunal, por supuesto, debe evaluar las pruebas allegadas al proceso para determinar si hay lugar o no a declarar responsable a un sujeto procesal y condenarlo al pago de unas sumas de dinero.

“En otras palabras, la finalidad del juramento estimatorio que se aplica a este caso, es la de evitar la formulación de demandas temerarias, excesivas o ajenas a la buena fe y lealtad procesal. La protección de estos postulados no puede implicar que se sacrifique el derecho sustancial consistente en demostrar todos los elementos constitutivos de la responsabilidad en el proceso. Tratándose del juramento estimatorio previsto en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, la consecuencia mencionada sería desproporcionada frente a los motivos que inspiraron, al menos inicialmente, dicha figura, máxime si se tienen en cuenta las circunstancias en que se estructuró el debate jurídico-procesal en este caso.”

La suscrita se aparta de la interpretación que del artículo 211, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395 de 2010 ha hecho la mayoría en el párrafo antes transcrito, en los siguientes términos:

- El efecto que se deriva de expresión contenida en el artículo 211 en el sentido de que *“Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo”* no se encuentra vinculado a la eventual regulación que el juez ordene de la cuantía, regulación que en este caso no fue ordenada.

- Tal regulación que ordena el juez, tiene relevancia para efectos de establecer la sanción a la que hay lugar cuando la estimación de la cuantía supera en el 30% tal regulación.
- Desde otro punto de vista, debe tenerse en cuenta que la cuantía es solamente uno de los ingredientes del daño, de manera que la estimación de la misma no releva de la prueba de su acaecimiento.

En vista de que en el artículo 211, que es el que se aplica en el presente caso, no se establece que el valor indicado en el juramento estimatorio constituye una limitante para establecer el monto de la condena, como si se dispone en el artículo 206 del Código General del Proceso, no puede atribuirse ese efecto a la estimación que se ha hecho en la demanda, si se tiene en cuenta que en algunas pretensiones el valor reclamado se defiere al probado en el proceso, sin que la cuantía estimada se haya planteado como el valor de la pretensión.

Es con base en las consideraciones anteriores que se comparte la decisión sobre las condenas adoptadas en este laudo.

ANNE MARIE MÜRRLE ROJAS