

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN

CONTRA

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, D.C., primero (1º) de diciembre de dos mil seis (2006).

El Tribunal de Arbitramento conformado para dirimir en derecho las controversias suscitadas entre **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, profiere el presente laudo arbitral después de haberse surtido en su integridad todas las etapas procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, Decreto 2651 de 1991, Ley 23 de 1991, Ley 446 de 1998 y en el Código de Procedimiento Civil, con lo cual decide con fuerza de cosa juzgada el conflicto planteado en la demanda inicial, demanda de reconvención, y sus respectivas réplicas que militan en el expediente.

CAPÍTULO PRIMERO

ANTECEDENTES

1. Partes y representantes.

En el presente proceso la parte **convocante** es **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN**, sociedad comercial debidamente constituida, domiciliada en esta ciudad y representada legalmente por **EDGAR DAVID VALENCIA VEGA**, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en esta ciudad. Para concurrir al presente proceso, la sociedad convocante otorgó poder especial al Doctor **MARIO SUÁREZ MELO**, abogado en ejercicio a quien previamente este Tribunal le reconoció personería para actuar.

La parte **convocada** es **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**; sociedad comercial debidamente constituida con domicilio principal en esta ciudad, representada legalmente por **ADRIÁN EFRÉN HERNÁNDEZ URUETA**, quien es mayor de edad y tiene su domicilio en esta ciudad. Para concurrir al presente proceso, la sociedad convocante otorgó poder especial al Doctor **HERNÁN FABIO LÓPEZ BLANCO**, abogado en ejercicio a quien previamente este Tribunal le reconoció personería.

2. El pacto arbitral.

El pacto arbitral que sirve de fundamento al presente asunto se encuentra en la cláusula compromisoria incorporada en el contrato celebrado entre las partes el día 17 de marzo de 1999, visible a folios 78 a 113 del cuaderno de pruebas No. 3, cláusula modificada, con el lleno de los requisitos de ley, mediante documento privado de fecha 21 de septiembre de 2004, obrante a folios 146 y 147 del cuaderno principal No. 1, suscrito entre el apoderado judicial de **CONCELULAR S.A.- EN LIQUIDACIÓN** y el representante legal de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, el cual es del siguiente tenor:

**“COMPLEMENTACIÓN A LA CLÁUSULA COMPROMISORIA ARBITRAL
ENTRE COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A. Y CONCELULAR
S.A.**

Entre los suscritos, a saber: **LUCIO ENRIQUE MUÑOZ MUÑOZ**, mayor de edad, vecino de esta ciudad, identificado como aparece al pie de mi firma, actuando en su calidad de Primer Suplente del Representante Legal de la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, sociedad comercial legalmente constituida y con domicilio en la ciudad de Bogotá, D.C., por una parte, y por otra, **MARIO SUÁREZ MELO**, mayor de edad, domiciliado en Bogotá, identificado como aparece al pie de su firma, como apoderado especial de la sociedad **CONCELULAR S.A.** y en virtud del poder conferido por el señor **EDGAR DAVID VALENCIA VEGA**, Representante Legal de la mencionada sociedad y teniendo en cuenta que la sociedad **CONCELULAR S.A.** formuló solicitud de convocatoria a **COMCEL S.A.** para

la conformación de un Tribunal de Arbitramento con base en el contrato suscrito el diecisiete (17) de marzo de 1999, las partes proceden a:

PRIMERO. Modificar la fecha en la cual se llevará a cabo la reunión en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, entre el apoderado de la sociedad CONCELULAR S.A. y la sociedad COMCEL S.A., por lo tanto la Cláusula Compromisoria consignada en la Cláusula Veintinueve (29) denominada “Arbitramento”, que hace parte del contrato identificado en el encabezamiento de este escrito, quedará 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 de común acuerdo por las partes.

Las partes acuerdan que el día **23 del mes de septiembre del año 2004**, a las 8:00 de la mañana, se obligan a presentar cada una, en la sede del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, una lista de diez (10) posibles árbitros, que pueden estar o no incluidos en la respectiva lista del **CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, para conformar el mencionado Tribunal de Arbitramento. **PARÁGRAFO PRIMERO.** Las personas incluidas en las correspondientes listas, no deberán estar incurso en las causales de recusación o impedimento que trata el Artículo 150 del Código de Procedimiento Civil. Así mismo, no debe pertenecer o estar vinculado a oficinas o empresas de abogado que hayan representado judicial o extrajudicialmente a la respectiva parte en los tres (3) años inmediatamente anteriores. **PARÁGRAFO SEGUNDO.** Los nombres que coincidan en ambas listas quedarán nombrados como árbitros de común acuerdo por las partes. Si se llegase a presentar una coincidencia superior a tres (3) nombres, las partes de común acuerdo elegirán entre ellos los tres (3) árbitros; si no hay acuerdo, por sorteo se excluirán los sobrantes. En el evento de coincidir dos (2) nombres, el tercero se sorteará de la lista de los dieciocho (18) restantes. Si coinciden en un solo nombre, se sortearán los dos restantes uno de cada lista presentada por las partes. Si no hay coincidencia en ningún nombre, se sorteará de cada lista un nombre y el tercero se sorteará de la lista de

dieciocho (18) restantes. Los sorteos serán hechos al azar directamente por las partes y sus apoderados teniendo en cuenta las reglas anteriores, pero en la sede del **CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN DE LA CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ**, que elaborará el acta correspondiente.

En caso que el día 24 de septiembre de 2004, los contratantes no hubiesen acordado el nombre de uno o más árbitros, la designación faltante la hará el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá de sus listas de árbitros registrados ante dicha Cámara.

El Tribunal de arbitramento, deberá observar las siguientes reglas:

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

29.2. La organización interna y desarrollo del Tribunal se regirá por las reglas previstas para el efecto en el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

29.3. El Tribunal decidirá en derecho.

29.4. El Tribunal tendrá su domicilio en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

SEGUNDO. Acordar que cada árbitro devengará máximo la suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000.00) MONEDA CORRIENTE, aún cuando exista demanda de reconvenición o de cualquiera otra circunstancia que implique aumento de los honorarios. El Secretario devengará máximo el CINCuenta POR CIENTO (50%) de los honorarios de un árbitro. Las partes se obligan a consignar, dentro del término de ley el valor correspondiente a los gastos y honorarios de los árbitros, que finalmente fije el Tribunal.

TERCERO. Declarar que esta modificación se realiza únicamente respecto de la Cláusula Veintinueve denominada Arbitramento, para efectos del proceso arbitral iniciado por la sociedad **CONCELULAR S.A.** contra la sociedad **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, actualmente en trámite en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, y no altera ninguna otra cláusula.”

3. Convocatoria del Tribunal, designación de los árbitros y etapa introductoria del proceso.

La integración del Tribunal de Arbitramento convocado, se desarrolló de la siguiente manera:

3.1. La demanda fue presentada inicialmente, junto con sus anexos el día 24 de agosto de 2004 ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien en desarrollo de las disposiciones procesales correspondientes y del pacto arbitral invitó a las partes a la reunión de designación de árbitros, la cual finalmente se concretó y desarrolló el día 23 de septiembre de 2004 (Fls. 147 y 148 Cdno. Ppal. No. 1), con la presencia de los apoderados de las partes y del representante legal de la convocante, quienes de común acuerdo decidieron designar como árbitros a los Doctores **CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA** y **GABRIEL JAIME ARANGO RESTREPO**, todos los cuales en forma oportuna aceptaron su designación, tal como consta en el expediente.

3.2. Cumplido lo anterior, el día 3 de noviembre de 2004 (Fls. 174 a 176 Cdno. Ppal. No. 1) se llevó a cabo la audiencia de instalación del Tribunal de Arbitramento, en donde se designó presidente del Tribunal y secretario. Este último de manera oportuna aceptó su designación y tomó debidamente posesión de su cargo de acuerdo con lo señalado por el artículo 20 del Decreto 2279 de 1989. Igualmente el Tribunal determinó de acuerdo con el pacto compromisorio, que su sede de funcionamiento y secretaría sería el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

3.3. En esa misma audiencia, dando cumplimiento a lo pactado por las partes en la cláusula compromisoria y siguiendo las pautas y límites allí plasmados, el Tribunal fijó los valores correspondientes a honorarios y gastos, que fueron pagados por las partes en la proporción y términos establecidos en la Ley.

3.4. Consignadas en su oportunidad las sumas correspondientes a honorarios y gastos, el Tribunal mediante auto No. 2 suspendió la decisión sobre la admisión a trámite de la demanda y concedió a la parte convocante

el término de cinco días para subsanar la deficiencia advertida, a lo cual procedió oportunamente el extremo demandante el día 14 de diciembre de 2004, procediendo además a sustituirla y presentar un nuevo ejemplar de la misma para “*una mayor claridad y comprensión*”, razón por la cual mediante auto No. 3 de fecha 19 de enero de 2005, aquella se admitió y se ordenó correr traslado a la parte convocada por el término legal de diez días. (Fls. 397 y 398 Cdno. Ppal. No. 1).

3.5. Notificada debidamente de la admisión de la demanda, la convocada **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** le dio oportuna contestación el 7 de febrero de 2005, aceptando algunos hechos, negando otros, proponiendo excepciones de mérito y, además, formuló en escrito aparte demanda de reconvención contra la convocante inicial. Así mismo, acompañó documentos para que fueran valorados como pruebas y solicitó el decreto y práctica de otras (Fls. 401 a 454 Cdno. Ppal. No. 1).

3.6. Admitida la demanda de reconvención mediante auto No. 4 de fecha 11 de febrero de 2005 (Fls. 447 y 448 Cdno. Ppal. No. 1), la parte convocante le dio oportuna contestación, negando los hechos, oponiéndose a la prosperidad de la misma y formulando excepciones de mérito. Tanto de dichos medios exceptivos como de las propuestas por la convocada contra la demanda inicial, se corrió traslado a las partes por el sistema de fijación en lista de que trata el artículo 108 del C. de P.C. por el término de 5 días, traslado dentro del cual únicamente se pronunció la convocante.

3.7. Mediante auto No. 5 (Fls. 16 y 17 Cdno. Ppal. No. 2) el Tribunal citó a las partes y a sus representantes a la audiencia de conciliación prevista por el artículo 432 del C. de P.C., señalándose que en caso de que no se transigiera sobre la totalidad del litigio, el Tribunal en esa misma fecha llevaría a cabo la primera audiencia de trámite de que trata el artículo 124 de la Ley 446 de 1998, por ser ésta la etapa procesal subsiguiente.

3.8. La audiencia de conciliación se llevó a cabo el día 5 de abril de 2005 (Fls. 20 a 29 Cdno. Ppal. No. 2), con la presencia de los representantes legales de las sociedades en litigio y de sus apoderados judiciales. Durante el desarrollo de la misma el Tribunal instó a las partes a llegar a un acuerdo

directo que le ponga fin a la controversia, habiéndose declarado fracasada la etapa de conciliación luego de que las partes manifestaron su determinación de continuar con el proceso, habiendo escuchado las mutuas propuestas realizadas y las fórmulas planteadas por el Tribunal.

4. Primera audiencia de trámite, etapa probatoria y alegaciones finales.

4.1. Fracasada la etapa conciliatoria, inmediatamente en esa misma audiencia, esto es, la celebrada el 5 de abril de 2005, se surtió la primera audiencia de trámite, donde luego de dar lectura al pacto arbitral y a las cuestiones sometidas a arbitraje, el Tribunal, mediante auto No. 6 se declaró competente para tramitar y decidir el litigio sometido a su conocimiento, providencia que cobró ejecutoria.

4.2. La primera audiencia de trámite continuó su desarrollo el día 24 de junio de 2006 (Fls. 46 a 52 Cdo. Ppal. No. 2), decretándose las pruebas oportunamente solicitada por las partes, tanto en la demanda inicial como en la contrademanda y respectivas réplicas, así como en las demás oportunidades probatorias establecidas, habiéndose practicado de la siguiente manera:

4.2.1. Se practicaron los testimonios de DIEGO ALEJANDRO CAMACHO DOMINGUEZ, CARLOS MARIO GAVIRIA CASTELLANOS, ANA PATRICIA SANABRIA HIGUERA, HUGO HERNÁN ROMERO GARZÓN, MARINA CUARTAS ECHAVARRÍA, CEFERINO MORENO GUERRERO y JORGE ANDRÉS VILLALBA GÓMEZ, cuyas declaraciones fueron grabadas en audiencia y transcritas, para luego sus versiones escritas ser puestas en conocimiento de las partes e incorporadas al expediente en la forma prevista por el artículo 109 del C. de P.C.

4.2.2. Los representantes legales de las sociedades convocante y convocada, absolvieron los interrogatorios de parte que les fueron formulados en audiencia, declaraciones que igualmente fueron grabadas, transcritas, puestas en conocimiento de las partes e incorporadas al expediente en la forma prevista por el ordenamiento procesal.

4.2.3. Por solicitud de la parte convocante se libraron los siguientes oficios a distintas entidades y autoridades públicas, así como personas jurídicas de derecho privado:

OFICIO	DESTINATARIO	RESPUESTA
01 - 05	Ministerio de Comunicaciones	Fls. 215 a 491 Cdno. de Pruebas No. 9
02 - 05	Comisión de Regulación de Telecomunicaciones	Fl. 279 Cdno. de Pruebas No. 7
03 - 05	Superintendencia de Industria y Comercio (División de Protección al Consumidor)	Fls. 211 y 212 Cdno. de Pruebas No. 9
04 - 05	Notaría Quinta del Círculo de Bogotá	Fl. 280 Cdno. de Pruebas No. 7
05 - 05	Revisores Fiscales de Comcel S.A.	Fls. 362 – 363 Cdno. Ppal. No. 2
06 - 05	City Bank Colombia	Fls. 210, 213 y 214 Cdno. de Pruebas No. 9.

4.2.4. Con fecha 26 de julio de 2005 se practicó en las instalaciones de **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos, prueba decretada a instancia de la parte convocante, en cuyo desarrollo el Tribunal tuvo oportunidad de examinar los documentos objeto de la prueba y las partes acordaron revisar conjuntamente algunos de ellos y aportarlos al expediente, lo cual efectivamente se hizo.

4.2.5. El día 5 de agosto de 2005 se practicó en las instalaciones de **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos, decretada por solicitud de la parte convocada, en cuyo desarrollo el Tribunal tuvo oportunidad de examinar los documentos objeto de la prueba y las partes acordaron revisar conjuntamente algunos de ellos y aportarlos al expediente, lo cual efectivamente se hizo.

4.2.6. Se decretaron dos dictámenes periciales, uno referido a asuntos técnicos, solicitado por la parte convocante, y otro en asuntos económicos, solicitado por ambas partes. Para elaborar el dictamen de carácter técnico las partes de común acuerdo, con apoyo en la Ley, acordaron designar a JULIO E. LÓPEZ MEDINA; mientras que para la confección del dictamen económico, de común acuerdo designaron a JORGE TORRES LOZANO. Los peritos aceptaron su designación, se posesionaron oportunamente y presentaron sus respectivos dictámenes, los cuales fueron adicionados y aclarados por solicitud de las partes. Ninguno de las experticias en mención, fue objetada y los auxiliares, en su momento, rindieron cuentas comprobadas de la destinación de los dineros que les fueron entregados por las partes a título de gastos de pericia y sus honorarios fueron debidamente pagados por las partes en las cuantías fijadas por el Tribunal.

4.3. Habiéndose practicado las pruebas decretadas, el Tribunal clausuró la etapa probatoria y señaló fecha y hora para la audiencia de alegaciones. El día 19 de octubre de 2006, las partes presentaron sus conclusiones finales en forma oral y los resúmenes escritos de las mismas obran en el expediente.

5. Término de duración del proceso.

El término de duración del presente proceso por mandato del artículo 103 del Decreto 2651 de 1991 es de seis meses, como quiera que las partes no pactaron nada distinto al respecto, término cuyo cómputo inicia a partir de la finalización de la primera audiencia de trámite, esto es, el día 24 de junio de 2005. (Fls. 46 a 52 del Cdno. Ppal No. 2). A dicho término, por mandato de la norma en mención, deben adicionarse los siguientes días durante los cuales el proceso estuvo suspendido por solicitud expresa de las partes:

Auto que la decretó	Fechas que comprende la suspensión	Días hábiles suspendidos
Auto No. 12	8 de agosto hasta el 15 de noviembre de 2005 (Ambas fechas inclusive)	67
Auto No.	1° de diciembre de 2005 hasta 15 de	53

14	febrero de 2006 (Ambas fechas inclusive)	
Auto No. 15	1° de marzo de 2006 hasta el 16 de abril de 2006 (Ambas fechas inclusive)	29
Auto No. 17	9 de mayo hasta el 19 de junio de 2006, ambas fechas inclusive.	28
Auto No. 19	17 de agosto hasta 10 de octubre de 2006, ambas fechas inclusive.	38
Auto No. 20	11 de octubre y 18 de octubre de 2006 (Ambas fechas inclusive)	5
Auto No. 21	20 de octubre y 22 de noviembre de 2006 (Ambas fechas inclusive)	22
TOTAL		242

En consecuencia, al sumarle 242 días hábiles durante los cuales el proceso ha estado suspendido, el término se extiende hasta el 20 de diciembre de 2006.

Por lo anterior, el presente laudo se profiere oportunamente con arreglo a la ley.

CAPÍTULO SEGUNDO

SÍNTESIS DE LA CONTROVERSIA

1. Las pretensiones de la demanda inicial.

Mediante escrito radicado el 14 de diciembre de 2004 en la secretaría del Tribunal, **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** sustituyó su demanda inicial, formulando las siguientes pretensiones, tanto principales como subsidiarias, organizadas en capítulos, así:

“PRETENSIONES PRINCIPALES

CAPITULO I. PRETENSIONES REFERIDAS A LA NATURALEZA DEL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO

PRIMERA: Que se declare que entre **COMCEL**, como agenciado y **CONCELULAR S. A.**, como agente se celebró y ejecutó un contrato de Agencia Comercial para promover la venta de servicios y bienes de la sociedad demandada.

SEGUNDA: Que como consecuencia, se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLAUSULA 4. “NATURALEZA Y RELACION ENTRE LAS PARTES”** del contrato que suscribieron **COMCEL** y **CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999, especialmente la parte que se subraya, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de **COMCEL**, cláusula que en lo pertinente reza:

a) CLÁUSULA 4. NATURALEZA Y RELACIONES DE LAS PARTES.

“El presente contrato es de distribución”.

“Nada de 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 presentarse a 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 esta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y condiciones establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas”. (subrayado fuera de texto).

TERCERA: se declare la invalidez o la ineficacia de la cláusula “**30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTO**”, “**ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6**” y “**ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral II. Párrafo Final**”, del contrato que suscribieron **COMCEL** y **CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante, y, por ende, la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de **COMCEL**, cláusula que en lo pertinente reza:

a) CLÁUSULA 30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTOS. “...Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.

b) ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6: “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por

cualquier causa o concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.

c) Anexo G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral II. Párrafo Final. Que reza: “ Del ahorro por descuentos que recibe EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el 20% del mismo, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza...”.

CUARTA: Que por el hecho de la terminación del contrato, se condene a **COMCEL** a pagar a favor de la demandante, **CONCELULAR**, la suma de dinero, cuya cuantía se demuestre dentro del proceso, actualizando las comisiones recibidas y las que debió recibir mes a mes con el interés bancario corriente a mayo del 2004, por concepto de la prestación establecida en el inciso 1º del Art. 1324 del Código del Comercio, hasta el 16 de marzo de 2005, fecha en la cual se tenía prevista la terminación del contrato por renovación, o en subsidio, hasta el 4 de mayo de 2004, fecha en la cual se dio por terminado el contrato por justa causa imputable a **COMCEL**.

QUINTA: En subsidio de la pretensión **TERCERA** anterior y en caso que se acepte que las citadas cláusulas son válidas, que se declare que **COMCEL** no pagó a **CONCELULAR** el valor equivalente al 20% sobre el total de los valores facturados y los que se debió facturar a lo largo de la relación contractual, por concepto del pago anticipado, conforme se estableció en dichas cláusulas.

SEXTA: En consecuencia de la pretensión anterior y en subsidio de la pretensión **CUARTA** del presente capítulo, que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de **CONCELULAR** el valor equivalente al 20% sobre el total de las comisiones por activación, por residual, por la venta de la tarjeta prepago amigo; así como por los negocios directos realizados por **COMCEL**, durante la totalidad de la relación contractual existente entre las partes.

SEPTIMA: Igualmente, y por el hecho de la terminación unilateral por justa causa, que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de la demandante, **CONCELULAR**, la suma de dinero cuya cuantía se demuestre dentro del proceso, por concepto de la indemnización establecida en el inciso 2° del Art. 1324 del Código del Comercio. Para efectos de su cuantificación, se deberá tener en cuenta los criterios establecidos por la citada norma, incluyendo además el valor de la totalidad de los dineros que por concepto del **PLAN CO-OP** desembolsó **CONCELULAR** a lo largo de la relación contractual, cuyo reembolso también debe ser decretado

OCTAVA: Que las cifras que han de servir de base para determinar el monto de las prestaciones a que se refieren los incisos 1° y 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, sean traídas, cada una de ellas, a valor presente, es decir, a la fecha en que se realice el correspondiente cálculo.

CAPITULO II. PRETENSIONES REFERIDAS A LA RENOVACION DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

PRIMERA: Que se declare que el contrato de Agencia Comercial que celebraron y ejecutaron **COMCEL** y **CONCELULAR**, por el término inicial de tres (3) años contados a partir del 17 de marzo de 1999, se renovó automáticamente a su vencimiento en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial, es decir que su vigencia se extendió hasta el 16 de marzo de 2005.

SEGUNDA: Que como consecuencia se declare la invalidez o la ineficacia de la CLAUSULA 5. “VIGENCIA DEL CONTRATO” Numeral 5.1 del contrato que suscribieron **COMCEL** y **CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de **COMCEL**, cláusula que en lo pertinente reza:

CLÁUSULA 5. VIGENCIA DEL CONTRATO. Numeral 5.1. En la parte que reza: “... Pero únicamente continuará vigente por periodos 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 de terminación, por lo menos con 15 días comunes de anticipación a la fecha del vencimiento del correspondiente período mensual”.

CAPITULO III. PRETENSIONES REFERIDAS A LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA

PRIMERA: TERMINACIÓN DEL CONTRATO. Que se declare que por **JUSTA CAUSA** imputable a **COMCEL, CONCELULAR**, dió por terminado unilateralmente el contrato de Agencia Comercial a partir del 4 de Mayo de 2004.

SEGUNDA: Que, en consecuencia, se declare que **CONCELULAR** ejerció válidamente el **DERECHO DE RETENCION y PRIVILEGIO** en los términos indicados en el artículo 1326 del Código de Comercio sobre los bienes y valores de **COMCEL**, que se encontraban a su disposición en el momento de la terminación del contrato.

TERCERA: Que como consecuencia se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLÁUSULA 16. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN. Numeral 16.4** del contrato que suscribieron **COMCEL** y **CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999, pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante y, por ende, la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de **COMCEL**, cláusula que en lo pertinente reza:

“CLÁUSULA 16. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN. Numeral 16.4: “COMCEL no será responsable para con el DISTRIBUIDOR ni para con sus centros o puntos de venta, canales de distribución o subdistribución ni para 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”.

CUARTA Que, como consecuencia de lo anterior, que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de la demandante, **CONCELULAR**, los perjuicios que se le causaron por el hecho de la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial, por JUSTA CAUSA imputable a **COMCEL**, perjuicios que se concretan en primer término, por el daño emergente causado, entre otros aspectos y en especial por:

a) El valor pagado por concepto de la indemnización por terminación de los contratos laborales.

b) El valor pagado por indemnizaciones y cláusulas penales a los arrendadores de los locales comerciales en donde funcionaba **CONCELULAR**.

c) Por el valor de la empresa, teniendo en cuenta que estaba en pleno funcionamiento y por el hecho de la terminación del contrato se paralizó.

QUINTA: Así mismo, que se condene a **COMCEL** a pagar a favor de la demandante, **CONCELULAR**, los perjuicios que se le causaron por el hecho de la terminación anticipada del contrato de Agencia Comercial, por JUSTA CAUSA imputable a **COMCEL**, perjuicios que se concretan en segundo término, por el lucro cesante causado, en especial, por:

a) El valor de las COMISIONES por ACTIVACION dejadas de recibir por **CONCELULAR**, a partir de la terminación del contrato por justa causa imputable a **COMCEL**, es decir, desde el 5 de mayo de 2004 hasta el día 16 de marzo de 2005, fecha para cuando estaba prevista la expiración de la vigencia del contrato por renovación, teniendo en cuenta el promedio de la facturación que efectuó **CONCELULAR** para el servicio de telefonía móvil celular tomando como referencia el correspondiente al último período en que se renovó el contrato, es decir del 17 de marzo de 2002 al 4 de mayo de 2004, o el promedio de facturación durante el término que señale el Tribunal, según los valores que ha debido recibir conforme al contrato.

b) El valor de las COMISIONES o DESCUENTOS por promoción de TARJETA PREPAGADA AMIGO dejadas de recibir por **CONCELULAR** a partir de la terminación del contrato por justa causa imputable a **COMCEL**, es decir, desde el 5 de mayo de 2004 hasta el día 16 de marzo de 2005, fecha para cuando estaba prevista la expiración de la vigencia del contrato; teniendo en cuenta el promedio de la facturación que efectuó **CONCELULAR**; tomando como base el correspondiente al último período en que se renovó el contrato, es decir del 17 de marzo de 2002 al 4 de mayo de 2004, o el promedio de facturación sobre el término que señale el Tribunal.

c) El valor de las COMISIONES por RESIDUAL dejadas de recibir por **CONCELULAR** a partir de la terminación del contrato por justa causa imputable a **COMCEL**, es decir, desde el 5 de mayo de 2004 hasta el día 16 de marzo de 2005, fecha para cuando estaba prevista la expiración de la vigencia del contrato, teniendo en cuenta el promedio de la facturación de los abonados que debió efectuar **CONCELULAR** por el Servicio de Telefonía Móvil Celular, tomando como referencia el correspondiente al último período en que se renovó el contrato, es decir del 17 de marzo de 2002 al 4 de mayo de 2004 o el promedio de facturación durante el término que señale el Tribunal.

d) El valor de las COMISIONES por LOS NEGOCIOS DIRECTOS por activaciones y residual en los planes básicos prepago y pospago y por ventas del Producto Prepagado Amigo, efectuados por **COMCEL** a que tiene derecho **CONCELULAR** no sólo durante toda la vigencia del contrato de Agencia Comercial, sino a partir de la terminación del contrato por justa causa imputable a **COMCEL**, es decir, a partir del 5 de mayo de 2004, hasta el día 16 de marzo de 2005, fecha para cuando estaba prevista la expiración de la vigencia del contrato por renovación, teniendo en cuenta el promedio de la facturación de los NEGOCIOS DIRECTOS que efectuó **COMCEL**, tomando como referencia el correspondiente al último período en que se renovó el contrato, es decir del 17 de marzo de 2002 al 4 de mayo de 2004, dentro de la totalidad del territorio asignado a **COMCEL** o sobre el promedio de la facturación durante el término que señale el Tribunal.

CAPITULO IV. PRETENSIONES REFERIDAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL

PRIMERA: Que se declare que la sociedad demandada **COMCEL** incumplió en forma grave y reiterada el contrato de Agencia Comercial, por los siguientes aspectos:

- a) No haber pagado las comisiones pactadas (por activación y por residual), en algunos casos (por ejemplo, en programas de “combos”; por “no cumplir condiciones” o “sin fecha de legalización” o “fecha de recepción fuera de condiciones”).
- b) No haber pagado el valor total de las comisiones pactadas (por activación y residual) en otros.
- c) Haber disminuido unilateralmente el monto de las comisiones por activaciones tanto en los planes de prepago, como en los planes de pospago.
- d) Haber disminuido unilateralmente el porcentaje de la comisión por residual en los planes de pospago, y no haber pagado el residual en los planes de prepago.
- e) Haber disminuido unilateralmente las comisiones por la realización de descuentos por concepto de desactivaciones (claw back), por bajo consumo de los abonados, por multas, penalizaciones e inconsistencias documentales.
- f) No haber pagado las comisiones por concepto de los negocios directos efectuados por **COMCEL** en el territorio correspondiente a ésta.
- g) Haber disminuido unilateralmente las comisiones (descuentos) por la comercialización de las tarjetas prepagadas.
- h) Haber impuesto condiciones discriminatorias a **CONCELULAR** en comparación con otros de sus agentes comerciales.

- i) No haber pagado las comisiones ya causadas, al momento de la terminación del contrato.

- j) No haber pagado el valor de las comisiones (por activación y por residual) en algunos casos de promociones especiales, cuyo volumen impedía la legalización de los documentos dentro del término establecido arbitrariamente por **COMCEL**, no obstante que COMCEL activaba el servicio y se beneficiaba de él

- k) No haber pagado el valor de las comisiones cuando se presentaban fallas en el sistema poliedro. En estos eventos **COMCEL** establecía comisión CERO.

- l) Por imponer a los agentes la obligación de asumir el costo total o parcial de productos, para la promoción del servicio, lo que implicaba una disminución en el valor de las comisiones.

- m) Haber trasladado al agente durante la vigencia del contrato, funciones administrativas, obligándolo a asumir los costos correspondientes.

SEGUNDA: Que como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato, se condene a **COMCEL** a pagar a favor de la demandante, **CONCELULAR**, (i) el valor total de las comisiones completas a que tiene derecho por la totalidad de las activaciones realizadas; (ii) por el valor del residual generado por la totalidad de los abonados en planes prepago y pospago; (iii) el valor de las comisiones por activación y residuales generados por los negocios directos efectuados por **COMCEL**, en la proporción que le corresponda a **CONCELULAR** dentro de la totalidad del territorio correspondiente a **COMCEL** y (iv) por el valor dejado de pagar por concepto de comisiones por la venta de Tarjetas Prepagadas Amigo y durante todo el tiempo que duró la relación comercial. Estos valores se discriminan de la siguiente manera:

- a) Por el valor que resulte probado dentro del proceso por concepto de la diferencia existente entre el valor total de las comisiones **POR ACTIVACION** que se causaron según la escala de pagos pactada en el contrato (**ANEXO A**)

y el valor de **LAS COMISIONES POR ACTIVACION**, efectivamente pagadas por **COMCEL**.

b) En subsidio de la pretensión a) anterior, que se reintegre a **CONCELULAR**, las sumas que **COMCEL** retuvo indebidamente a lo largo del contrato por otros conceptos, tales como: descuentos, deducciones, retenciones, compensaciones, multas, sanciones conexas con las comisiones (CLAW-BACK), no presentación oportuna de documentos, fallas en el sistema poliedro, CALDIST, todo según lo que se demuestre en el desarrollo de este proceso.

c) Por el valor que resulte probado por concepto de la diferencia entre lo pactado en el contrato (**ANEXO A**) y el valor efectivamente recibido por **CONCELULAR** por la comisión del **RESIDUAL**.

d) Por el valor que resulte probado por concepto de la diferencia entre el valor pactado en el contrato (**ANEXO “G”.- TARJETA PREPAGADA AMIGO**) y el valor efectivamente recibido por **CONCELULAR** por comisiones o descuentos, sobre las ventas del producto Tarjetas Prepagada Amigo.

e) Por las sumas correspondientes a los mayores costos en que incurrió **CONCELULAR** por la ejecución de funciones administrativas que correspondían a **COMCEL**, según lo que se demuestre en desarrollo del proceso.

f) Por las sumas que proporcionalmente corresponden a **CONCELULAR** por los negocios directos que realizó **COMCEL**, durante la vigencia del contrato en la totalidad del territorio asignado a **COMCEL** y su respectivo residual.

g) El valor que resulte probado por concepto de la disminución del volumen de ventas de Tarjetas Prepagadas Amigo, en razón de las limitaciones discriminatorias impuestas por **COMCEL**.

h) Por el valor total de las comisiones causadas y dejadas de pagar por **COMCEL** al momento de la terminación del contrato.

CAPITULO V. PRETENSIONES REFERIDAS A LA DECLARATORIA DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE, A LA CONSIGUIENTE INDEMNIZACION Y A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DE VARIAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.

PRIMERA: Que se declare, en aplicación del Art. 830 del C. de Co., que **COMCEL** incurrió en abuso del derecho y en ejercicio abusivo de su posición dominante, tanto en la celebración del contrato de Agencia Comercial, como en la ejecución del mismo.

SEGUNDA: Que por el hecho de haber incurrido **COMCEL** en abuso del derecho y en abuso de su posición dominante, tanto en la celebración del contrato de Agencia Comercial, como en la ejecución del mismo, se declare además de la invalidez o la ineficacia de las cláusulas transcritas en la PRETENSIÓN SEGUNDA y TERCERA del CAPITULO I, en la PRETENSIÓN SEGUNDA del CAPÍTULO II, en la PRETENSIÓN TERCERA del CAPITULO III, la invalidez o la ineficacia las cláusulas que se indican a continuación y que forman parte del contrato que suscribieron **COMCEL** y **CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999, y de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de **COMCEL**, cláusulas que en lo pertinente rezan:

a) CLÁUSULA 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.”

b) CLÁUSULA 14. MARCAS. Párrafo último: “Por consiguiente, aún cuando las partes expresamente han excluido la 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 la 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 reconvención alguno al que se renuncia expresamente...”.

c) CLÁUSULA 16. EFFECTOS DE LA TERMINACIÓN. Numeral 16.4: “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 o 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.”

d) CLÁUSULA 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 contraigan entre ellos ni con respecto de terceros por daños y perjuicios directos o indirectos, incluyendo, entre otras, pérdidas de negocios o pérdidas financieras.”

e) CLAUSULA 27. ASPECTOS GENERALES, párrafo primero: “Este Contrato constituye el Acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo y reemplaza todos los acuerdos anteriores, si los hubiere. Entre las partes no existen acuerdos verbales o escritos, ni entendimientos o declaraciones verbales o escritas diferentes a los aquí estipulados. En caso de que alguna disposición de este Contrato fuere declarada inválida, el resto de las disposiciones continuarán obligatorias para las partes”.

f) CLÁUSULA 30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTOS. La cual establece: “EL DISTRIBUIDOR. Autoriza, expresa, espontánea e irrevocablemente a COMCEL para deducir, descontar o compensar de sus acreencias cualquier suma de dinero que por cualquier concepto adeude o deba, se cause o llegue a causarse o haya asumido o garantizado en la actualidad o a futuro a COMCEL. Por cuanto, los eventuales créditos a favor de EL DISTRIBUIDOR, son de percepción sucesiva, sólo se entenderá para todos los efectos legales que existe algún crédito a su favor, cuando realizadas las imputaciones por los distintos conceptos y, hechas las deducciones y descuentos de los gastos, costos y cargos y demás obligaciones que debe asumir en virtud de este contrato, resulte saldo a su favor”.

“Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y saldos a cargo de cada una y se otorgue un paz y salvo parcial. Quince (15) 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”.

g) ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 1° párrafo 2°: “Se entiende y acuerda expresamente que no se pagará comisión alguna, además de los casos previstos en el contrato, si un Abonado es activado al Servicio y desactivado dentro de los doce (12) meses siguientes de la activación. Así mismo, únicamente se causará dicha comisión, si el

Abonado permanece en la red durante los doce (12) meses siguientes al mes de activación. Si el Abonado sale de la red de COMCEL durante dicho período de 12 meses, COMCEL debitará al DISTRIBUIDOR una cifra igual a la que le hubiere cancelado por comisión, de las comisiones que deba pagarle”.

h) ANEXO A. “PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. En la parte que reza: “... 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”.

i) ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 5º: En la parte que reza: “EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones pagadas hasta la fecha de la terminación”.

j) ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6º: “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.

k) ANEXO C. “PLAN CO-OP”. Numeral 5: IMPUTACIÓN DE LOS DINEROS DEL FONDO DEL PLAN CO-OP. “...EL DISTRIBUIDOR, 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 Distribuidor a la terminación del contrato de distribución”.

1) ANEXO F. ACTA DE CONCILIACION, COMPENSACION Y TRANSACCION.

Numerales 4° y 5°:

“4° Las partes reiteran que la relación jurídica que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación diferente a las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o por el contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se celebra la transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, 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 1324 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 renunciar 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 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 pueden surgir (sic) como consecuencia.”

m) ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral V. DESCUENTOS. En la parte que expresa que EL DISTRIBUIDOR “...reconoce y acepta que es prerrogativa de COMCEL definir y modificar en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por venta del Producto Prepagado AMIGO”.

n) ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XI. **TERMINACIÓN ANTICIPADA:** En la parte expresa: “Además las causales previstas en la Cláusula 15 de este contrato, COMCEL podrá dar por terminada anticipadamente la distribución de EL PRODUCTO PREPAGADO, sin expresión de causa, sin ninguna responsabilidad, con el único requisito de dar aviso por escrito con una anticipación de treinta días (30) a la fecha de terminación solicitada”.

o) ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XII. **TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. PARÁGRAFO 2.:** En la parte que reza “ ... Sin que El DISTRIBUIDOR pueda ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de COMCEL por designarlo distribuidor. EL DISTRIBUIDOR reconoce que la distribución implica y conlleva el acceso a la tecnología de COMCEL, el aprovechamiento de su infraestructura, nombre y good will, y, 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 y, sólo en estas hipótesis, en pago de los conceptos anteriores, 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 tres últimos años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante”.

p) ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XIII. **CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTOS.** En la parte que reza “ ... EL DISTRIBUIDOR, autoriza, expresa, espontánea e

irrevocablemente a COMCEL para deducir, descontar, o compensar de sus acreencias, cualquier suma de dinero que por cualquier concepto adeude o deba, se cause o llegare a causarse o haya consumido o garantizado en la actualidad o a futuro a COMCEL. Por cuanto, los eventuales créditos a favor de EL DISTRIBUIDOR son de percepción sucesiva, sólo se entenderá para todos los efectos legales que existe algún crédito a su favor, cuando realizadas las imputaciones por los distintos conceptos y, hechas las deducciones y descuentos de los gastos, costos y cargos y demás obligaciones que debe asumir en virtud de este contrato, resulte saldo a su favor. Durante la vigencia de este contrato, cada tres (3) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada uno y se otorgue paz y salvo parcial. Diez (10) días antes del término de la duración, COMCEL, remitirá el acta de conciliación y, sino recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores caducará el derecho de EL 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 cualquiera sean”.

q) ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XIV. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN. Numeral 4°. “En todo caso, la relación jurídica de distribución se regula en su totalidad o los términos y condiciones pactados en el contrato de distribución...”

r) OTROSI AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN de fecha Septiembre 21 de 2001 modificadorio del Anexo A, PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR Numeral 7, párrafo segundo: “Se entiende y acepta que los planes prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión de residual...”.

TERCERA: Que como consecuencia del acogimiento favorable de las pretensiones anteriores del presente **CAPITULO**, se declare que las mencionadas cláusulas no produjeron efectos jurídicos entre las partes.

CUARTA: Que como consecuencia del acogimiento favorable de la **PRETENSION PRIMERA** del presente **CAPITULO**, se condene a **COMCEL** a pagar a **CONCELULAR**, el valor de los perjuicios causados y que se demuestren en el proceso, distintos del daño emergente y lucro cesante

QUINTA: DECLARATORIA DE INVALIDEZ O INEFICACIA DE LAS ACTAS DE CONCILIACION, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN. Así mismo, que en virtud de la declaraciones solicitadas en las pretensiones del presente **CAPÍTULO**, se declare la invalidez o ineficacia de las diferentes Actas de Conciliación, Compensación y Transacción que en cualquier tiempo hayan sido suscritas por las partes; así como la de cualquier otro documento que haya sido suscrito como consecuencia, directa o indirecta, de una conciliación, compensación o transacción entre las partes.

SEXTA: DECLARATORIA DE VALIDEZ CONDICIONADA. En el evento en que la pretensión SEGUNDA del presente **CAPÍTULO**, no fuere acogida, **en subsidio**, solicito se declare que las estipulaciones contractuales a que ella se refiere, tienen validez condicionada a que su aplicación no ocasione perjuicio económico alguno a **CONCELULAR** y, por ende, son de uso restringido, y en todo caso, se interpreten y apliquen en la forma más favorable a **CONCELULAR**, como parte débil de la relación contractual.

CAPITULO VI. CONDENA AL PAGO DE INTERESES Y/O CORRECCIÓN MONETARIA

PRETENSION ÚNICA: Que en todas las condenas en dinero que imponga el Tribunal a favor de mi representada **CONCELULAR** y en contra de **COMCEL**, se condene igualmente, desde que las respectivas obligaciones se hayan hecho exigibles y hasta que el pago se verifique: 1) En primer lugar, al pago de los intereses de mora a la tasa máxima establecida por la ley comercial; 2) en subsidio de la anterior, a la tasa de los intereses corrientes Bancarios; 3) en subsidio de las dos anteriores, se condene al pago de la indexación o la

corrección monetaria sobre dichas sumas de dinero, desde que las respectivas obligaciones se hayan hecho exigibles y hasta que el pago se verifique, y 4) en subsidio de todas las anteriores a la tasa que el H. Tribunal tenga a bien fijar.

CAPITULO VII. CONDENA EN COSTAS

PRETENSIÓN ÚNICA: Que se condene en costas del proceso arbitral a la demandada **COMCEL**, incluidas las agencias en derecho.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

CAPITULO ÚNICO: PRETENSIÓN SUBSIDIARIA REFERIDA A LA NATURALEZA DEL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO.

PRETENSIÓN ÚNICA: En el eventual caso que el Tribunal no acceda a declarar que entre **COMCEL** y **CONCELULAR**, se celebró y ejecutó un CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL, solicito que se declare que se trata de un contrato de distribución y que, en consecuencia, se acceda favorablemente a las pretensiones señaladas a continuación, ahora reiteradas: **capítulos II, III, IV, V, VI y VII** de las **pretensiones principales**, que rezan:

CAPITULO II.- TODAS LAS PRETENSIONES REFERIDAS A LA RENOVACION DEL CONTRATO.

CAPITULO III.- TODAS LAS PRETENSIONES REFERIDAS A LA TERMINACION UNILATERAL DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

CAPITULO IV.- TODAS LAS PRETENSIONES REFERIDAS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO, salvo las pretensiones referidas a la condena al pago de comisiones por los negocios directos efectuados por **COMCEL**.

CAPITULO V.- TODAS LAS PRETENSIONES REFERIDAS A LA DECLARATORIA DEL ABUSO DEL DERECHO, A LA CONSIGUIENTE

INDEMNIZACION Y A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DE VARIAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.

CAPITULO VI.- LA PRETENSION ÚNICA REFERENTE A LA CONDENA AL PAGO DE INTERESES Y/O CORRECCIÓN MONETARIA.

CAPITULO VII.- LA PRETENSION ÚNICA DE CONDENA EN COSTAS.”

2. Los hechos aducidos en la demanda.

Los hechos que sustentan las pretensiones transcritas son los siguientes:

“CAPITULO I. HECHOS REFERIDOS A LA NATURALEZA DEL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO.

1. COMCEL es una sociedad mercantil, constituida mediante escritura pública número 588 del 14 de febrero de 1992, otorgada en la Notaría Quince del Círculo de Bogotá, cuyo objeto social principal es la prestación y comercialización de servicio de telecomunicaciones inalámbricas.

2. COMCEL es una empresa subsidiaria de AMERICA MOVIL S.A. de CV, sociedad con domicilio principal en México

3. CONCELULAR, es una sociedad mercantil, constituida mediante la escritura pública número 2782, del 24 de julio de 1997, otorgada en la Notaría Trece del Círculo de Bogotá, cuyo objeto social principal es el mercadeo y distribución de Telefonía Móvil Celular.

4. De acuerdo con el objeto social señalado, **CONCELULAR** estaba imposibilitado jurídicamente para realizar cualquier otro negocio, pues el desarrollo de dicho objeto estaba circunscrito y ligado necesariamente al contrato firmado con **COMCEL**.

5. El contrato, que es objeto de la presente litis, fue suscrito por **COMCEL** y **CONCELULAR** el día 17 de marzo de 1999.

6. CONCELULAR no participó en la redacción del texto del contrato que la vinculó con **COMCEL**.

7. El texto suscrito por **CONCELULAR** fué un documento pro-forma que **COMCEL** utiliza con todos sus agentes.

8. El objeto del contrato que ejecutaron las partes fue la promoción y venta, por parte de **CONCELULAR**, del servicio de Telefonía Móvil Celular y de los productos de **COMCEL**, en las modalidades de pospago y prepago,

9. Como contraprestación principal, **CONCELULAR** debía recibir el pago en dinero por diversos conceptos, que genéricamente se denominaron COMISIONES.

10. CONCELULAR diligenció por cuenta de **COMCEL** todas las solicitudes de activación en planes pospago y prepago, en papelería consecutiva suministrada por **COMCEL**, con las marcas y emblemas comerciales de **COMCEL**.

11. CONCELULAR enviaba la información correspondiente a **COMCEL** sobre todas las activaciones en planes pospago y prepago y ésta facturaba el cargo básico y el consumo del abonado mensualmente.

12. CONCELULAR para la promoción y venta del servicio recibió en consignación por parte de **COMCEL** los equipos de telefonía celular que eran de propiedad de ésta última.

13. CONCELULAR promocionó y vendió la Tarjeta Prepagada Amigo, de propiedad de **COMCEL**.

14. El objeto contractual lo desarrolló **CONCELULAR** sin solución de continuidad, de manera estable, durante cinco (5) años un (1) mes y diecisiete (17) días.

15. Durante ese lapso no promovió la venta de servicios y productos diferentes de los de **COMCEL**, concluyendo negocios en serie y sucesivos y manteniendo permanencia en sus relaciones con **COMCEL**.

16. La labor de **CONCELULAR** en desarrollo del objeto del contrato, se circunscribió a preparar el negocio independientemente de su conclusión o perfeccionamiento, realizando los actos necesarios para contactar al usuario o abonado para **COMCEL**.

17. CONCELULAR realizó su actividad mercantil, como empresario ***independiente***, con su propia infraestructura y organización administrativa, siguiendo los lineamientos del contrato.

18. CONCELULAR en su relación con **COMCEL**, nunca tuvo una relación laboral.

19. CONCELULAR suscribió en su nombre contratos de arrendamiento con terceros, celebró contratos de trabajo con sus colaboradores, abrió establecimientos de comercio bajo su nombre comercial, cumplió con sus propias obligaciones fiscales y adquirió bienes para adecuar sus instalaciones, entre otros.

20. CONCELULAR realizó el encargo de promover y explotar los negocios de **COMCEL**, según sus precisas instrucciones, ***en nombre y por cuenta de COMCEL***, obteniendo clientela para ésta.

21. CONCELULAR, no asumió responsabilidad alguna por las fallas e interrupciones del servicio de Telefonía Móvil Celular respecto a las activaciones que realizaba a través del sistema POLIEDRO (Anexo G Sistema Poliedro), pues a pesar que ésta realizaba la activación, **COMCEL** respondía directamente por el servicio.

22. CONCELULAR realizaba toda su gestión postventa, tales como garantías, servicio al cliente, recepción de pagos por facturación del servicio de telefonía móvil celular, en fin, todo por cuenta, en nombre y en provecho exclusivo de **COMCEL**.

CAPITULO II. HECHOS REFERIDOS A LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO

23. El término inicial pactado en el contrato fue de tres (3) años contados a partir de su suscripción, con renovaciones automáticas mensuales a su vencimiento, según lo establecido por **COMCEL**.

24. Vencido dicho período, no se formuló objeción alguna por las partes para su continuación, quienes siguieron ejecutándolo sin solución de continuidad, hasta la terminación del mismo por parte de **CONCELULAR**, el día 4 de mayo de 2004.

CAPITULO III. HECHOS REFERIDOS A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.

25. Desde el inicio mismo de la relación jurídica, esto es desde el 17 de Marzo de 1999, se produjeron modificaciones, variaciones y restricciones al régimen económico que orientaba y definía el contrato, todas ellas, provenientes de **COMCEL**.

26. Ninguna de las variaciones de índole económica introducidas por **COMCEL** fueron previstas en el contrato ni tampoco le fueron consultadas a **CONCELULAR**.

27. CONCELULAR, mediante algunas comunicaciones escritas, entre otras, las del 13 de junio de 2003, 8 de julio de 2003, 3 de diciembre de 2003, 26 de febrero de 2004 y 23 de marzo de 2004 expresó a **COMCEL** su rechazo y oposición a las políticas de disminución y deducción de las comisiones, advirtiendo en ellas su evidente menoscabo patrimonial.

28. COMCEL, mediante comunicación de 24 de enero de 2002, le informó a **CONCELULAR** que a partir del 1 de febrero de 2002 hasta el 31 de diciembre del mismo año, los canales de venta de Tarjeta Prepagada Amigo, en Semáforos y Peajes, serían exclusivos de la sociedad **PREPAGOS J. M. LTDA**,

29. COMCEL restringió, a partir de la misma fecha, el cupo de venta y el despacho de tarjetas de producto prepago, en perjuicio de **CONCELULAR**.

30. La discriminación que **COMCEL** impuso a **CONCELULAR** en materia de producto prepago, se hizo evidente, al reconocer un mayor descuento a otros agentes igualmente calificados como DISTRIBUIDORES MAYORISTAS TIPO A.

31. COMCEL, a lo largo de la relación contractual disminuyó, en repetidas oportunidades, el valor de la comisión o descuento por la promoción de la tarjeta prepaga AMIGO.

32. Las múltiples modificaciones económicas introducidas unilateralmente al contrato por **COMCEL**, afectaron de manera grave el equilibrio económico del contrato y la situación económica del agente, lo cual hizo que fuera inviable el negocio para **CONCELULAR**.

33. En consecuencia, **CONCELULAR** se vio abocada a poner fin a la relación contractual, mediante comunicación escrita de fecha 4 de mayo de 2004, en la cual dio por terminado el contrato por justa causa, invocando las siguientes causales de incumplimiento:

1. Haber disminuido unilateralmente y en repetidas oportunidades, el valor de la comisión por la activación de cada abonado.
2. Haber disminuido unilateralmente tanto el valor del porcentaje pactado como el término para el pago de comisiones por RESIDUALES y haber impuesto criterios de liquidación de los mismos, no previstos en el contrato.
3. Haber descontado comisiones por desactivación de abonados, desconociendo los términos inicialmente pactados.
4. No haber tenido en cuenta para efectos de la determinación del volumen de activaciones, que sirve de base para establecer las escalas de comisiones crecientes, las de los abonados mediante los planes prepago.

5. No haber cancelado el valor de los residuales derivados de los abonados suscritos en la red de COMCEL S. A., mediante los planes prepago
 6. Haber hecho descuentos o deducciones por fraudes, inexactitudes o inconsistencias documentales, no pactados en el contrato y no imputables a nuestra empresa.
 7. Haber impuesto condiciones discriminatorias en detrimento de CONCELULAR S.A., para realizar operaciones y actividades equivalentes o análogas, las cuales si le fueron permitidas a otros contratistas.
 8. Haber sometido la estabilidad y seguridad de nuestra operación mercantil a renovaciones mensuales de la relación contractual, circunstancia que contradice la estabilidad que debe caracterizar esta relación.
 9. Haber trasladado unilateralmente y en forma inconsulta, funciones administrativas que correspondían a COMCEL S. A., sin ninguna contraprestación a nuestro favor.
 10. Haber realizado descuentos unilaterales por reclamos de clientes, los cuales fueron trasladados, sin estar previsto en el contrato inicial, a CONCELULAR S.A.
 11. Haber introducido en el contrato cláusulas abusivas y arbitrarias obligando “a priori” a renunciaciones e indemnizaciones futuras y a transacciones y conciliaciones periódicas.
 12. Haber establecido condicionamientos por “bajo consumo” para el pago de las comisiones por prepagos, circunstancia no prevista en el contrato”.
- 34.** La terminación del CONTRATO DE AGENCIA, por justa causa imputable a **COMCEL**, causó perjuicios económicos directos e inmediatos a **CONCELULAR**, tanto por daño emergente, como por lucro cesante.

35. Dentro de los ocho (8) días siguientes a la fecha de terminación del contrato, **COMCEL** debió presentar a **CONCELULAR** para su aprobación un Acta de Liquidación del Contrato, lo cual no cumplió.

36. **CONCELULAR** le otorgó a **COMCEL** un plazo adicional de veinticinco (25) días para dicho propósito, sin que tampoco lo hubiera cumplido.

37. El día 16 de junio de 2004, **COMCEL** presentó el Acta de Liquidación, la cual no estaba soportada contablemente, como lo expresó **CONCELULAR** en su carta de fecha 18 de junio de 2004.

38. Al terminar el contrato de Agencia Mercantil, **COMCEL** no pagó las comisiones ya causadas, que eran exigibles al momento de la liquidación.

39. Al terminar el contrato de Agencia Mercantil, **CONCELULAR** ejerció el derecho de retención sobre los valores que tenía en su poder, de conformidad con lo previsto en el artículo 1326 del C. de Co., por un monto de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA PESOS (\$259'654.550.00)** pesos moneda legal.

40. **COMCEL** impuso al agente la obligación de renunciar a cualquier derecho que por concepto de agenciamiento comercial le pudiera corresponder a la terminación del contrato.

41. Los socios de **CONCELULAR** en el momento de la celebración del contrato, no eran personas expertas en telefonía celular ni especialmente calificados en estos temas.

Los socios de **CONCELULAR** en el momento de la celebración del contrato, tampoco eran expertos en asuntos de agencia mercantil.

42. **COMCEL** estipuló en los contratos que, en el evento que efectivamente se tratara de una agencia comercial, el 20% de la totalidad de lo pagado al agente por concepto de comisiones, se tuviera como pago anticipado de cualquier condena que se le impusiera.

43. En la facturación para el pago de comisiones, nunca se discriminó un 20% como pago anticipado de cesantía comercial

44. Ni en la contabilidad de **COMCEL**, ni en la de **CONCELULAR**, aparecen incluidos en los pagos de comisiones un 20% como anticipo al pago de futuras prestaciones o indemnizaciones.

45. **COMCEL** no pagó a **CONCELULAR** el equivalente al 20% sobre el valor total de las comisiones por las activaciones, ni por el residual, ni por los negocios directos hechos por **COMCEL** dentro de su propio territorio, como pago anticipado de futuras prestaciones o indemnizaciones.

46. Las comisiones pactadas inicialmente en el contrato no excedían las comisiones que la otra empresa de telefonía celular, CELUMÓVIL (ahora BELLSOUTH) pactaba, en esa época, con sus contratistas para el cumplimiento del mismo objeto contractual.

CAPITULO IV. HECHOS REFERIDOS AL INCUMPLIMIENTO DEL CONTRATO

47. Por la promoción de la venta de sus bienes y servicios, **COMCEL** se obligó a pagar a **CONCELULAR**, sumas de dinero que se identificaron y denominaron genéricamente, como COMISIONES, tanto por ACTIVACIONES como por RESIDUAL, de conformidad con el numeral 1, del “ANEXO A”, que formó parte integral del contrato suscrito por las partes.

48. **CONCELULAR** le facturaba a **COMCEL** el valor de su comisión por las ventas efectuadas mensualmente, previa relación elaborada y remitida por **COMCEL** sobre el número de nuevos suscriptores y del valor a facturar.

49. **COMCEL** pagaba directamente las comisiones a **CONCELULAR**, efectuando las deducciones y compensaciones que en cada caso consideraba unilateralmente aplicables

50. COMCEL no pagó a **CONCELULAR** el valor total de las comisiones generadas por los negocios que realizó directamente, en planes pospago, prepago y Producto Prepago Amigo, efectuadas en la totalidad del territorio correspondiente a **COMCEL**

51. En el mencionado **“Anexo A”** del contrato firmado, se determinó de manera clara y precisa, un método o mecanismo de liquidación de las comisiones por cada **ACTIVACIÓN**, según la **escala creciente**, el valor de cada comisión aumentaba de acuerdo al número de activaciones generadas por **CONCELULAR**, según el siguiente cuadro:

ESCALA : ANEXO A							
BOGOTÁ				REGIONAL			
ITEM	DE	A	VALOR	ITEM	DE	A	VALOR
1.1	0	130	\$120,000	1.1	1	80	\$150,000
1.2	131	300	\$150,000	1.2	81	200	\$160,000
1.3	301	400	\$160,000	1.3	201	400	\$170,000
1.4	401	500	\$170,000	1.4	401	600	\$180,000
1.5	501	600	\$180,000	1.5	601	800	\$200,000
1.6	601	1000	\$190,000	1.6	801	1000	\$220,000
1.7	100				100		
	1	2000	\$220,000	1.7	1	1500	\$250,000
1.8	200				150	Ó	
	1	2500	\$250,000	1.8	1	MÁS	\$280,000
1.9	250						
	1	5000	\$280,000				
1.10.	500	O					
	1	MAS	\$300,000				

52. COMCEL no pagó a **CONCELULAR** el valor que le correspondía por comisiones por activación, aplicando la escala precedente.

53. Ni en el contrato mencionado ni en la escala creciente se estableció ninguna distinción o diferencia entre los planes pospago y prepago

54. Al término del mes, después de cada activación, **CONCELULAR** adquiriría el derecho a devengar la COMISIÓN de activación respectiva, que se causaba y pagaba por una sola vez.

55. Las modificaciones a la escala creciente se produjeron por decisiones unilaterales de **COMCEL**, que se impusieron y comunicaron a **CONCELULAR** a través de diferentes tipos de documentos, tales como adendos al contrato, circulares, correos electrónicos, cartas, otrosí, entre otros.

56. Las modificaciones no fueron previa y libremente discutidos entre las partes, sino por el contrario, impuestas por **COMCEL**, bajo criterios y decisiones que representaron el abuso de su posición dominante.

57. En ninguna de las cláusulas del contrato se pactó la facultad de **COMCEL** para modificar unilateralmente las comisiones establecidas o para excluir determinados productos y servicios de la base de cálculo al aplicar la escala creciente incluida en el Anexo A del contrato.

58. Dentro del anexo A se pactaron comisiones no sujetas a la escala creciente, que se aplicaban exclusivamente a los planes que allí expresamente se determinaron.

59. En desarrollo de lo anterior, para los planes BEEPERCEL, BEEPERCEL PLUS, LUNA, PLAN GANGA, Y PLAN ESTUDIANTE, se estableció expresamente una comisión para BOGOTA de \$120.000.00 y REGIONAL de \$150.000.00 (Numeral 8. del ANEXO A)

60. Igualmente para las activaciones del plan “Amigo Clave” se pactó que el pago de la comisión sería de \$50.000.00 en el momento de la activación y \$70.000.00 en tarjetas “Amigo Clave”, a los seis meses de la activación, si el usuario permanecía activado durante dicho lapso. (Numeral 9. del ANEXO A)

61. **COMCEL** no envió a **CONCELULAR** los soportes contables correspondientes a los meses de abril a agosto de 1999; agosto a octubre de

2001; Noviembre y diciembre de 2001; febrero de 2002; Junio de 2003 y febrero de 2004

62. COMCEL, en planes pospago disminuyó las comisiones, adoptando diferentes decisiones en contra del agente comercial así:

A. Año 1999:

a) Como se dijo anteriormente, desde el comienzo mismo del contrato, a partir del 17 de marzo, por medio de la carta número PRE-99-6586, **COMCEL** mantuvo vigente, por una parte, la escala de comisiones a que se refiere el ANEXO A para cinco (5) planes y por la otra, la redujo para dos (2) de los planes pospago (*Todo Incluido 1 y Todo Incluido1 Beepercel*), a los cuales asignó la comisión “Mínima”, entendida como “*la comisión más baja establecida en la tabla de comisiones del Anexo A*”, es decir, la redujo a una suma de \$120.000.00 M/L.

b) Seguidamente, el 5 de Abril mediante circular GSD-99-7596, **COMCEL** modifica las condiciones de venta para el plan Welcome Back Promoción y establece que la comisión era de \$50.000, y además no suma para escala por volumen.

c) Mediante circular GSD-99-8109 y GSD-99-8110, para Occidente y Oriente respectivamente, del 9 de Abril, **COMCEL** rectifica las comisiones para la promoción del Milenio, es decir, mediante circular GSD-99-7592 del 5 de Abril **COMCEL** estableció que la comisión sería plena por escalas, sin embargo 4 días después afirma que “ *El pago de comisiones para líneas nuevas en cualquiera de los planes de la promoción será mínima, tal como se aplica actualmente para los planes T11 y TB1*”

d) El 2 de junio **COMCEL** mediante Circulares GSD-99-12693 y GSD-99-12695, (a) lanza para la Zona Oriente y para Bogotá el “Plan Corporativo Promoción”, (b) establece la comisión **mínima**, es decir \$120.000.00 para el Plan Corporativo Promoción, desconociendo así, la remuneración por escalas previstas inicialmente en el Anexo A.

e) Mediante circular GSD-99-17377 del 15 de Julio, **COMCEL** establece las condiciones de venta para el mes de julio, y en cuanto a las comisiones (a) para los planes TI1 y TB1 la comisión es mínima, (b) Los planes corporativos se pagan a comisión mínima pero suman para escala, (c) para los planes PAC-PAK la comisión es de \$70.000 para los distribuidores que hubieran firmado el contrato y \$50.000 para quienes no lo hubieren hecho, y (d) para los PAW independientemente de cualquier otra condición se pagan a \$50.000.

f) Mediante Circular GSD-99-21649 del 12 de Agosto ratifica las comisiones anteriores y además para el plan PW3 establece una comisión de \$25.000 y suman para escala.

g) El 4 de Octubre, **COMCEL** mediante circulares GSD-99-35862 y GSD-99-35865 para las zonas oriente y occidente, respectivamente: (a) lanza el plan estudiante ECD, por el que se pagaría una comisión plena; (b) las ventas de planes corporativos se pagarían a comisión plena; (c) se mantienen las condiciones anteriores, es decir, la modalidad de pago de los “Planes Corporativo Promoción”, “Todo Incluido” y “Todo Incluido Beepercel” para los cuales se continúa liquidando la comisión *mínima* sin tener en cuenta la escala de volumen.

h) El 12 de Noviembre de 1999 por Circular No. 99-50988, (a) se lanzan los planes “Viva de Día” con comisión a escala y (b) “Viva de Noche” con comisión *mínima*.

B. Año 2000:

15 de noviembre de 2000 mediante Circular GSD-2000-256428 para la zona Oriente y Circular GSD-2000-256444 para zona Occidente (a) se condiciona el pago de comisiones a escala por volumen a la apertura de nuevos puntos de venta y a la contratación de nuevos vendedores; (b) se decide que a partir del 16 de Noviembre y hasta el 31 de diciembre de 2000, se pagarán todas las activaciones con comisión *mínima*.

C. Año 2001:

a) En enero de 2001, las comisiones se liquidaron en un 38% con una comisión **mínima** y en un 62% con comisión plena.

b) En los meses siguientes, las activaciones liquidadas a la comisión **mínima**, fueron aumentando.

c) Mediante circulares GSD-2001-2506 del 3 de Enero y GSD-2001-96549 del 21 de marzo, se establecen nuevos planes con comisión **mínima** (Libre 100 y Viva 100).

d) Mediante cartas del 8 de mayo y 19 de septiembre de 2001 **COMCEL dejó sin vigencia el régimen variable de escalas** para reconocimiento y pago de COMISIONES en activaciones para plan pospago que se habían dispuesto en el ANEXO A, estableciendo en su lugar una **comisión fija** para los planes vigentes, independientemente del número de líneas que se active cada uno.

e) Así, la comisión máxima se fijó en \$200.000 para aquellos planes con más alto costo para el usuario y que por lo mismo, resultaban ser los menos demandados, y la comisión mínima, de \$120.000, independiente del volumen de ventas de planes.

f) El 20 de septiembre de 2001, se ratificó lo comunicado el día anterior, creando así los planes bajos (comisión \$120.000), medios (\$150.000) y altos (\$200.000) para Bogotá; y para los distribuidores regionales las comisiones serían así: planes bajos (\$150.000), planes medios (\$165.000) y planes altos (\$180.000).

g) En efecto, el 21 de septiembre de 2001, **COMCEL** dispuso:

“1. Para los planes pospago, 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 pospago escogido por el abonado, independientemente del número total de líneas activadas en pospago por el DISTRIBUIDOR durante el período.”

h) Mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2001 PRE-01 y circular GSD-2001-342535 del 6 de noviembre, **COMCEL** introdujo las siguientes modificaciones: (a) se crean los planes “combo” dentro de los cuales se pagaba una sola comisión por dos activaciones (b) dentro de este criterio de “combo”, se diferenciaron planes abiertos (comisión de \$190.000 por el combo, es decir \$95.000 por cada activación); de planes cerrados (\$170.000 por el combo, es decir, \$85.000 por cada activación); (c) se estableció una nueva diferenciación entre planes bajos (\$120.000 por cada activación), medios (\$150.000 por cada activación) y altos (\$200.000 por cada activación).

Así, en la práctica se redujeron las comisiones de \$150.000 a \$120.000 por cada activación.

D. Año 2002:

a) En enero 3 de 2002, **COMCEL** produjo dos comunicaciones, ambas con número PRE-2002-5673, una con destino para Bogotá y la otra para Zona Regional. Las modificaciones fueron: (a) se unificaron las comisiones de planes combos abiertos y cerrados, que para entonces eran los de mayor venta, en \$135.000 para dos líneas, es decir \$67.500 por cada activación; (b) para las activaciones regionales variaron las comisiones así: los planes bajos subieron de \$120.000 a \$150.000; los planes medios subieron de \$150.000 a \$165.000 y los planes altos disminuyeron de \$200.000 a \$180.000, que eran los menos vendidos.

b) Mediante Circular de fecha 1 de febrero de 2002 GSD-2002-049914, se lanzó el “Plan combo post-post” el cual consistía en realizar dos activaciones en planes pospago. (a) Para este plan se causa una comisión para el equipo principal, comisión que se paga de acuerdo al plan escogido por el abonado siguiendo la tabla de comisiones de planes bajos, medios y altos. (b) Por el segundo equipo no se paga comisión. (c) si el distribuidor cumple con el presupuesto asignado de venta de planes combo post-post, tendrá una bonificación adicional por cada combo post.

c) Mediante circular GSD-2002-053843 de 5 de febrero de 2002, COMCEL aclara que la venta del plan combo independientemente del plan de activación, solamente causa una sola comisión.

d) Mediante carta de fecha 6 de febrero de 2002 No. PRE-2002-054052: se conservaron las comisiones para los planes de combo, abiertos o cerrados en \$135.000 (\$67,500 por cada uno) y se estableció una bonificación adicional, exclusivamente para el mes de febrero, de \$25.000 por cada combo, siempre y cuando se cumpliera presupuesto de este mes.

e) Mediante carta de fecha 3 de julio de 2002 No. VPC-2002-207253: se asignó una comisión única de \$120.000 por activación, sin importar el tipo de plan, ratificando así la terminación de las escalas crecientes.

f) Mediante carta de fecha 3 de diciembre de 2002 No. PRE-2002-407665: (a) Se establece retroactivamente a 1 de noviembre un nuevo plan (Extencel) en el que se realizaban dos activaciones, de las cuales solo se reconocía una comisión de \$180.000, es decir \$90.000 por cada activación. (b) Se lanza el plan 65 2003 con una comisión de \$90.000 por cada activación. (c) Se establece el plan WELCOME BACK que consistía en que el cliente aportaba el equipo, por el cual se pagaba una comisión de \$180.000 por cada activación; esta mayor comisión obedecía a que **COMCEL** no tenía que subsidiar el equipo.

E. Año 2003:

Mediante carta de fecha 10 de abril de 2003: (a) se unifica la comisión para los diferentes planes corporativos en \$120.000 (b) se mantiene la comisión del plan Welcome Back en \$180.000 (c) se mantiene la comisión del plan Extencel en \$90.000 por cada activación.

F. Año 2004:

a) Mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004: (a) se reestablecen diferentes tipos de planes para aplicarles una comisión diferente que fluctúan entre \$70.000 a \$165.000 la máxima, asignando la comisión

mínima a aquellos planes que representaban un mayor porcentaje de participación en las ventas.

b) Mediante carta del 26 de febrero de 2004, **CONCELULAR** manifestó su inconformidad y desacuerdo con el cambio de las tarifas por que se reflejaba una reducción en las comisiones, sobretodo en aquellos planes que presentaban una mayor demanda y venta mensual.

c) Mediante carta de fecha 17 de marzo de 2004 se aplicó a partir del 21 de febrero lo siguiente: (a) se reestableció el Plan Estudiante y se redujo su comisión hasta \$55.000 (b) se mantuvieron las comisiones para los otros planes desde \$70.000 hasta \$165.000 con la misma anotación anterior, es decir, que las comisiones mínimas, se asignaron para aquellos planes que representaban un mayor porcentaje de participación en las ventas.

d) Mediante carta de fecha 23 de marzo de 2004: (a) se modificó lo dispuesto en las anteriores comunicaciones para cinco (5) planes cerrados a los cuales se señaló una comisión desde \$80.000 hasta \$140.000, manteniendo las comisiones anteriores para los demás planes.

e) En esa misma fecha, en carta de respuesta, **CONCELULAR** reiteró su inconformidad con las nuevas comisiones.

f) Mediante carta del 26 de marzo de 2004, **COMCEL** manifestó que las nuevas condiciones de pago de comisiones, son producto de las nuevas condiciones del mercado de distribución de telefonía móvil en el país.

g) Mediante carta de fecha 16 de abril de 2004 se estableció una nueva modalidad para las comisiones de los planes corporativos dependiendo del cargo fijo mensual de cada plan. Se crea una nueva escala que depende no del número de activaciones como la escala del Anexo A sino del valor del cargo fijo mensual de cada activación. Además **COMCEL** afirma que de la nueva escala pagará porcentajes entre el 25% y 90% por cada activación. Hecho que evidencia que no se cancelaría el 100% de la comisión de la nueva escala.

63. COMCEL, en planes prepago, disminuyó las comisiones, adoptando diferentes decisiones en contra del agente comercial así:

a) COMCEL modificó unilateralmente el contrato, disminuyendo la comisión de **CONCELULAR** de \$120.000 a \$50.000 pesos mediante carta de fecha 1 de abril de 1999 No. PRE-99-7900, además, (a) se ratifica que las comisiones de plan PAW se mantiene a \$50.000 y se aumenta la comisión del plan cero PAC de \$50.000 a \$70.000; (b) se establece que las activaciones del plan PAW sumarán exclusivamente para la escala del mes de marzo de ese mismo año. (c) se condiciona la vigencia de estos aumentos de comisión a que previamente se hubiere aceptado la disminución de comisiones contenida en la carta número PRE-99-6586 del 17 de marzo.

b) Mediante Circular GSD-99-8108 de fecha 9 de abril de 1999: (a) se crea el Plan Kit Amigo (PAK) que consistía en vender un equipo prepago e incluía todos los implementos (batería cargada, cargador y teléfono) además de una carga de \$60.000. (b) Este plan genera comisión de \$70.000 para quienes hubieren firmado el nuevo contrato y \$50.000 para quienes no lo hubieren hecho. (c) se establece que este plan cuenta para escala por volumen.

c) Mediante Circular GSD-99-16988 de fecha 13 de julio de 1999: (a) se crea una bonificación por venta de PAK en donde se obsequian 2 Tarjetas Prepagadas Amigo cada una de \$15.000, una para el distribuidor y otra para el vendedor. (b) Las tarjetas de bonificación para el distribuidor están sujetas al cumplimiento de la meta de ventas.

d) Mediante carta de fecha 4 de octubre de 1999: (a) se aclara que las activaciones en planes PAW se pagan a \$50.000 y cuentan para escala de volumen. (b) se mantiene la comisión de \$70.000 para los PAK. (c) para los planes PW3 la comisión es de \$25.000 y suma para escala.

e) Mediante carta de fecha 12 de noviembre de 1999 No. PRE-99-50845 (a) se establece escala para prepago donde la comisión mínima fue de \$25.000.00 y máxima de \$100.000.00., dependiendo del plan y el número de activaciones. (b) se condicionó la aplicación de esta nueva escala a la

renuncia a que los planes prepagos concedieran derecho a residual. (c) Se excluyeron las ventas de prepago para la escala de pospago.

f) Mediante circular GSD-2000-147200 de fecha 19 de agosto de 2000, COMCEL redujo las comisiones del Plan Welcome Back a \$15.000 por activación y condiciona su retribución a que el usuario genere como mínimo una llamada desde su equipo; reconoce así mismo, el pago de \$45.000 para quienes carguen \$60.000 durante los 60 días a partir de la fecha de activación.

g) Mediante Circular GSD-2001-243758 de fecha 1 de agosto de 2001 se estableció (a) para el plan WELCOME BACK PROMOCIÓN una comisión de \$15.000 siempre y cuando el abonado hiciera la primera llamada y cargara una tarjeta de cualquier denominación dentro de los 60 días siguientes a la activación y los \$45.000 restantes si el abonado realizaba una carga de \$60.000 dentro de los 60 días siguientes a la activación; y (b) para el Plan PAW 30 una comisión de \$25.000 sin importar la cantidad de líneas que se activen.

h) Mediante Circular GSD-2001-271867 de fecha 30 de agosto de 2001, **COMCEL** estableció una nueva forma de liquidación de las comisiones para venta de PAK en donde la comisión de \$70.000 se generaba una vez que el equipo registrara la primera llamada.

i) Mediante Circular GSD-2001-287873 de fecha 12 de septiembre de 2001 se condicionó el pago de la comisión inicial de \$15.000 para la venta de “PAW promoción” a que el cliente recargara con mínimo \$10.000 pesos el equipo antes de 60 días y los \$45.000 restantes si el abonado recargaba con \$60.000 dentro de los 60 días siguientes a la legalización.

j) Mediante carta de fecha 20 de septiembre de 2001: (a) se redujo la comisión para las activaciones del plan PAW de \$70.000 a \$60.000 (b) se distribuyó la comisión en dos pagos el primero de \$15.000 y el segundo de \$45.000, condicionando este último a que el usuario hubiera hecho un consumo de \$60.000 en los dos meses siguientes.

k) Mediante carta de fecha 2 de noviembre de 2001 No. PRE-01 se eliminó la comisión para los prepagos que integraban el plan kit combo (plan pareja ideal que consistía en vender un pospago y un prepago simultáneamente)

l) Mediante carta de fecha 3 de enero de 2002 No. PRE-2002- 5673, se creó un nuevo plan WELCOME BACK de \$30.000 de carga inicial y se redujo la comisión a \$25.000 por cada activación sin importar el número de líneas activadas.

m) Mediante carta de fecha 9 de febrero de 2004 se comunicó que la comisión para los Kit a cuotas sería de \$50.000 condicionándola a que: (a) los documentos estuvieran legalizados y enviados al archivo central de **COMCEL**; (b) se hubiera generado la primera llamada dentro de los 45 días siguientes a la activación del teléfono; (c) se hubieran ingresado correctamente los documentos al sistema poliedro; y (d) que el usuario cancelara en su totalidad las facturas.

n) Mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004 **COMCEL** modificó las comisiones de los kit de contado así: (a) se cambia la denominación de “comisión” por “*bonificación*” y se reduce a \$12.500 por cada activación, estableciendo nuevas condiciones de pago; (b) se adicionó la comisión anticipada que antes se pagaba y se denominó “descuento sobre precio al público”, señalando su valor de acuerdo al rango de precio de venta del equipo. (c) adicionalmente, se cambió la forma de liquidación y la cuantía del plan PAW para reducirla a \$20.000 para cobrar al cliente y un saldo variable que dependía del valor de las recargas realizadas.

o) Mediante carta de fecha 17 de marzo de 2004, se ratificó lo anterior y (a) adiciona una bonificación de \$5.500 por una vez si el cliente permanecía activo por 6 meses y realizaba recargas iguales o superiores a \$55.000; y (b) para los kits refaccionados, que eran equipos usados y remanufacturados, se bajó la comisión de \$70.000 a \$12.500 con nuevas condiciones para hacerla efectiva.

64. El incumplimiento del pago de las comisiones también se produjo por no haber tenido en cuenta las activaciones de los abonados en prepago para la determinación del volumen de activaciones, según la escala prevista en el ANEXO A, como se dijo en carta número PRE-99-6586 en la cual **COMCEL** establece “*Se aclara que las comisiones Plan PAC y Plan PAW seguirán siendo canceladas a cincuenta mil pesos (\$50.000) y su pago es independiente de la escala por volumen de activaciones. Estas comisiones tampoco sumarán para escala de volumen.*” (subrayado y destacado fuera de texto).

65. Durante la ejecución del contrato, **COMCEL** reconoció que los abonados de los planes prepago sumaban para escala por volumen, como lo sostuvo en carta de fecha 4 de octubre de 1999 en donde aclara que las activaciones en planes PAW y Plan PW3 si se suman para escala de volumen.

66. COMCEL incumplió con el pago de las comisiones generadas por la **promoción de la Tarjeta Prepagada Amigo** así:

a) Mediante otrosí al contrato del año 2000, distinguido como Anexo G Producto Prepagado Amigo, **COMCEL** incluyó dentro de los planes de promoción de Telefonía Móvil Celular, la comercialización de la Tarjeta Prepagada Amigo.

b) Por la comercialización de la Tarjeta Prepagada Amigo, **COMCEL** le reconoció a **CONCELULAR** una comisión o descuento del 35% sobre el valor facial para los Distribuidores Mayoristas Tipo A, que fue la categoría asignada a **CONCELULAR**.

c) Mediante carta de fecha 2 de enero de 2001, **COMCEL** comunicó a **CONCELULAR** el nuevo plan de comisiones o descuentos para la promoción de la Tarjeta Prepagada Amigo, reduciendo el valor de la comisión de acuerdo con el valor facial de la Tarjeta, con porcentajes que van desde el 20% hasta el 30%.

d) Mediante carta de 21 de enero de 2003, **COMCEL** informó que el valor de la comisión o descuento para las Tarjetas Prepagada Amigo durante el año 2003 era del 17.22% para cualquier denominación.

e) **COMCEL** no pagó el valor completo de las comisiones por la venta del producto “Prepagado AMIGO”, pactadas inicialmente.

67. COMCEL incumplió con el pago de comisiones por residuales en planes pospago así:

a) **CONCELULAR** estuvo calificado inicialmente por **COMCEL** entre el 17 de marzo de 1999 a agosto de 2000 como CENTRO DE VENTAS (CV) y, por ello recibió en ese período un residual del 3%.

b) En septiembre de 2000 y hasta la terminación del contrato, **CONCELULAR** fue calificado por **COMCEL** como **CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS (CVS)**, calificación formalizada mediante otrosí y desde entonces, el valor del residual se incrementó al 5%.

c) La liquidación del pago del RESIDUAL no se pactó sobre promedio de facturación sino sobre el recaudo mensual que generara “cada abonado” activado, mientras estuviere activo en el servicio de Telefonía Móvil Celular.

d) **COMCEL** disminuyó unilateralmente el valor del porcentaje pactado para el pago de comisiones por **RESIDUALES**.

e) **COMCEL** impuso criterios de liquidación del RESIDUAL, no previstos en el contrato.

f) **COMCEL** no tuvo en cuenta en las liquidaciones mensuales del RESIDUAL por cada abonado, las bases correctas de liquidación de acuerdo con lo pactado en el ANEXO A, en lo relacionado con a) El monto de facturación por cargo fijo mensual, b) Los cargos sobre llamadas locales y c) Los cargos por servicios suplementarios prestados directamente por COMCEL.

g) **COMCEL** tampoco tuvo en cuenta en las liquidaciones del RESIDUAL los índices incluidos en sus informes oficiales de gerencia denominados

ARPU (*Promedio de facturación mensual por usuario*) y **CHURN** (*porcentaje de desactivación mensual*).

h) **CONCELULAR** mediante carta de fecha 13 de Junio de 2003, manifestó su desacuerdo con la liquidación del residual correspondiente al mes de abril de 2003.

i) Una vez más, mediante carta el 8 de julio de 2003, **CONCELULAR** manifestó su desacuerdo con la liquidación del residual correspondiente al mes de junio de 2003 y reiteró la solicitud para que fuera entregada la relación de los abonados sobre los que se estaba liquidando el residual.

j) En respuesta a la carta del 8 de julio, COMCEL mediante carta número GEC-03-327973 del 25 de julio de 2003, envió una base de datos de clientes, contenida en un CD, que corresponde al soporte de las liquidaciones de residual realizadas hasta la fecha.

k) La base de datos enviada por COMCEL corresponde a sus registros en el sistema de facturación BSCS, utilizado para realizar sus liquidaciones con todos sus agentes comerciales

l) Anterior al sistema BSCS que entró a operar en noviembre de 2000, COMCEL utilizó el sistema CABS para la facturación del residual

m) Después de realizada la revisión de la información enviada por **COMCEL** el 25 de Julio de 2003, **CONCELULAR** mediante carta del 27 de agosto de 2003, solicitó unas nuevas aclaraciones acerca de las bases de liquidación del residual.

n) Mediante carta GEC-03-483552 del 6 de octubre de 2003, **COMCEL** la comunicación anterior, aclarando la forma en que se liquida el residual e informando que NO era posible entregar la relación de abonados, debido a que ésta era de carácter confidencial.

o) Mediante carta de 3 de diciembre de 2003, **CONCELULAR** mantiene su inconformidad acerca de los criterios de liquidación, sobre la

comparación entre el resultado de la prueba estadística y la liquidación automática real que debería efectuarse y el tratamiento de confidencialidad que se le da a la relación de los abonados, que era la base de liquidación de una contraprestación contractual.

p) La disminución unilateral del porcentaje de la comisión por **RESIDUAL** la comunicó **COMCEL** a **CONCELULAR** mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004, en donde estableció para cada plan pospago, una suma única a pagar, sustituyendo así, el porcentaje por valor fijo.

q) **CONCELULAR** en respuesta a dicha comunicación, mediante carta de fecha 26 de febrero de 2004, se opuso a dicha aplicación, puesto que de manera evidente se reducía sustancialmente el valor de las comisiones a percibir por dicho concepto.

r) Posteriormente, **COMCEL** mediante carta de fecha 17 de marzo de 2004, modificó el **RESIDUAL**, fijándolo en un porcentaje del dos punto cinco por ciento (2.5%) sobre los recaudos realizados por los abonados en planes pospago. Es decir, redujo a la mitad el porcentaje a reconocer sobre el valor de la facturación.

s) **CONCELULAR**, mediante carta de fecha 23 de marzo de 2004, reiteró su oposición a dicha aplicación, arguyendo contra su imposición, una considerable reducción de ingresos que comprometía la estabilidad financiera del agente.

t) Las anteriores modificaciones introducidas por **COMCEL**, produjeron una sustancial disminución en el pago de comisiones por **RESIDUAL**.

68. COMCEL incumplió con el pago de **comisiones por residual en planes prepago** así:

a) **COMCEL** no canceló el valor de los residuales derivados de los abonados en planes prepago.

b) En el contrato se definió como abonado **“una persona, firma, sociedad o entidad que se haya suscrito al Servicio de Telefonía móvil celular mediante un contrato celebrado con COMCEL y permanezca con ésta por un término mínimo de doce (12) meses contados desde la activación.”**

c) En el Anexo A del contrato no se hizo distinción alguna entre abonados de pospago y abonados de prepago.

d) **CONCELULAR** no recibió residuales por planes de prepago cuando su actividad promocional tuvo la misma intensidad y dedicación de comercialización y difusión entre los potenciales usuarios, renglón que a la postre, se constituyó para **COMCEL** en una fuente muy importante de ingresos.

e) **COMCEL** en comunicación de fecha 12 de noviembre de 1999 número PRE-99-50845 dirigida a **CONCELULAR**, introdujo una modificación al contrato en el punto del **RESIDUAL** a los planes prepago, señalando:

“Se entiende y acepta que los planes prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión residual”.

f) Así, en varias oportunidades y de manera insistente, **COMCEL** reprodujo dicha exclusión, en cartas, circulares y otrosí, este último, del 21 de septiembre de 2001.

69. COMCEL incumplió el contrato por haber realizado **descuentos por supuestos fraudes** así:

a) **COMCEL** estipuló en el ANEXO A del contrato un plan de deducciones o de descuentos a las COMISIONES, si la desactivación de un cliente o abonado, obedecía a fraudes, inconsistencias o irregularidades en la **ACTIVACIÓN** o durante la prestación del servicio, tanto en planes pospago como prepago, siempre que estas irregularidades fueran imputables a los directivos de **CONCELULAR** o a sus empleados.

b) COMCEL hizo extensivo el descuento de comisiones por fraudes e inconsistencia documental, a aquellos actos creados o fraguados directamente por los abonados, durante o después de la activación del plan en pospago o prepago, responsabilizando a **CONCELULAR** de la conducta reprochable imputable de manera exclusiva al usuario.

c) El monto de las deducciones trasladadas a cargo de **CONCELULAR** por concepto de “FRAUDES E INCONSISTENCIA DOCUMENTAL”, se extendió hasta **el máximo del total de las comisiones que hubieren sido pagadas a CONCELULAR** por concepto de activación del servicio de Telefonía Móvil Celular.

d) COMCEL aplicó a **CONCELULAR** descuentos o deducciones, por el incumplimiento de los abonados en el pago oportuno de sus facturas

e) COMCEL descontó directamente a **CONCELULAR** el valor de los llamados “*fraudes*” e inconsistencias, a través de notas contables que implicaron disminución de las comisiones, tanto por activaciones como por residual.

f) CONCELULAR nunca incurrió en una conducta dolosa en relación con los fraudes cometidos por los abonados

g) Entre los fraudes que **COMCEL** imputó y cargó a **CONCELULAR**, se encuentran entre otros, aquellos en que el usuario mediante identidad falsa, obtenía la activación de una línea, y con posterioridad, en el momento en que cesaba el pago correspondiente, todos los consumos que hubiera realizado, se le trasladaban a **CONCELULAR** como descuento en el pago de sus comisiones.

70. COMCEL incumplió el contrato por haber realizado descuentos directamente del pago de las comisiones a que tenía derecho **CONCELULAR**, por CALDIST, no pago de cheques y otros conceptos así:

a) COMCEL efectuó descuentos o deducciones por inexactitudes o inconsistencias documentales no imputables a **CONCELULAR** o a sus empleados.

b) COMCEL efectuó descuentos o deducciones a **CONCELULAR** por el hecho de que los cheques girados por los abonados a **COMCEL** fueran devueltos por cualquier causal, aplicando para ello, además, la sanción establecida en estos casos por el Código de Comercio en contra del agente.

c) COMCEL efectuó descuentos o deducciones a **CONCELULAR** por concepto de **CALDIST** (Calidad del Distribuidor), circunstancia que se presentaba cuando los abonados formulaban reclamaciones directamente a **COMCEL** por la facturación, caso en el cual la diferencia que resultara a favor del abonado, se cargaba a **CONCELULAR**.

d) COMCEL también efectuó descuentos por fallas en el servicio o fallas en los equipos, caso en el cual el valor total que se le facturara al abonado mientras estuviera fuera de servicio, o sin posibilidad de utilizar el equipo, se le cargaba a **CONCELULAR**.

e) COMCEL no pagó comisiones cuando se presentaban fallas en el sistema poliedro, que impedía incluir las activaciones de los nuevos abonados dentro de la base de datos.

f) COMCEL no pagó comisiones por la totalidad de los abonados que se incluían en una misma planilla cuando quiera que uno de ellos presentaba alguna inconsistencia documental.

g) COMCEL impuso a **CONCELULAR** la obligación de subsidiar el valor de los equipos que **COMCEL** ofrecía en promoción con cargo a comisiones.

h) COMCEL efectuó descuentos a las comisiones de **CONCELULAR** si no le remitía dentro de las 72 (setenta y dos) horas siguientes a la activación, los documentos completos que acreditaban su ingreso al servicio.

i) El plazo de las 72 horas resultó insuficiente para cumplir con dicha instrucción, dado el incremento en el volumen de ventas de los distintos planes promocionales, que le impidió a **CONCELULAR**, atender a tiempo con la entrega de todos los documentos que hacían parte de la “legalización”,

entre ellos el “plan 25” de diciembre de 2002. En estos eventos COMCEL recibía las solicitudes de activación fuera de tiempo, activaba el servicio, pero por haberse hecho la entrega de documentos en forma tardía, según ellos, NO PAGABA COMISION, ni por activación, ni por residual, sin embargo si se había beneficiado por la gestión del agente.

j) Mediante circular GSD-99-17471 de julio 16 de 1.999, **COMCEL** lanza el nuevo PLAN WELCOME BACK 30 (PW3), exclusivo para Regionales Oriente y Occidente. En esta circular se establecen penalizaciones a **CONCELULAR** de \$4.000 diarios por incumplir las pautas de **COMCEL**.

k) En Circular GSD-2000-232696 del 31 de octubre de 2000, **COMCEL** determina que para el caso de cheques devueltos se cobrará la correspondiente sanción al Distribuidor según la legislación vigente de acuerdo con el Artículo 731 del C. de Co.; además establece que **COMCEL** continuará cobrando intereses de mora por todas las Facturas que tengan los agentes, desde un día de vencido, causándose en este caso el interés por mora máximo autorizado.

l) Mediante circular GSD-2001-239400 de 27 de julio de 2001, **COMCEL** instruyó a **CONCELULAR** sobre el procedimiento de “CONSULTA DE CREDITO” de los clientes, trasladándole el costo de las consultas que efectuará para la activación respectiva.

m) **COMCEL** amplió el régimen de penalizaciones mediante circular GSD-2001-272941 del 31 de agosto de 2001. Nuevamente, mediante circular GSD-2001-287716 del 12 de septiembre de 2001, **COMCEL** envió nueva tabla de “penalizaciones”.

n) Mediante circular GSD-2001-342534 del 7 de noviembre de 2001, **COMCEL** establece para los Kits refaccionados que “En caso de que el equipo cuente con las condiciones para que el Distribuidor cumpla con la garantía y éste no preste el servicio, **COMCEL** a través de las Boutiques o CACs solucionará el inconveniente al cliente entregándole un equipo nuevo de la misma *característica* o similar. El equipo entregado al cliente será facturado al Distribuidor a precio de lista sin cláusula de permanencia y se

cruzará contra comisiones. Adicionalmente al cobro del equipo se penalizará retirándole el valor de la comisión pagada de \$70.000 por la activación del kit refaccionado”. Además, agrega *“El Distribuidor será responsable y asumirá ante **COMCEL** el total de las pérdidas ocasionadas por el consumo de una línea que sea clonada y para la cual no se haya seguido el procedimiento de autenticación”*.

o) COMCEL, mediante Circular GSD-2004-317068-4, de fecha 2 de marzo de 2004 ratificó a **CONCELULAR**, el costo de la consulta que realizare en forma directa a las **CENTRALES DE RIESGO**, como **DATA CREDITO**, si el cliente (abonado) no resultaba apto o idóneo para ser beneficiario del servicio.

p) CONCELULAR según carta de fecha 9 de marzo de 2004, se opuso a los descuentos impuestos por **COMCEL** según la circular mencionada en la letra d) anterior

q) COMCEL le descontó a **CONCELULAR** las comisiones causadas por concepto de desactivaciones de usuarios que dejaron de serlo, después del término contractual pactado para el descuento, es decir, más allá de los doce (12) meses de realizada la activación (**“CLAW BACK”**).

r) COMCEL generó notas crédito de orden contable a su favor de DEDUCCION o DESCUENTO de COMISIONES aplicada tanto sobre activaciones como sobre residual.

HECHOS RELATIVOS AL DENOMINADO “PLAN CO-OP”

71. COMCEL asignó para promoción \$25.000.00 por cada activación neta efectuada por el agente, según el ANEXO C contenido en el texto del contrato suscritos por las partes.

72. Con las sumas indicadas en el hecho anterior, se constituyó el fondo del PLAN CO-OP, cuyo propósito fue invertirlos en planes de mercadeo y publicidad para promover y promocionar los productos y servicios de **COMCEL** durante la ejecución del contrato.

73. Los dineros que conformaron el Plan CO-OP, tuvieron como objeto pagar el cincuenta por ciento (50%) de los costos en que incurriera **CONCELULAR**, en actividades de mercadeo y publicidad, siempre y cuando **COMCEL** aprobara la realización del hecho publicitario.

74. CONCELULAR realizó cuantiosas inversiones a través del Plan CO-OP, a lo largo de la ejecución del contrato, que beneficiaron la promoción y venta de los servicios asociados con la imagen corporativa y la marca **COMCEL**

75. COMCEL se vio beneficiada por toda la campaña publicitaria desplegada por **CONCELULAR** durante la ejecución de la relación contractual, publicidad que fue aportada en un 50% con recursos propios de **CONCELULAR**, la cual acreditó la marca “**COMCEL**”, su línea de productos y los servicios ofrecidos por ésta.

76. Luego de terminado el contrato, **COMCEL** aun sigue usufructuando dichos beneficios, sin que, por obvias razones, **CONCELULAR** en contraprestación, perciba beneficio alguno.

CAPITULO V. HECHOS RELATIVOS AL EJERCICIO ABUSIVO DEL DERECHO

77. COMCEL en ejercicio abusivo del derecho introdujo variaciones económicas, unilaterales, sin consultar con los intereses de **CONCELULAR**.

78. La reiterada conducta asumida por **COMCEL** de disminuir el valor de las comisiones, o desconocerlas en otros casos, constituye un incumplimiento del contrato.

79. COMCEL impuso a **CONCELULAR** funciones administrativas que eran propias de **COMCEL** y que **CONCELULAR** se vio obligada a cumplir.

80. COMCEL obligó a **CONCELULAR** a aceptar todas las modificaciones y variaciones de su relación contractual y a suscribir acuerdos, compromisos,

otro si, etc. so pena de ver disminuida el valor de sus comisiones o ser excluida del beneficio de las promociones hechas por **COMCEL**.

CAPITULO VI. HECHOS RELATIVOS AL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE DE COMCEL

81. COMCEL ostenta en el mercado una posición dominante por ser uno de los dos concesionarios privados del Estado, para la prestación del servicio de Telefonía Móvil Celular o telefonía no domiciliaria y desarrolla su actividad mercantil en condiciones de duopolio.

82. COMCEL impuso a sus distribuidores dedicación exclusiva frente a su competidor, pero estableció una no exclusividad entre los diferentes agentes a su servicio, ya que se sirvió de pluralidad de agentes que podían estar promocionando simultáneamente en el mismo territorio sus bienes y servicios.

83. COMCEL diseñó y elaboró un documento “*pro forma*”, para contratar a todos sus Agentes, mismo que fue el que firmó **CONCELULAR**.

84. El contrato firmado por **CONCELULAR** no es diferente de los contratos firmados en la misma época y con el mismo objeto por **COMCEL** con **PUNTO CELULAR, CELCENTER, COMCELULARES FM, CONEXCEL, CELLNET**, entre otros.

85. Como consecuencia del hecho anterior, los términos del contrato no eran susceptibles de discusión por parte de los agentes, quienes se sometían a su texto o desistían de su vinculación con **COMCEL**.

86. COMCEL como autor material del texto del contrato se preocupó por negar y encubrir, desde el inicio, la verdadera naturaleza jurídica de la relación contractual celebrada con sus agentes, desconociendo que se trataba de un contrato de Agencia Comercial.

87. COMCEL durante la promoción del servicio de telefonía móvil celular, forzó y le impuso a **CONCELULAR** so pena de disminuirle o desconocerle sus comisiones, a aceptar nuevas condiciones que variaban sustancialmente los términos del contrato inicialmente suscrito, tales como: carta VPJ-99 de 12 de abril de 1999, circular GSD-99-17375 del 15 de julio de 1999, circular GSD-99-21648 de 11 de agosto de 1999, circular GSD-99-28713 de 16 de septiembre de 1999, entre otras.

88. COMCEL desde el mes siguiente del inicio de la relación contractual, le impuso a **CONCELULAR** condiciones para el reconocimiento del pago de comisiones en ciertos planes (plan PAW y plan PAC) siempre y cuando expresara su aceptación y adherencia a las mismas (carta del 1 de abril de 1999).

89. Mediante circulares GSD-99-8108 y GSD-99-81109 del 9 de abril de 1999, **COMCEL** establece *“Este plan genera una comisión de \$70.000 no reversible para los distribuidores que firmaron el nuevo contrato de distribución con **COMCEL**, \$50.000 para los que aún no lo han hecho. Las ventas de Kit Prepago entran en escalas por volumen sólo para los distribuidores que hayan firmado el nuevo contrato”*

90. CONCELULAR se vio forzada a suscribir documentos denominados de Conciliación, Transacción y Compensación de Cuentas, en donde **COMCEL** se hacía aparecer a “Paz y Salvo por todo concepto” frente a **CONCELULAR**.

91. Durante la ejecución del contrato, **COMCEL** trasladó a **CONCELULAR** cargas administrativas que eran de su órbita exclusiva, tales como estudio de créditos y activaciones de abonados por sistema “poliedro”, lo que significó un aumento en el costo administrativo por cada línea activada, desde mayo de 2001 hasta el 4 de mayo de 2004, fecha de terminación del contrato, sin percibir ninguna contraprestación.

92. Mediante circular GSD-2001-132785 de fecha 20 de abril de 2001, **COMCEL** informa que “a partir del sábado 21 de abril del 2001 se ha habilitado el nuevo sistema de activación de Planes PAW y PWP vía telefónica

(IVR)” con el cual **CONCELULAR** ingresa las activaciones directamente al sistema de **COMCEL**.

93. Mediante circular GSD-2003-303634 de fecha 10 de julio de 2003, **COMCEL** asigna a los Distribuidores la función de activar las Tarjetas Amigo compradas, a través del Sistema Poliedro.

94. Mediante circular GSD-2004-317068-4 del 2 de marzo de 2004, **COMCEL** informa que a partir de la fecha cobrará al Distribuidor por cada consulta de Crédito en el Sistema Poliedro un valor de \$2.000.

Las imposiciones establecidas por **COMCEL** a lo largo de los hechos narrados anteriormente, dejan ver sin lugar a dudas, la forma de proceder de ésta durante el tiempo que duró la relación contractual, según la cual modificaba a su arbitrio las cláusulas contractuales obligando a **CONCELULAR**, a adherirse a ellas, so pena de sanción.”

3. La contestación de la demanda inicial.

Según se indicó en el capítulo de antecedentes, **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** dio oportuna contestación a la demanda (Fls. 401 a 442 Cdno. Ppal. No.1), oponiéndose las pretensiones, aceptando algunos hechos y negando otros. Formuló las siguientes excepciones de mérito:

3.1. “*CARENCIA DE ESTRUCTURACIÓN DE LAS CONDICIONES PARA QUE PUEDA PREDICARSE LA INEFICACIA O LA NULIDAD QUE SE HA SOLICITADO RESPECTO DE LAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO RESEÑADAS TAXATIVAMENTE EN VARIAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA*”, por cuanto estima que el contrato que es materia del presente proceso reúne a cabalidad todos los requisitos de existencia y validez establecidos en nuestro ordenamiento jurídico; por lo demás, señala que en el texto del aludido negocio jurídico no se encuentran “*estipulaciones o actuaciones que resulten contrarias a un norma imperativa*”, así como elemento de ilicitud en su objeto o en su causa, descartándose la existencia de fuerza, error o dolo en los contratantes, por lo que estima que desconocer la existencia, validez y eficacia del vínculo contractual rompe con la regla de oro prevista en el

artículo 1603 del Código Civil, según la cual, el contrato es ley para las partes, además de ser una conducta contraria a la buena fe que contemplan tanto el estatuto civil como el comercial.

3.2. *“INEXISTENCIA DE ABUSO DEL DERECHO EN CUALQUIERA DE LAS MODALIDADES QUE DICHA FIGURA PUEDE PRESENTAR”*, habida cuenta que la acusación realizada en contra de **COMCEL** en el sentido de que ha abusado de sus derechos es infundada, pues las variaciones que se presentaron en la relación contractual fueron realizadas para todos los distribuidores y obedecieron siempre a necesidades del mercado, orientándose al fin específico de lograr mayores ventas y beneficios económicos para ambas partes, punto que es tan ostensible *“que por espacio de los casi cinco años que duró vigente el contrato con CONCELULAR, siempre los ingresos de dicho distribuidor fueron en aumento”*;

3.3. *“FALTA DE COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO PARA PRONUNCIARSE SOBRE ASPECTOS RELACIONADOS CON LA SUPUESTA POSICIÓN DOMINANTE DE COMCEL Y SU ABUSO, Y EN TODO CASO INEXISTENCIA DE LOS SUPUESTOS PARA CONFIGURAR POSICIÓN DE DOMINIO Y MUCHO MENOS ABUSO DE LA MISMA”*, dado que el estudio acerca de si una sociedad detenta posición dominante y ha abusado de la misma, le corresponde, por mandato del artículo 333 de la Constitución Política, norma desarrollada por el Decreto 2153 de 1992, ser definido por la Superintendencia de Industria y Comercio, razón por la cual *“Es claro que el tema de las prácticas comerciales restrictivas y abuso de posición dominante es materia eminentemente administrativa, debido a que dentro de su investigación se involucran temas colectivos y de mercado, a diferencia de lo que ocurre con la competencia desleal, que involucra aspectos eminentemente privados de los comerciantes y sus competidores”*. Señala adicionalmente que en el evento en que el Tribunal se llegare a declarar competente, **COMCEL** no detenta una posición de dominio en el mercado relevante, esto es, el de la telefonía móvil, venta de tarjetas prepago y equipos asociados o vinculados a la prestación de tal servicio, habida cuenta que quien ostente posición de dominio es porque puede comportarse en el mercado con cierta independencia frente a sus competidores, clientes y consumidores,

circunstancia que aquí no se presenta por la existencia de otros operadores en el mercado nacional;

3.4. “*TRANSACCIÓN Y PAGO*”, por cuanto periódicamente las partes celebraban contratos de transacción en acatamiento de las cláusulas negociales que así lo disponían, en la medida que “*la compleja índole de las relaciones jurídicas emanadas del contrato, aunada a los cuantiosos volúmenes de las sumas de dinero que se originaban en el desarrollo de las mismas, los diversos y numerosos tipos de planes existentes en el mercado para la venta de los servicios de telefonía celular y las frecuentes controversias en torno al monto definitivo de las sumas que periódicamente se debían pagar por concepto de comisiones, ponían de presente la necesidad de realizar transacciones para efectos de ir finiquitando cuentas entre las partes, circunstancia que dada claridad a la ejecución del contrato y, además, evitaba futuros problemas*”, por lo que con frecuencia **COMCEL** y **CONCELULAR** realizaban cruces y ajustes de cuentas, quedando con ello a paz y salvo por todo concepto, hasta el punto de incluir en esas cuentas un mayor valor equivalente al 20% con el fin de cancelar anticipadamente todo pago, prestación e indemnización a cargo de la convocada.

3.5. “*INEXISTENCIA DE UNA JUSTA CAUSA POR PARTE DE CONCELULAR PARA DAR POR TERMINADO EL CONTRATO*”, puesto que durante 5 años la convocante ejecutó libremente el contrato sin ningún tipo de presiones ni apremios, hasta el año 2004, donde debido a la entrada de un nuevo operador al mercado, “*un grupo de distribuidores de COMCEL fragua y ejecuta un plan destinado a romper sus vínculos con la convocada para exigirle a la misma una serie de indemnizaciones frente a las que no se tiene derecho, cuya ejecución se basa artificialmente en la puntualización de supuestas fallas del contrato, inadecuados procederes de COMCEL, incluso reviviendo asuntos que jamás puso de presente y que ocurrieron cuatro o más años atrás, todo para tratar de mostrar un panorama de incumplimiento y así aparentemente justificar la carta de mayo 4 de 2004*”;

3.6. “*CONTRATO NO CUMPLIDO*”, por cuanto ningún contratante puede pretender derivar del incumplimiento que predica del otro, indemnizaciones a su favor cuando no ha cumplido con las suyas, tal como ocurre con la

convocante, quien en la demanda confiesa haber dejado de cumplir con varias obligaciones a su cargo;

3.7. “*EL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO NO ES DE AGENCIA MERCANTIL*”, pues ninguno de los elementos esenciales y características propias de este tipo de negocios se reúne en el presente asunto, ya que en cuanto a la venta de servicios **CONCELULAR** corría con los riesgos del negocio que celebraba para sí y para **COMCEL**, hasta el punto que si el negocio no se cristalizaba o no tenía una duración mínima, perdía la convocante el derecho a su comisión. Igualmente, señala que **CONCELULAR** adquiriría para sí las mercancías o bienes y, una vez comprados, los riesgos de éstos, como destrucción o hurto, quedaban radicados en su cabeza, por lo que “*Queda así establecido que desde el punto de vista teórico para que exista un contrato de agencia mercantil es requisitos sine qua non, por ser un elemento diferenciador y no común con otros contratos de intermediación, que el agente actúe por cuenta y riesgo del contratista o agenciado y que sea este, el agenciado, no el agente, quien soporte las pérdidas o utilidades de la operación*”;

3.8. “*EXCEPCIÓN DE PAGO DE CESANTÍA COMERCIAL Y AUSENCIA DE ABUSO DEL DERECHO DE LAS CLÁUSULAS DE PREPAGO*”, medio de defensa que formula para el caso en que el Tribunal declare la existencia del contrato de agencia comercial, evento en el que habrá de tenerse en cuenta que la cesantía comercial fue cancelada incluso en un mayor valor al señalado por la Ley, habida cuenta que “*desde el inicio de la relación y así fue aceptado durante toda la vigencia de la relación comercial, es decir, por más cinco años, se anticipó el pago de la cesantía comercial, calculada en un 20% del total de los valores que haya recibido el distribuidor como consecuencia del contrato*”.

3.9. Finalmente, de manera subsidiaria formula la excepción de “*PAGO DE LO NO DEBIDO Y COMPENSACIÓN*”, puesto que de no haberse realizado el anticipo de la cesantía comercial en la forma como quedó explicada, la comisión que **COMCEL** habría pagado a **CONCELULAR** “*hubiese correspondido al 20% menos de lo que se canceló periódicamente por concepto de comisiones, luego constituiría un enriquecimiento sin causa por*

pago de lo no debido” que la convocante recibiera tales dineros nuevamente por el mismo concepto. De la misma manera, esto es, subsidiariamente, formula las excepciones de “EN CASO DE QUE SE DECLARE QUE HAY LUGAR A PAGO DE ALGUNA SUMA DE DINERO POR CONCEPTO DE CESANTÍA COMERCIAL, SE CALCULE ÚNICAMENTE RESPECTO DE LAS COMISIONES POR SERVICIOS Y NO POR LOS DESCUENTOS Y ÚNICAMENTE POR EL LAPSO NO COBIJADO POR LAS TRANSACCIONES”, y la de “SI SE LLEGASE A ESTIMAR QUE LA RETENCIÓN DEL DINERO REALIZADA POR CONCELULAR EN EL MONTO POR ELLA CONFESADO O EN QUE SE DEMUESTRE EN EL PROCESO ES VALIDA, SE COMPENSE, DEBIDAMENTE ACTUALIZADA, CON CUALQUIER SUMA QUE SALIESE A DEBER COMO CONSECUENCIA DEL LAUDO MI REPRESENTADA”.

4. La demanda de reconvencción.

De acuerdo con lo indicado en la sección anterior, en el término de traslado la convocada **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.** formuló demanda de reconvencción (Fls. 444 a 446 Cdo. Ppal. No. 1), cuyas capítulo petitorio da cuenta de las siguientes pretensiones:

“PRIMERA. Se declare que CONCELULAR no tenía derecho a retener la suma de doscientos cincuenta y nueve millones seiscientos cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$259.654.550.00) o una mayor si se llegase a demostrar.

SEGUNDA. Se condene a CONCELULAR a reintegrar a COMCEL, inmediatamente quede ejecutoriado el laudo, la suma de doscientos cincuenta y nueve millones seiscientos cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$259.654.550.00) o la que se llegase a demostrar, junto con los intereses moratorios a partir del 4 de mayo de 2004 y hasta cuando el pago se efectúe o, en subsidio, con la correspondiente actualización tomando como base el índice de precios al consumidor IPC.

TERCERA. Que se impongan a CONCELULAR las costas”

Como hechos sustento de las pretensiones que se acaban de transcribir, en la demanda de reconvención se expusieron los siguientes:

“1. El 4 de mayo de 2004 CONCELULAR de manera unilateral dio por terminado el contrato de distribución que venía ejecutando con COMCEL desde el 17 de marzo de 1999.

2. En esa fecha CONCELULAR tenía en su poder, al menos, la suma de \$259.654.550.00, que los usuarios del servicio de telefonía celular le habían entregado.

3. CONCELULAR debía entregar las sumas correspondientes al total advertido por ella misma en la demanda, o el que se demuestre, a COMCEL.

4. Al dar por terminado unilateralmente el contrato, CONCELULAR retuvo ilegalmente al menos esa suma, sin tener motivo legal que justificara ese abusivo proceder”

5. Respuesta a la demanda de reconvención:

La parte convocante y reconvenida, contestó la reconvención formulada en su contra (Fls. 452 a 454 Cdo. Ppal. No.1), formulando una única excepción de mérito que tituló “EJERCICIO VÁLIDO DEL DERECHO DE RETENCIÓN POR PARTE DE CONCELULAR”, habida cuenta que lo que se ejecutó entre las partes fue un contrato de agencia comercial, que fue grave y reiteradamente incumplido por **COMCEL**, circunstancia que motivó su terminación unilateral por el agente, esto es, **CONCELULAR**. Por tal razón y con amparo en la Ley, concretamente en el artículo 1326 del C. de Co., el convocante retuvo los dineros que tenía en su poder “*con el propósito de garantizar el pago de las indemnizaciones a que, de acuerdo con la ley, tiene derecho junto con el valor de las demás sumas de dinero que por cualquier otro concepto se le esté adeudando, en ejercicio válido y legítimo del derecho de retención*”.

CAPITULO TERCERO

PRESUPUESTOS PROCESALES Y FUNDAMENTOS DEL LAUDO

En la especie de autos, la parte convocada ha objetado la competencia del Tribunal formulando con tal propósito la excepción que denominó “falta de competencia del Tribunal de Arbitramento para pronunciarse sobre aspectos relacionados con la supuesta posición dominante de COMCEL y su abuso...”, aspecto éste de la litis acerca del cual, luego de efectuado el correspondiente estudio de mérito en relación con los elementos configurativos de la posición dominante que se le atribuye a la convocada y del abuso que a ella se le imputa, estudio de cuyas conclusiones se da cuenta a espacio más adelante, hay lugar a reiterar lo decidido sobre el particular en el auto No. 6, proferido con fecha 5 de abril de 2005 y por ello estima el Tribunal que dicha excepción no está llamada a prosperar.

Sentado lo anterior y en cuanto del compendio de antecedentes realizado en los dos capítulos anteriores, se sigue que la relación procesal existente en este caso se configuró regularmente y que en su desenvolvimiento no se incurrió en defecto alguno que, por tener trascendencia suficiente para invalidar total o parcialmente lo actuado con arreglo a la ley y no encontrarse saneado, imponga darle aplicación al Art. 145 del C. de P.C., corresponde ahora decidir acerca de la controversia sometida a arbitraje por las partes, finalidad en orden a la cual son conducentes las siguientes

CONSIDERACIONES

I. EL CONTRATO CELEBRADO ENTRE LAS PARTES. SU NATURALEZA Y EL REGIMEN JURIDICO QUE LE ES APLICABLE.

1. Basta la lectura de las pretensiones principales y subsidiarias formuladas en el escrito de convocatoria al arbitraje (demanda) materia del presente proceso, así como de la réplica a dicho escrito efectuada por la compañía convocada, para de entrada darse cuenta que, muy a pesar de la aparente claridad que sobre el particular arroja la rotunda literalidad de estipulaciones contenidas en el documento que con fecha diecisiete (17) de

marzo de 1999 suscribieron COMCEL S.A y CONCELULAR LTDA –hoy sociedad anónima en liquidación- tienen estas entidades en la actualidad criterios discrepantes acerca de la calificación jurídica que, integralmente, debe recibir la relación negocial entre ellas surgida del contrato que en aquél entonces catalogaron como de “...distribución...” y cuya celebración acredita el citado documento visible, junto con los anexos que lo complementan, a fls. 78 a 138 del C. 3 de pruebas del expediente. En otras palabras y en cuanto atañe a este específico tema de controversia entre los comprometidos, de nuevo sale a flote el conocido debate, al parecer inagotable, a que ya de vieja data ha dado lugar la indispensable tarea, nada sencilla por cierto, de fijar con arreglo a derecho los cauces precisos de conformidad con los cuales se configuran y operan, en circunstancias constantemente en evolución, los que en el tráfico comercial contemporáneo se suelen llamar “...canales de comercialización por terceros...”, expresión ésta de indiscutible proyección genérica con la que se alude a aquellos intermediarios calificados e independientes que, utilizando técnicas contractuales de variada índole flexibles y eficientes que, por supuesto, deben guardar además adecuada correlación con la clase de actividad distributiva de que se trate, establecen y mantienen vínculos duraderos de colaboración bilateral con los empresarios, productores de los bienes o prestadores de los servicios destinados a colocarse en el mercado mediante la gestión a dichos intermediarios confiada.

Así, pues, es a este último objetivo de dimensión económica a cuya consecución apuntan, en último análisis y por distintos procedimientos, las técnicas de contratación aludidas, tal y como lo destacan reconocidos tratadistas; “...En efecto, puntualiza uno de ellos (Manuel Broseta Pont. Manual de Derecho Mercantil. Vol II, Cap. 29, 11ª Edición), desde siempre el empresario se ha visto en la necesidad de rodearse de otras personas que lo auxilien en su labor. Algunas de ellas son dependientes o empleados (...); otras, las que ahora interesan, son autónomas, siendo ellas mismas empresarios que se dedican en forma habitual a colocar su organización al servicio de otros empresarios. Esta diversidad de sujetos no se presta a una fácil sistematización, dado que las tareas encomendadas son muy diversas, y la forma de la colaboración tampoco es idéntica (puede ser esporádica o puede ser estable). Aquí interesan sobre todo aquellas formas de

colaboración, destinadas a facilitar la promoción o conclusión de contratos (compras, ventas, etc) por cuenta de otro empresario. Destacan entre otros colaboradores figuras clásicas como los comisionistas, agentes y corredores, pero no obstante, en tiempos más recientes una categoría de colaboradores ha adquirido sustantividad propia: se trata de los distribuidores, noción amplia que ha acabado por imponerse en el lenguaje jurídico para referirse a todos aquellos empresarios que, de manera estable o continuada, se dedican a facilitar la difusión o colocación de los productos del empresario en el mercado...”, empresario al que por lo tanto y según los casos, puede atribuírsele la condición de comitente, agenciado, concedente o distribuido. Entendida con el significado unitario que sin discusión le asigna la economía descriptiva, habida consideración que se trata de un fenómeno hoy consolidado en el mundo y producto del auge del comercio acontecido en Europa a partir del siglo XI de la era cristiana, la función distributiva, vista en esencia como un modo legítimo en el sistema capitalista de obtener beneficios mediante el continuo intercambio de bienes con intervención de intermediarios, claramente se perfila, entonces, como un elemento relevante en el ámbito normativo en la medida que los operadores económicos se valen de mecanismos jurídicos para ponerla en práctica, mecanismos que de ordinario y como también lo indica la doctrina, “... bien pueden englobarse en la esfera del derecho societario o bien en la órbita de la contratación mercantil y, dentro de esta última, por un lado, tanto en el seno de la contratación típica como en el de la atípica y, por el otro, tanto en el ámbito de la actuación por cuenta ajena como en el de la actuación por cuenta propia...” (De la Cuesta Rute y Valpuesta Gastaminza. Contratos Mercantiles. Obra Colectiva. Tomo I, Cap. 4º).

En suma, el vocablo “distribución”, para el propósito que aquí resulta conducente considerar, se acostumbra a utilizar en dos sentidos, uno amplio, de carácter genérico, y el otro restringido, siendo ambos desde luego igualmente admisibles siempre y cuando el empleo que de cada cual se haga sea el que en rigor convenga a las circunstancias de hecho presentes. 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, contratos que como se apuntó líneas atrás, han proliferado en las últimas décadas por efecto básicamente de la creciente complejidad de los procesos de expansión en el mercado de las grandes empresas y los requerimientos de usuarios y consumidores frente a los cuales, valga recalcarlo, adquiere cada vez mayor importancia la existencia de una red integrada de distribución cuyo funcionamiento disciplinado, racional y eficiente, no puede serles en modo alguno indiferente a dichas empresas.

Es de recibo aseverar, en consecuencia, que la actividad de distribución a la que se viene aludiendo, comprende de suyo una muy amplia gama de modalidades de desarrollo posibles cuya aplicación en cada caso dependerá de las exigencias del tráfico, atendidas naturalmente las características del producto o servicio objeto de comercialización, modalidades todas ellas coincidentes, sin embargo, en cuanto dice relación a la finalidad que persiguen, habida cuenta que al unísono apuntan sin excepción a permitirle al proveedor, fabricante, importador o dispensador de servicios, colocar su producción mediante la cooperación estable con organizaciones empresariales independientes pero ligadas contractualmente a su actividad e incluso en esta última integradas. Y de entre dichas modalidades, de cara a la especie litigiosa de autos, importa ahora hacer énfasis en las que constituyen técnicas de distribución vertical, ya sea la que es ejecutada con el concurso de colaboradores autónomos que obran como auténticos gestores – intermediarios- por cuenta y al servicio de los intereses de aquél proveedor – empresario principal - , categoría esta a la que pertenecen los comisionistas, los agentes comerciales y los corredores, o bien la que se realiza indirectamente, acudiendo igualmente a organizaciones empresariales autónomas que, a diferencia de las anteriores, son puestas por su titular al servicio de la reventa, en nombre y por cuenta propia, de un determinado producto – mercadería o servicio – que adquieren en firme del proveedor con miras a secundar a este último en el propósito de comercializar tales productos en las llamadas “bocas de expendio”, actividad

esta que les es común a los concesionarios comerciales y a los distribuidores autorizados con franquicia o sin ella, para citar tan solo los ejemplos mas conocidos en el ámbito nacional.

Pero sin que ello implique poner en duda la conveniencia de la clasificación anterior, se hace necesario advertir que como efecto de la notable evolución que rápidamente experimentan los procesos de comercialización de bienes y servicios, unida a la también creciente especialización técnica que dichos procesos van imponiendo según lo exijan las necesidades del mercado, aquellas estructuras así identificadas en el plano conceptual, por lo general encierran situaciones contractuales de mayor complejidad, y es precisamente por esta razón que la solución de los laboriosos problemas de interpretación y calificación que con frecuencia suscitan, no puede ser otra distinta a aquella que, por supuesto prescindiendo de prejuicios dogmáticos, fluya directamente de la regulación que las partes contratantes, haciendo uso lícito de la autonomía privada que reconocen los Arts. 15,16 y 1602 del C. Civil, previeron en el acuerdo por ellas celebrado, apreciada esa regulación – resultado por definición de necesidades prácticas - en su composición integral y en función de la finalidad que la inspira, partiendo de la base de que por añadidura, en esta materia la terminología, utilizada comúnmente con el propósito de individualizar una cierta actividad de comercialización o al intermediario que habrá de ejecutarla, raro es que sea en realidad una provechosa herramienta para llegar a conclusiones claras y definitivas en esta exigente tarea. Puesta esta última en manos de jueces y árbitros, debe por lo tanto centrarse en la cuidadosa observación de las realidades que el mundo de los negocios mercantiles depara y que subyacen en los llamados “contratos no asociativos de colaboración entre empresas”, método que como en detalle se podrá ver mas adelante, es el que preponderantemente habrá de seguirse en la presente decisión y en cuyo mérito, en la medida que la comercialización de productos – bienes y servicios – con la intervención de agentes es sin duda una forma material de distribución en procura de hacer llegar tales productos a los consumidores y usuarios finales, realidad que por demás, al decir expresamente que el agenciamiento comercial puede tener cabida siendo el intermediario un distribuidor de uno o varios productos del empresario principal, es reconocida en el texto del Art. 1317 del C. de Co. y que, de dichos agentes,

conduce a predicar que en buena parte de los casos no son otra cosa que mediadores profesionales económicamente integrados en la estructura distributiva del empresario principal, hay lugar a concluir que en efecto, como lo afirma en su demanda la compañía convocante en la especie en estudio, a la relación convencional que la unió con la convocada desde marzo de 1999 hasta el mes de mayo de 2004, toda vez que en ella convergen elementos esenciales que son propios del tipo contractual descrito en el texto legal recién citado y, al mismo tiempo, reglas que corresponden al marco característico y perfectamente identificable de los contratos de distribución en sentido propio, pueden serle aplicables a la susodicha relación cuya calificación es motivo de discrepancia y a pesar de perentorias declaraciones del clausulado negocial en cuestión que llevan a entender lo contrario de estarse a su tenor literal, las normas legales imperativas que conforman el estatuto tutelar del agente comercial, particularmente en cuanto concierne al momento de terminación del respectivo nexo contractual, contenidas en el Cap. V, Título XIII, del Libro Cuarto del C. de Co.

2. Efectuadas las precisiones que anteceden y señalado como queda el alcance relativo atribuible a la clasificación teórica de los sistemas de distribución comercial de base contractual, elaborada con referencia a categorías que no pueden tomarse sino como ilustrativos referentes resultado de simplificaciones conceptuales que de suyo nunca son completo y fidedigno reflejo de la multiplicidad de situaciones siempre complejas que la realidad ofrece, bien puede decirse en orden a avanzar en el análisis, que en Colombia y por obra de la codificación mercantil vigente en esta materia específica desde su expedición en marzo de 1971, la configuración jurídica de las que se conocen como técnicas de distribución vertical por conducto de intermediarios autónomos e independientes, gravita alrededor de los contratos de agencia y de distribución en sentido estricto, dueños estos últimos de una “tipicidad social” que permite focalizarlos y, hasta donde es factible, fijar las características que los distinguen de los primeros, ellos sí legalmente nominados y de cuya regulación jurídica unitaria se ocupan los Arts. 1317 a 1331 de la recién aludida codificación.

En ambos supuestos, los intermediarios son personas físicas o jurídicas titulares de una organización empresarial propia que, a cambio de recibir una compensación económica que no siempre tiene carácter remuneratorio, realizan funciones de comercialización con independencia del empresario principal al servicio de cuyo interés actúan y con quien, por lo tanto, mantienen una relación estable y duradera en el tiempo; el factor específico que en línea de principio, al menos, evita confundirlos, deriva fundamentalmente del modo como desempeñan la mencionada función, habida cuenta que puede ella limitarse a la mera captación de potenciales clientes, poniendo a estos en contacto con el empresario principal y promoviendo la actividad mercantil de este último en los mercados de productos y de servicios, sin asumir, salvedad hecha de inequívocas estipulaciones que demuestren cosa diferente, riesgos de ninguna índole asociados al cumplimiento por terceros adquirentes o usuarios en las operaciones o negocios de realización, o bien puede la labor intermediadora en referencia, ponerse de manifiesto en la asunción de la comercialización y venta por cuenta propia de los productos que aquél empresario le suministra, de ordinario conforme a la disciplina de una red de distribución integrada y bajo control de este último.

La primera de las actividades así descritas es típica en los agentes comerciales, gestores por antonomasia de intereses ajenos y quienes no adquieren en firme para después revender sino que, aún en la hipótesis excepcional de que cuenten con facultades representativas, se limitan en su labor de promoción a ejecutar la política comercial del agenciado, al paso que la segunda de aquellas actividades caracteriza a los distribuidores en sus distintas clases y que contra lo que a primera vista pudiera pensarse tomando pie en apresuradas generalizaciones desvirtuadas a diario por la práctica de los negocios, tienen una estrecha semejanza con los primeros en razón a que, desde bastante tiempo atrás, el contrato de agencia cuya individualidad jurídica determina con desbordada amplitud el Art. 1317 del C. de Co. tantas veces citado, “...no se concibe en forma aislada sino en el marco de un proceso, mas amplio por supuesto, de distribución comercial...” por manera que, prosigue el mismo doctrinante, “... la colaboración en que se concreta la agencia se encuentra orientada, en la generalidad de los casos, hacia la distribución de los productos del empresario por cuya cuenta

actúa el agente...” (Fernando Martínez Sanz. La indemnización por Clientela en los Contratos de Agencia y Concesión, Cap.1, Segunda Edición, Madrid 1998). En otras palabras, esa similitud que importa en alto grado no menospreciar a la ligera, es notoria en lo que respecta a las relaciones contractuales “internas” con el empresario principal – agenciado o distribuido – en la medida que, en ambos casos, se trata de colaboradores suyos que despliegan la propia organización en procura de alcanzar beneficios de interés común, habida consideración que tratándose de los distribuidores, explica con acierto un sector mayoritario de la doctrina europea contemporánea (Francisco Vicent Chuliá. Introducción al Derecho Mercantil, Lección 15ª, Madrid 2001), “...la representación impropia o gestión del interés del empresario cuyos productos se distribuyen tiene mayor peso que la función que desempeña en ellos la compraventa. Si el distribuidor en la relación externa con los clientes compradores, no es un mero mandatario del empresario, como lo es el agente, en sus relaciones con el empresario representado su posición jurídica si es similar, análoga, a la del agente...”, mientras que acerca de estos últimos expresan seguidores de la misma tendencia doctrinaria, luego de hacer ver que, de hecho, también en la agencia se verifica una coordinación integradora de las conductas entre proveedor y agente, que pese a seguir este conservando su autonomía e independencia, viene entonces, en cierta medida, “... a integrarse dentro de la organización de la distribución del empresario. Ello es especialmente cierto cuando, por la importancia de los productos representados, el contrato se pacta con el carácter de exclusivo en el sentido de absorber la totalidad de la actividad y medios de que dispone la empresa auxiliar. De la misma forma, en todos estos contratos se aprecia cómo existe un deber común esencial, a saber: promover la distribución de los productos del empresario representado, deber que puede constatarse, no sólo en la agencia, sino también en aquellos contratos en que el distribuidor obra en nombre y por cuenta propios. El concesionario o el franquiciado, por ejemplo, operan en interés del fabricante o concedente (representación económica)...” (Fernando Martínez Sanz, Op. Cit, pag. 31).

En este orden de ideas, sin llegar hasta el extremo, equivocado por cierto, de sostener como algunos comentaristas nacionales lo hacen inspirados en el texto ambiguo de aquél precepto, que al final de cuentas no existe diferencia

sustancial apreciable entre los contratos de agencia comercial y los de distribución y por ello, en su concepto, da igual hacer uso de estas expresiones conforme a las preferencias personales de cada quien, no pueden, eso sí, ignorarse las notas comunes que acercan esas modalidades de comercialización puesto que ellas permiten explicar por qué, a pesar de haber declarado los contratantes desde un comienzo que el contrato celebrado es de “Distribución” y que la sociedad convocante es “...un distribuidor autorizado...” – primero en calidad de Centro de Ventas (CV) y luego, a partir de septiembre de 2000 como Centro de Ventas y Servicios (CVS) - a quien COMCEL S.A, en virtud de dicho contrato, “...le concede la distribución de los productos y la comercialización de los servicios de telefonía móvil celular...” respecto de los cuales la segunda entidad discrecionalmente estime de su interés la colocación de los mismos en el mercado consumidor, el vínculo así formado y la conducta desplegada por ambas partes para ejecutar las prestaciones objeto de las obligaciones por ellas asumidas, de hecho produjo una relación continuada de agencia comercial con el alcance y los efectos que a espacio se verán en apartes subsiguientes de estas consideraciones.

3. En este orden de ideas, sea lo primero señalar que es el propio texto escrito del contrato, al igual que el de varios de los anexos que lo integran, la fuente de primer orden de la cual emergen concluyentes argumentos demostrativos que ponen en evidencia la existencia real y efectiva del agenciamiento comercial en cuestión, circunscrita esta a la gestión intermediadora, de carácter auxiliar, estable y remunerada, que se obligó a adelantar CONCELULAR S.A. para comercializar, captando potenciales “abonados” en el mercado consumidor, el derecho a obtener los servicios de telefonía móvil celular cuya prestación ofrece COMCEL S.A al público, y de la que obviamente se excluye la labor, ella sí de distribución propiamente dicha, atinente a la venta de los llamados productos prepago “...Amigo de COMCEL...” que, en sus lineamientos de mayor relevancia, define y reglamenta el documento modificadorio del Anexo G del contrato – otrosí – visible a fls. 161 y siguientes del C. 3 de pruebas del expediente.

Quedó dicho con anterioridad que dentro de los rasgos que, vistos en su conjunto, identifican cada una de las figuras del agente comercial y del

distribuidor, en verdad vienen a ser pocos pero realmente significativos los que en última instancia marcan las diferencias que, valga de nuevo hacer énfasis en el punto, no impiden en manera alguna que un mismo intermediario, según el parecer de la doctrina y como es práctica que se repite cada vez con mayor frecuencia dado el alcance “marco” que de ordinario tienen los contratos de distribución, pueda ese intermediario “...actuar respecto al mismo empresario principal, en calidad de agente comercial a comisión en relación a determinados productos y, simultáneamente, en calidad de distribuidor-revendedor con un margen comercial respecto a otros, ya que no son actividades incompatibles...” (Enrique Guardiola Sacarrera. Contratos de Colaboración en el Comercio Internacional. Cap. 3º, Barcelona, 1998). Y es justamente a la luz de tales diferencias que en el caso presente resulta forzoso concluir, como enseguida se verá, que a pesar de las inoficiosas protestas y manifestaciones en sentido opuesto, contenidas en varias de las cláusulas predispuestas por la compañía convocada y que por adhesión consintió la convocante, se configuró una agencia comercial en cuanto dice relación con la colocación en el mercado consumidor de los servicios “activados” de telefonía móvil celular disponibles y ofrecidos por la primera de dichas entidades en las modalidades de prepago y pospago, agenciamiento que le da derecho a la segunda a invocar en su favor las normas imperativas que constituyen el estatuto especial de protección patrimonial de los agentes, consagrado en el C. de Co.

A - Reside la diferencia fundamental entre las dos figuras en que el distribuidor, siendo por definición un empresario independiente del proveedor distribuido con el que concierta un contrato en el que, en síntesis, tiene expresión un acuerdo normativo de ulteriores y sucesivas compraventas de determinado producto, frente a terceros no realiza, el aludido distribuidor, la función comercial propia de un gestor que obra por cuenta y en interés de aquél proveedor, cual es característico de los agentes aun en el evento de que cuenten con poderes de representación, sino que, por el contrario, es quien ha adquirido en firme el producto, encargándose luego de llevar a buen fin, por su cuenta y riesgo, la reventa del mismo en un ámbito territorial fijado de antemano. En otras palabras, la obligación principal contraída por los agentes comerciales no investidos de facultades

representativas, no es la conclusión de contratos sino la promoción de esa conclusión que en una fase posterior realizará el agenciado, por manera que así entendida, consiste en desplegar una actividad empresarial adecuada con el objetivo específico de crear y mantener clientela para el mismo agenciado, remitiendo a este los pedidos de bienes o servicios cuya comercialización le ha sido encargada, de modo tal que, al aceptar cada pedido por estimarlo conveniente a sus intereses y como genuino mandante que es, ese agenciado hace suyo el contrato que directamente habrá de vincularlo con el cliente y respecto del cual el agente interviniente no es más que un mediador remunerado; en la agencia, por ende, no hay en estricto rigor jurídico función distributiva cuyo presupuesto, por sabido se tiene, “...es la adquisición por parte del distribuidor de la titularidad de los bienes o del derecho a prestar los servicios que posteriormente coloca entre los consumidores y usuarios...” (De la Cuesta Rute y Valpuesta Gastaminza. Op. Cit, T. I, Cap. IV, Num. 9), luego en cada envío en propiedad al distribuidor, se configura un contrato de compraventa celebrado en aplicación del acuerdo marco que lo relaciona con el empresario principal de quien por añadidura, al revenderle a su turno a terceros, no obra como mandatario y debe pagarle el precio estipulado independientemente de que con posterioridad pueda efectuar esa reventa y de que obtenga o no el resultado económico de ella esperado.

De otra parte y en consonancia con lo anterior, las características que individualizan el tipo de beneficio llamado a compensar económicamente la actividad llevada a cabo por distribuidores y agentes, constituye igualmente un factor sin duda relevante para diferenciarlos, ello por cuanto es bien sabido que, tratándose de los primeros, el beneficio en mención está dado por la diferencia entre el precio de compra y el de reventa, mientras que el agente percibe un porcentaje del precio del producto, equivalente por lo general a porcentajes variables cuantificados sobre volúmenes de ventas. En otras palabras, y valga subrayarlo nuevamente, la actuación de aquellos no es en estricto rigor remunerada puesto que su ganancia vendrá dada en función del margen de descuento que el empresario principal – distribuido – les conceda precisamente por el volumen y la reiteración de las operaciones que efectúen; en la agencia comercial, por el contrario, la remuneración del gestor intermediario es “ a comisión” que, por un lado y al tenor del Art.

1322 del C. de Co., sólo le corresponde integralmente en los negocios de realización, concertados mediante su intervención con los terceros usuarios o consumidores que tengan ejecución regular, salvo que la falta de esta última le sea imputable al agenciado, y de otro lado, de conformidad con el precepto legal recién citado le compete asimismo por negocios directamente concluidos por el agenciado y que deban tener cumplimiento en la zona geográfica asignada al agente quien dada su autonomía profesional y el riesgo de empresa que asume, además y a diferencia de lo que ocurre por lo común con los mandatarios, salvo estipulación en contrario (art. 1323 del C de Co) no tiene derecho a obtener el reembolso de gastos de agencia.

B – En la especie de autos, encontrándose las partes de acuerdo en que, al menos, existió y se ejecutó entre ellas como consecuencia del contrato celebrado el 17 de marzo de 1999, una relación de distribución, tomada esta expresión desde luego en su sentido genérico, a estas alturas la controversia se centra entonces en determinar si, dentro de ese marco contractual de obligada referencia, la sociedad convocante realizó la clase de intermediación independiente, por cuenta y en beneficio de COMCEL S.A, que de conformidad con el Art. 1317 del C. de Co. es típica de la agencia comercial, y la respuesta que se impone, con vista en la prueba documental producida en el proceso, ha de ser afirmativa en lo que respecta a la “comercialización” de los servicios de telefonía móvil celular ofrecidos por la segunda de dichas entidades en planes postpago y prepago, encaminada a promover en el mercado, de acuerdo con las políticas comerciales y los criterios por ella fijados, la suscripción de tales servicios mediante la celebración por escrito del respectivo contrato llamado de “...Prestación de Servicio de Telefonía Móvil Celular...”, contrato este último a su turno definido por los mismos estipulantes como “...el acuerdo de voluntades celebrado entre COMCEL y sus abonados en el que se definen los derechos y las obligaciones de COMCEL y de sus abonados, para la prestación y utilización del servicio...”.

En efecto, de los términos del contrato denominado por la convocada de “distribución”, de un buen número de las cláusulas que integran su contenido y, específicamente, de sus Anexos y de los Manuales para Distribuidores y de Procedimientos, calificados estos últimos bajo el epígrafe “Términos de Referencia o Reenvío” en la cláusula 34 de aquél contrato

suscrito, como tantas veces se ha dicho, el 17 de marzo de 1999 por los compromitentes, emergen concluyentes elementos de juicio sobre los cuales, a pesar del vano empeño de pretender encubrirlos que sin mayor dificultad se aprecia en el conjunto de los documentos mencionados, se erige como realidad jurídica incontrastable que la sociedad convocante asumió el encargo de llevar a cabo, por un tiempo inicial de vigencia de tres años “...renovables automáticamente...” por mensualidades sucesivas y obligándose a hacerlo en forma autónoma “...por su propia cuenta, en su propio nombre, con su propia organización, personal e infraestructura y a su propio riesgo y costo...”, la actividad de comercialización consistente en promover el ingreso efectivo de “...abonados...” – entendida esta expresión con el alcance que le asigna el Num. 13 de la cláusula 1ª del “contrato de distribución” - al sistema de comunicación móvil celular de COMCEL S.A, acceso sujeto en cualquier caso a la aceptación discrecional de esta última entidad y que requería la correspondiente celebración con ella, no con CONCELULAR S.A, del contrato de suscripción de cada “...abonado...” al “...servicio de telefonía móvil celular...”, gestión por la cual y en función de su resultado, aquella compañía habría de reconocer una retribución en la modalidad de “...comisiones por activaciones y residuales...” bajo las condiciones y con los requisitos previstos en un comienzo en el Anexo A del “contrato de distribución”, modificado de común acuerdo por las partes con fecha 21 de septiembre de 2001 (c.fr, fls. 114 a 120, 147 a 152, 190 a 192 y 257 del C. 3 de pruebas del expediente) y del cual conviene, por ser su contenido ilustrativo en alto grado, hacer hincapié en los siguientes apartes:

(i) “... Se considerará que un abonado ha ingresado al SERVICIO por la actividad de comercialización del DISTRIBUIDOR, cuando COMCEL haya recibido de este y aprobado los documentos que trata el Num. 7.6 de la cláusula séptima del contrato de distribución, los demás que trata este Anexo A, los del manual de Procedimientos y los que sean exigidos por COMCEL, debidamente firmados y legalizados por el abonado que solicita el servicio y los servicios verticales por primera vez (el abonado). COMCEL, a su exclusiva discreción, se reserva el derecho de rechazar la activación de cualquier número de Abonados que le entregue el DISTRIBUIDOR, sin que por ello asuma prestación alguna para con éste ni deba reconocerse suma alguna...”, de donde se sigue que CONCELULAR S.A, lejos de adquirir en

firme, para después revenderla a terceros con un margen de beneficio, la titularidad del derecho a obtener la prestación de los servicios de telefonía móvil en referencia, realiza por cuenta y en interés de la entidad convocada una simple función de gestión intermediadora, luego aquella no se hace responsable directamente frente a los “abonados”, ello en razón a que como con anterioridad se apuntó, en el agenciamiento mercantil la vinculación jurídica de tipo contractual se crea entre dichos clientes y COMCEL S.A.

(ii) Siendo su propósito el de definir las actuaciones que dan derecho a remuneración y reglamentar su devengo y pago, consagra el Anexo A recién citado bajo el denominador común de “comisiones”, diversas modalidades retributivas de la gestión asumida por la convocante, en cantidades fijas en unos eventos y variables en otros, determinables estas últimas en función del volumen y el valor de las “activaciones” originadas en el desarrollo de dicha gestión. Así, pues, expresa en lo esencial el aludido documento que “...Para los planes 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 periodo...” y agrega que queda acordado expresamente que “...no se pagará comisión alguna además de los casos previstos en el contrato, si un abonado es activado al servicio y desactivado dentro de los doce meses siguientes de la activación. Así mismo, únicamente se causará dicha comisión si el abonado permanece en la red durante los doce meses contados a partir de la fecha de activación...”. Además, también con respecto a cada abonado COMCEL pagará una comisión “...denominada residual equivalente al 5% (...) o al 3% (...) de los ingresos que generen efectivamente comisión y que hubieren sido reconocidos por COMCEL por uso del servicio por parte del abonado correspondiente...”, y en cuanto atañe a los planes prepago, pone de manifiesto el Anexo que “...COMCEL reconocerá y pagará, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones previamente determinada por COMCEL para ese efecto...”, haciendo constar que los contratantes aceptan que los planos prepago a que se viene haciendo referencia, “...nunca han dado ni darán derecho a comisión residual...”.

En síntesis, aun cuando en homenaje a engañosas apariencias se diga que la voluntad de las partes fue la de excluir de raíz conclusión semejante, lo cierto es que la prueba reseñada es suficiente con creces para tener por demostrado que dentro del amplio marco del “contrato de distribución” celebrado, la convocante se obligó a desplegar una actividad de promoción comercial, remunerada “a comisión” y adecuada para lograr clientes por cuenta y en interés de la convocante, remitiéndole a esta las solicitudes de servicios de telefonía móvil celular cuya comercialización se le encomendó, de manera tal que al “...autorizar y aceptar ...” aquella compañía esas solicitudes, surge el nexo contractual que la vincula con los consumidores y usuarios que las presentaron, nexo respecto del cual CONCELULAR no es parte pero en cuya ejecución regular, como su intermediario, debe colaborar activamente. Hay lugar, entonces, a estimar, por encontrarse fundada con arreglo a derecho, la pretensión deducida por esta última entidad en el sentido de declarar en el presente laudo que, efectivamente y con el alcance fijado en las consideraciones que anteceden, entre ella como agente comercial y COMCEL como agenciada, se concertó y ejecutó un contrato de agencia para promover en el mercado consumidor la venta de bienes y servicios inherentes a su sistema de comunicación móvil celular, ofrecidos por esta última; e igualmente, no está llamada a prosperar la séptima excepción perentoria, formulada por la parte convocada en el escrito de contestación de la demanda, bajo la denominación “el Contrato celebrado y ejecutado no es de agencia comercial”.

II. ABUSO DEL DERECHO Y DE LA POSICIÓN DOMINANTE EN LA CELEBRACIÓN DEL CONTRATO Y EN LAS CLÁUSULAS DEL MISMO SEÑALADAS POR LA CONVOCANTE.

1) Abuso del derecho y de la posición dominante en la celebración del CONTRATO.

A) Consideraciones generales sobre el abuso del derecho.

- Cláusulas abusivas.

La aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo contractual, específicamente al de la contratación masiva, ha dado lugar a la elaboración de la doctrina de las cláusulas abusivas. Se ha entendido por tales, las estipulaciones que producen una desproporción significativa e injustificada entre las obligaciones de las partes, desproporción que implica violación de la buena fe a que están obligados los contratantes. La finalidad es bastante obvia: se trata de proteger a la parte débil de la relación contractual, la cual parte en la contratación masiva no participa en la determinación del contenido del contrato y cuando lo celebra se limita a aceptar el texto predispuesto por la otra parte.

Y es precisamente esa desigualdad de las partes la situación que puede dar lugar al ejercicio abusivo del derecho de contratar y del poder de negociación anejo a él, donde se centra la teoría del abuso del derecho en su modalidad de las cláusulas abusivas. Se trata de evitar el abuso de la parte fuerte en la determinación del contenido del contrato. Debe precisarse a este respecto que la situación propicia al abuso puede presentarse tanto en los contratos de adhesión de la doctrina francesa como en las “Condiciones generales de la contratación” de la doctrina alemana, pues, a pesar de que doctrinariamente se han señalado diferencias entre las dos figuras, lo cierto del caso es que para el análisis que se adelanta, lo decisivo es que una de las partes predisponga el contenido del contrato y la otra se limite a aceptarlo o rechazarlo.

En principio, la doctrina de las cláusulas abusivas se ha aplicado a las relaciones contractuales con consumidores, pero en teoría nada se opone a que se dé la situación abusiva en contratos celebrados entre profesionales. No obstante, la Directiva Europea de las cláusulas abusivas, 93/13 del 5 de abril de 1993, circunscribe su aplicación a las relaciones contractuales con consumidores o con personas que no actúen como profesionales.

Es sabido que la teoría del abuso del derecho ha tenido entre nosotros un largo y copioso desarrollo jurisprudencial, en el cual pueden distinguirse cuatro momentos: 1) admisión de la teoría para ciertos abusos cometidos en

ejercicio del derecho de propiedad; 2) aceptación del abuso del derecho como una especie de culpa aquiliana; 3) aplicación de la figura en el campo contractual; y 4) recepción de las variantes modernas de las cláusulas abusivas y del abuso de la posición dominante. Este desarrollo jurisprudencial ha recibido un gran impulso en las últimas décadas, en razón, entre otras cosas, de que el Código de Comercio de 1971 consagró expresamente la teoría del abuso del derecho y la Constitución de 1991 la elevó a rango constitucional y, además, prohibió el abuso de posición dominante.

- Abuso de la posición dominante

La aplicación de la teoría del abuso del derecho al campo de la libertad económica y concretamente a la protección de la competencia libre, ha dado lugar a la elaboración de la doctrina del abuso de la posición dominante. En términos generales, se ha entendido que un agente económico tiene posición dominante cuando puede fijar las condiciones del mercado respectivo, lo cual, como es evidente, puede afectar la competencia; y se ha entendido que hay abuso de la posición dominante cuando el agente que la ostenta afecta con sus actos la competencia libre. La doctrina está más referida al mercado mismo que a situaciones individuales, pero en algunas legislaciones se le ha dado un doble alcance y se aplica tanto a las prácticas restrictivas de la competencia como a las relaciones contractuales.

En Colombia, el Constituyente de 1991 consagró la figura del abuso de la posición dominante en defensa de la libertad económica y dispuso en el artículo 333 que “El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.” Y el Decreto 2153 de 1992 define el concepto de posición dominante en el mercado y enumera taxativamente los comportamientos constitutivos de tal abuso, todos referidos a la libre competencia, es decir, al mercado.

Leyes posteriores, sin embargo, han dado al concepto de abuso de la posición dominante el doble alcance al que nos hemos referido anteriormente. En el campo de los servicios públicos domiciliarios lo hizo la ley 142 de 1994 al definir el concepto de posición dominante; y en el sector financiero, el Estatuto Orgánico del Sistema Financiero al prohibir a las instituciones financieras convenir cláusulas exorbitantes que pudieran dar lugar al abuso de la posición dominante.

Sobre este particular, vale la pena traer a colación lo dispuesto por la Decisión 185 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena. En su artículo 3° preceptúa: “Se entiende que una o varias empresas gozan de una posición de dominio cuando pueden actuar de forma independiente, sin tener en cuenta a sus competidores, compradores o proveedores”; y a renglón seguido menciona algunas de las causas que pueden producir esa situación de dominio, como la participación en el mercado respectivo, características de los productos, desarrollo tecnológico de los mismos y otras. Y en su artículo 5° enumera los casos de abuso de posición dominante en el mercado y deja abierta la posibilidad de considerar como tales “otros de efectos equivalentes.”

De lo anteriormente expuesto se colige respecto del abuso de la posición dominante, lo siguiente: i) La doctrina del abuso de la posición dominante está referida primordialmente a la protección de la libre competencia como pilar de la libertad económica (abuso de posición dominante en el mercado), pero como práctica restrictiva de la competencia que es, también puede afectar intereses individuales de carácter contractual (abuso de posición dominante en el contrato). ii) Cuando el comportamiento abusivo en el contrato predispuesto no tenga el carácter de práctica restrictiva de la competencia, se estará simplemente ante un abuso del derecho de contratar, es decir, se estará en el campo de las cláusulas abusivas. iii) En este último evento, la posición dominante no está referida al mercado sino a una determinada relación contractual en la que la parte fuerte (dominante) predispone el contrato.

Así las cosas y por cuanto al tenor de lo que queda expuesto, no se trata en el caso presente de establecer la existencia de posición dominante de

COMCEL S.A. en el mercado de la telefonía móvil celular para imponer medidas correctivas y de control cuya competencia se encuentra reservada por la ley de manera privativa, autoridades administrativas como la Superintendencia de Industria y Comercio, este Tribunal es competente para conocer del abuso de posición dominante contractual imputado a la convocada.

- Cláusulas abusivas y abuso de posición dominante en el derecho positivo colombiano.

Sin pretender hacer una enumeración completa, puede decirse que actualmente la teoría del abuso del derecho y sus variantes de las cláusulas contractuales abusivas y del abuso de la posición dominante, encuentran asidero en el derecho positivo colombiano, especialmente en los siguientes textos:

Constitución Política: el artículo 95 incluye entre los “deberes de la persona y el ciudadano” el de “respetar los derechos ajenos y no abusar de los propios” En el artículo 230 preceptúa: “Los jueces, en sus providencias, sólo están sometidos, al imperio de la ley. La equidad, la jurisprudencia, los principios generales del derecho y la doctrina son criterios auxiliares de la actividad judicial”. Y el artículo 333 dispone: “El Estado por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que persona o empresa hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

Código Civil: entre otros textos aplicables a la materia que se analiza, contiene los siguientes: Artículo 15: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia” Artículo 16: “No podrán derogarse por convenios particulares las leyes en cuya observancia estén interesados el orden público y las buenas costumbres. 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”. Artículo 2341: “El que ha cometido un delito o culpa, que ha inferido daño a otro, es obligado a la indemnización, sin perjuicio de la pena principal que la ley le imponga por la culpa o el delito cometido”. Artículo 2356: “Por regla general todo daño que pueda imputarse a malicia o negligencia de otra persona, debe ser reparado por ésta”.

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

Ley 142 de 1994: al regular el contrato de servicios públicos que celebra una empresa suministradora y un usuario, define la posición dominante como “la que tiene una empresa de servicios públicos respecto a sus usuarios; y la que tiene una empresa, respecto del mercado de servicios y de los sustitutos próximos a éste, cuando sirve el 25% o más de los usuarios que conforman el mercado.” Se ocupa también de las cláusulas abusivas y, entre otras cosas, establece al respecto la presunción legal de que las que enumera a título de ejemplo se consideran como tales, lo mismo que “cualesquiera otras que limiten en tal forma los derechos y deberes derivados del contrato que pongan en peligro la consecución de los fines del mismo”.

Decreto 2153 de 1992: al desarrollar la prohibición constitucional de abusar de la posición dominante en el mercado, dispone en su artículo 45 que la posición dominante es “la posibilidad de determinar, directa o indirectamente, las condiciones de un mercado”. Y en su artículo 50 enumera las conductas constitutivas de abuso de posición dominante.

Decreto 663 de 1993 o Estatuto Orgánico del Sistema Financiero: contiene normas relativas a la protección del cliente de instituciones financieras y de una manera general prohíbe las cláusulas exorbitantes o

que den lugar a un abuso de posición dominante en el campo de las relaciones contractuales.

B) El abuso del derecho y de la posición dominante contractual en la celebración del contrato.

Dicho está que se halla plenamente establecido en el expediente que convocante y convocada celebraron un contrato el 17 de marzo de 1999, mediante el cual, de acuerdo con la cláusula 3ª del mismo, “COMCEL, concede a “DISTRIBUIDOR” como DISTRIBUIDOR **CV** –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.”

Sea lo primero dejar sentado con toda claridad que los requisitos de existencia y validez del mencionado contrato se cumplen íntegramente. La capacidad de las partes no está en discusión, como tampoco lo está la existencia de causa real y lícita. El consentimiento mismo de los contratantes no está cuestionado, aunque sí su libertad, en cuanto se imputa a COMCEL S.A. haber presionado a CONCELULAR para que celebrara el contrato y aceptara algunas modificaciones al convenio, especialmente en lo relativo a disminución de las comisiones; sin embargo, se entiende que la convocante no pretende la rescisión del contrato por fuerza, sino que tales presiones –de haber existido- contribuyan a configurar el abuso del derecho y de la posición dominante contractual en relación con la celebración misma del convenio y con las cláusulas presuntamente abusivas. También el objeto del contrato es real y lícito; la licitud, no obstante, está cuestionada para algunas cláusulas, en cuanto se afirma que implicaron un ejercicio abusivo del derecho y de la posición dominante en el contrato, o se habría violado una prohibición legal; pero el objeto del contrato como tal, se repite, es real y lícito. Finalmente, estamos en presencia de un contrato atípico híbrido de carácter consensual, y por lo tanto, no se presenta pretermisión de solemnidades ad substantiam actus.

Las partes contratantes, CONCELULAR y COMCEL S.A., son dos sociedades constituidas de acuerdo con la ley colombiana, y, como tales, ostentan la calidad de comerciantes. Se trata, pues, de un contrato celebrado entre personas que se dedican profesionalmente al ejercicio del comercio.

No son de recibo, en consecuencia, los argumentos según los cuales la convocante no era experta en agencia comercial y desconocía el negocio de la telefonía móvil. A más de ser profesional del comercio, está probado que la sociedad convocante, antes de celebrar el contrato a que nos venimos refiriendo, había sido subdistribuidora de COMCEL tal y como lo informa el representante de la convocante al absolver interrogatorio de parte (fls. 97 y siguientes cdn. de Pruebas No. 10) y lo corroboran los testimonios de Carlos Mario Gaviria y Jorge Andrés Villalba que obran a fls. 18 y siguientes y 117 y siguientes respectivamente del cdn. de Pruebas No. 10. Adicionalmente, debe recordarse que, en cumplimiento de los más elementales deberes de diligencia y cuidado, CONCELULAR debió haberse informado sobre la forma contractual de la relación comercial que iba a iniciar con COMCEL antes de suscribir un contrato que habría de ser trascendental en el desarrollo de su objeto social. Y para abundar en razones, digamos que también se encuentra probado que en el curso de la vida social de la compañía convocante, algunas personas que habían estado vinculadas laboralmente a COMCEL ingresaron a CONCELULAR como empleados y accionistas (testimonios de Carlos Mario Gaviria y Marina Cuartas Echavarría). Se impone, entonces, concluir que el contrato se celebró entre dos comerciantes conocedores del negocio de la telefonía móvil, con sus respectivas empresas debidamente organizadas y con plena conciencia de las repercusiones económicas y jurídicas que produciría su celebración.

Es cierto que la parte fuerte (dominante) de la relación contractual, independientemente de que tuviera posición dominante en el mercado, era COMCEL S.A. por sus dimensiones económicas y financieras, su vinculación a un conglomerado transnacional con experiencia internacional en el ramo de la telefonía móvil y, en fin, por su carácter de concesionaria del servicio de telefonía móvil en una parte importante del territorio nacional. También es cierto que esa fortaleza le permitió predisponer el texto del contrato que habría de celebrar para la comercialización de sus servicios y productos, hecho que es aceptado por COMCEL en el escrito de contestación de

demanda. Lo que no aparece probado es que COMCEL abusivamente, haya presionado a CONCELULAR para que celebrara el contrato tal como había sido predispuesto por ella. Frente al contrato que COMCEL le ofrecía celebrar, CONCELULAR era plenamente libre de aceptar o no aceptar. Optó por la aceptación, adhiriendo al contrato predispuesto por la otra parte y, al hacerlo, consintió plenamente. No sobra recordar a este respecto que el consentimiento del adherente en el contrato de adhesión es un verdadero y propio consentimiento, y el contrato a que da vida ese consentimiento es un verdadero y propio contrato, como lo tiene establecido la jurisprudencia nacional de tiempo atrás.

Estamos, pues, en presencia de un contrato válidamente celebrado y para cuya concertación no está probado que COMCEL ejerciera abusivamente su derecho a contratar ni su posición dominante en la relación precontractual. Por lo tanto, la pretensión segunda del capítulo V de la Sección I de la demanda, mediante la cual se pretende la declaración de que hubo abuso del derecho y de la posición dominante contractual en la celebración del contrato, no cuenta con el necesario respaldo probatorio y por lo tanto no puede recibir despacho favorable.

Que, como se acaba afirmar, no haya habido abuso del derecho y de la posición dominante por parte de COMCEL en la conclusión del contrato, de suyo no quiere decir que, debido a esa circunstancia, no pueda haber cláusulas del contrato no negociadas individualmente, afectadas por desequilibrios importantes contrarios a los dictados de la buena fe objetiva, por lo cual se procede a adelantar el análisis correspondiente, dando por entendido, desde luego, que puestas en este punto las cosas, con certeza puede afirmarse que ese juicio de “abusividad” a efectuarse, y contra lo que parece dar a entender la sociedad convocante en su demanda, no se produce en forma automática y necesaria frente al escueto contenido de las cláusulas objetadas, habida cuenta que debe en todo caso aparecer matizado por una actividad ponderada de apreciación y valoración de las circunstancias subjetivas y objetivas concurrentes que por fuerza son cambiantes según los casos.

2) Análisis de las cláusulas del contrato señaladas en la demanda como afectadas por ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante contractual imputados a COMCEL.

Como quedó dicho, las cláusulas abusivas, derivadas del abuso del derecho a contratar, o del abuso de posición dominante contractual, establecen un desequilibrio significativo e injustificado en la relación, con detrimento de la buena fe a que están obligados los contratantes, tanto en el momento de la celebración del contrato como en el de su ejecución. No todo desequilibrio contractual, en consecuencia, implica abuso del derecho y de la posición dominante, sino los que presentan las características que se acaban de señalar, luego para precisar si las cláusulas desequilibradas implican o no los mencionados abusos, además de su consideración en abstracto, se requiere como se indicó, estudiarlas en concreto, vale decir, tomando en cuenta factores como las condiciones individuales y profesionales de los contratantes, el tipo de negocios de que se trata, las características del mercado donde se van a desarrollar las actividades y otros que no es del caso detallar.

Es de público conocimiento que el mercado de la telefonía móvil se caracteriza, entre otras cosas, por la intensidad de la competencia y la vulnerabilidad a los cambios tecnológicos, en una palabra, por su dinamismo, que es la característica genérica que le atribuye el apoderado de la parte convocada. En razón de lo anterior, resulta claro que una empresa que, como ya se dijo, tiene vinculaciones con transnacionales que poseen experiencia en el negocio de la telefonía móvil y dispone de personal calificado, debe adelantar, de acuerdo con prácticas internacionales establecidas, un juicioso análisis del mercado que va a atender, antes de realizar la cuantiosa inversión que exige el ingreso a dicho mercado. Tal estudio, conocido en la práctica como “plan de negocios”, permite a la empresa formular las políticas de mercadeo y ventas, financiera y administrativa, a las cuales deben ceñirse las formas jurídicas que se adopten, entre otras cosas, para la comercialización de sus servicios y productos.

Se sigue de lo anterior que la sola predisposición del contrato de distribución o agencia comercial por parte de COMCEL con algunas cláusulas desequilibradas no es por sí solo un indicio definitivo del que pueda inferirse que está dirigida a perjudicar a sus distribuidores o agentes, lo cual sería contraproducente, sino simplemente a configurar una red de comercialización integrada por intermediarios independientes - distribuidores o agentes - que le permitan penetrar el mercado tan profundamente como sea posible y sostenerse en la posición alcanzada, lo cual exige una gran flexibilidad para reaccionar oportunamente ante los cambios que se produzcan en el mercado. Se garantiza así una operación rentable que hace posible la supervivencia de la compañía y permite a dichos intermediarios, a su vez, operar rentablemente y también sobrevivir.

Dicho con toda claridad: un contrato de distribución o agencia totalmente equilibrado y rígidamente concebido pondría a COMCEL en situación desventajosa frente a sus competidores, pues, entre otras cosas, le impediría reaccionar rápida y adecuadamente a los cambios del mercado y se pondría así en peligro la supervivencia misma de la compañía y de sus distribuidores o agentes. No sobra poner de presente a este respecto que una compañía como COMCEL puede asumir directamente la comercialización de sus productos y servicios; si no lo hace es porque no le resulta conveniente en vista de las circunstancias, pero en un momento dado las condiciones fácticas pueden variar y la comercialización directa devenir ventajosa.

Lo anterior no obsta, sin embargo, para que en algunos casos se incurra en excesos constitutivos de abuso del derecho y de la posición dominante contractual, o de otras irregularidades. Se impone así analizar detalladamente las cláusulas acusadas de implicar abuso del derecho y de la posición dominante contractual o que puedan estar afectadas por otros vicios, en orden a determinar cuáles son inválidas o ineficaces y cuáles no lo son, siguiendo al efecto el mismo orden en que son presentadas en la demanda y previas las precisiones que se hacen a continuación.

En primer lugar, se observa que en algunas pretensiones de la Sección I de la demanda se solicita la declaratoria de invalidez o ineficacia de cláusulas determinadas del contrato por implicar ejercicio abusivo del derecho y de la posición dominante, y, como consecuencia de la declaración pedida, a renglón seguido se demanda la declaratoria de invalidez o ineficacia de cláusulas indeterminadas, en los siguientes términos: “... todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de COMCEL” Esto ocurre en los siguientes casos:

- 1) Pretensión 2ª del capítulo I.
- 2) Pretensión 2ª del capítulo II.
- 3) Pretensión 3ª del capítulo III.
- 4) Pretensión 2ª del capítulo V.

La generalidad e indeterminación de estas pretensiones hará que el Tribunal no se pronuncie sobre ellas. Su actividad a este respecto se limitará a considerar la invalidez o ineficacia de las cláusulas específicamente señaladas en la demanda como afectadas por ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante.

En relación con la pretensión 1ª del capítulo V, dirigida a “que se declare, en aplicación del Art. 830 del C. de Co., que COMCEL incurrió en abuso del derecho y en ejercicio abusivo de la posición dominante, tanto en la celebración del contrato de agencia comercial, como en la ejecución del mismo”, el Tribunal precisa que en lo relativo a la celebración del contrato ya se pronunció y sobre la ejecución del contrato se pronunciará en la tercera parte de este laudo.

En tercer lugar, observa el Tribunal que la pretensión 3ª del capítulo V está dirigida a que, una vez declarada la invalidez o ineficacia de las cláusulas

relacionadas en la pretensión 2ª del mismo capítulo, “se declare que las mencionadas cláusulas no produjeron efectos jurídicos entre las partes”. Esta solicitud se encuentra francamente improcedente, pues la consecuencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia es precisamente que el acto no produzca entre las partes los efectos previstos por ellas, o por la ley.

Finalmente, la declaratoria de invalidez condicionada que solicita la convocante en la pretensión sexta del capítulo V de la sección I de la demanda, también se encuentra improcedente. En la hipótesis de que no se declare la invalidez o ineficacia de las cláusulas a que se refiere la pretensión segunda del mencionado capítulo V, no es del caso declarar una validez condicionada a que su aplicación no cause perjuicio económico a CONCELULAR, ya que la causación de perjuicios a una de las partes no afecta por sí misma la validez o eficacia de un contrato, ni constituye motivo para que las cláusulas se consideren de “uso restringido” ni “se interpreten o apliquen en forma más favorable a Concelular”.

A. “CAPÍTULO I. PRETENSIONES REFERIDAS A LA NATURALEZA DEL CONTRATO CELEBRADO Y EJECUTADO.”

“**SEGUNDA.** Que como consecuencia (de haber declarado que el contrato fue de Agencia comercial) se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLÁUSULA 4. “NATURALEZA Y RELACIÓN (sic) ENTRE LAS PARTES”** del contrato que suscribieron **COMCEL Y CONCELULAR** el 17 de marzo de 1999..., pues su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y por ende la de todas aquellas cláusulas, adendos, otrosí, etc., que sean consecuencia directa o indirecta, o resulten conexas, o derivadas de ellas, o las que aparezcan en cualquier documento suscrito en cualquier época, en el mismo sentido, por haber sido impuestas en el ejercicio abusivo del derecho y del abuso de la posición dominante por parte de COMCEL, (...) La cláusula 4 dice así:

“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 presentarse 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 establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas”.

Quedó establecido en la Primera Parte de este laudo que el contrato celebrado y ejecutado por las partes fue complejo: tuvo el carácter de distribución en lo relativo a la comercialización mediante reventa de productos prepago y agencia comercial en relación a la promoción de planes prepago y pospago. Por cuanto la naturaleza de la relación contractual ha sido definida como de agencia comercial, al menos en parte, se impone determinar la validez o eficacia de la cláusula 4ª del Contrato, “Naturaleza y Relaciones entre las Partes” (pretensión segunda de este capítulo) y, de una vez, la del numeral 4º del Anexo F, “ACTA DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN” (literal 1 de la pretensión segunda del capítulo V) El texto del mencionado numeral 4º es como sigue:

“4º. 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 a las indicadas en precedencia 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.”

Las cláusulas transcritas, en síntesis, establecen lo siguiente: que el contrato celebrado es de distribución y no de agencia comercial; y que en caso de que “la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial”, las partes “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.”

Se tiene, entonces: que a un contrato cuyo clausulado y forma de ejecución le dan el carácter de agencia comercial en cuanto a la comercialización de los productos pospago del agenciado, expresamente se niega que lo sea en una estipulación contractual y además se incluye dicha negación en un modelo de transacción que como anexo hace parte del mismo contrato; y que en dicho modelo de transacción se prevé que en caso de que “la relación jurídica contractual” devenga en agencia comercial, las partes renuncian recíprocamente a toda prestación legal, especialmente a la contemplada en el art. 1324 del C. de Co. La primera de las disposiciones contractuales que se acaban de resumir tiene como finalidad práctica fundamental sustraerse el agenciado al pago de la prestación y la indemnización establecidas en el art. 1324 del C. de Co.; y la segunda contempla abiertamente una renuncia para el caso de que la primera no tenga efectividad.

Establecido lo anterior, debe ponerse de presente que el art. 1324 del C. de Co. es claramente protector de la actividad de los agentes comerciales y que la jurisprudencia tiene establecido que es de orden público, y por serlo no puede derogarse por convenio particular, a términos del art. 16 del C. Civil.

Se configura así para estas estipulaciones el objeto ilícito, de acuerdo con el último párrafo del art. 1518 del ib., pues por medio de ellas se infringe una prohibición legal y se atenta contra el orden público. Se sigue de lo anterior que, de acuerdo con los numerales 1 y 2 del art. 899 del C. de Co., las dos cláusulas referidas adolecen de nulidad absoluta y así lo declarará el Tribunal.

“TERCERA. Se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLÁUSULA 30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTO**”, **“ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6”** y **“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral II. Párrafo Final”**. Aduce el demandante que “su contenido implica un ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante.”

Esta pretensión se refiere a tres cláusulas que conviene estudiar conjuntamente y cuyos textos son los siguientes:

“CLÁUSULA 30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTO: “...Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.

“ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6: “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.

“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numera II. Párrafo Final, **que reza: “ Del ahorro por descuentos que recibe EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el 20% del mismo, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza...”**”.

Las tres cláusulas en los apartes transcritas tienen la misma finalidad: que el 20% de los valores que reciba el agente del agenciado durante la vigencia del contrato, constituya “un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa o concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza “.

Nada se opone a la validez de estas disposiciones contractuales. El pacto de pago anticipado es perfectamente válido porque, además de no estar prohibido, no atenta contra el orden público y, en todo caso, no vulnera los derechos del agente ni genera desequilibrio entre las partes. Desde un principio los contratantes saben a qué atenerse en caso de que durante la ejecución del contrato o a su terminación, el agenciado o distribuido resulte obligado a pagar al agente o distribuidor cualquiera prestación, indemnización o bonificación. En esta forma las partes tienen claras las condiciones económicas del contrato que van a celebrar y pueden así realizar sobre bases ciertas sus cálculos sobre rendimiento de la inversión. Otra cosa es que el pago se haya realizado efectivamente en la medida en que se fueron recibiendo por el agente los “valores” y “ahorro” provenientes de COMCEL. Es decir, el pacto es válido como tal, pero para tener poder liberatorio es preciso que el pago anticipado se haya llevado a cabo realmente, aspecto éste que será considerado en la Tercera Parte de este laudo.

Vale la pena recordar a este respecto que la H. Corte Suprema de Justicia ha aceptado como válido el pago anticipado de la prestación consagrada en el art. 1324 del C. de Co y no se ve por qué no pueda serlo cuando se refiere a “toda prestación, indemnización o bonificación”.

En conclusión, se negará la pretensión de declarar inválidas o ineficaces la cláusula 30 y el párrafo final del numeral II del Anexo G, en las partes transcritas en la demanda, y el numeral 6 del Anexo A y posteriormente determinará si el pago anticipado efectivamente se verificó.

B. “CAPÍTULO II. PRETENSIONES REFERIDAS A LA RENOVACIÓN DEL CONTRATO DE AGENCIA COMERCIAL.”

“SEGUNDA. Que como consecuencia (de haberse declarado que el CONTRATO “se renovó automáticamente a su vencimiento en las mismas condiciones y por el mismo término del contrato inicial”) se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLÁUSULA 5. “VIGENCIA DEL CONTRATO” Numeral 5.1**”, en la parte que dice: “... pero únicamente continuará vigente por periodos 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 de terminación, por lo menos con quince días comunes de anticipación a la fecha del vencimiento del correspondiente periodo mensual.”

La vigencia del contrato como se pactó es perfectamente válida. En nada afecta, en primer lugar, la continuidad que caracteriza a la agencia comercial, como lo acredita el hecho de que después del vencimiento del plazo inicial de tres años, el contrato hubiera seguido vigente aproximadamente durante dos años más. Que el contrato tuviera una vigencia fija de tres años ya garantizaba la continuidad de la labor que debía realizar el agente; y a partir de ese trienio, CONCELULAR aceptó libremente desde el principio que las prórrogas fueran mensuales y que el contrato pudiera terminarse por un preaviso dado con una antelación de quince días a la terminación del mes respectivo. Si esa fue la intención de las partes claramente expresada, no se ve por qué razón deba entenderse que el contrato se prorrogó en contra de esa declaración expresa.

No escapa al Tribunal el hecho de que las prórrogas mensuales introducen un elemento de inestabilidad en la ejecución del contrato, pero la aceptación de la cláusula por un profesional del comercio significa que en los cálculos sobre retorno de la inversión debió haber tomado en cuenta este hecho.

Además, de acuerdo con el número 5.2 de la cláusula 5, el contrato podía “ser renovado según los términos y las condiciones que las partes acuerden mutuamente.” Sin embargo, no se produjo prueba alguna que demuestre que durante la ejecución del contrato, la convocante insistió ante COMCEL para que se negociara una renovación del acuerdo, y solo en vísperas del rompimiento de la relación contractual solicitó una definición sobre este aspecto.

Así las cosas, no se ve cuál pueda ser la causal de invalidez o ineficacia de la cláusula, ya que no está prohibida, no atenta contra el orden público y no introduce desequilibrio injustificado entre las partes. No se accederá, por tanto, a la petición de declaratoria de invalidez o ineficacia del número 5.1 de la cláusula 5 del contrato.

C. “CAPÍTULO III. PRETENSIONES REFERIDAS A LA TERMINACIÓN UNILATERAL DEL CONTRATO POR JUSTA CAUSA.”

“**TERCERA.** Que como consecuencia (se entiende que de la declaración de que Concelular dio por terminado el contrato de agencia comercial por justa causa imputable a Comcel y de que, en consecuencia, la convocante ejerció válidamente el derecho de retención y privilegio que le confiere la ley al agente) se declare la invalidez o la ineficacia de la **CLÁUSULA 16. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN. Numeral 16.4**” del CONTRATO, que dice así: “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.”

Parece que la cláusula pretende establecer, por una parte, una indemnidad general para COMCEL frente a CONCELULAR, sus subdistribuidores y sus clientes por actos ejecutados por la segunda en desarrollo de la relación contractual; y, por otra parte, pretende hacer extensiva esa indemnidad al lucro cesante producido “como resultado de la terminación o expiración del contrato”. Por el primer aspecto, es claro que la indemnidad pretendida busca cobijar tanto los actos que no generaran responsabilidad a cargo de

COMCEL -lo que no merece ninguna censura y obviamente no requiere estipulación-, como los que sí la generaran -lo que sí es censurable y no admite estipulación válida de indemnidad-; en esta última hipótesis la indemnidad operaría frente a CONCELULAR y sus distribuidores, y frente a los usuarios finales del servicio de telefonía móvil, y en ambos casos existe la posibilidad de que COMCEL hubiera incurrido en responsabilidad. Por el segundo aspecto, la situación es todavía más clara, pues para que la cláusula produjera algún efecto, el lucro cesante o más propiamente los perjuicios deberían ser imputables a COMCEL, caso en el cual, evidentemente, no procede la indemnidad.

Por ambos aspectos, pues, la cláusula introduce desequilibrio ostensible en favor de COMCEL y en contra de CONCELULAR, en forma injustificada, con lo cual se quebranta el postulado de la buena fe. En efecto, la cláusula conduce a que COMCEL pueda terminar unilateralmente el contrato, violando su contenido, sin consecuencias para ella, con lo cual la cláusula le permite liberarse de responsabilidad por no cumplimiento obligaciones esenciales del contrato, lo que es ilícito. En consecuencia, el Tribunal la declarará absolutamente nula por objeto ilícito por cuanto viola la prohibición constitucional de abusar de los derechos propios.

D. “CAPÍTULO V. PRETENSIONES REFERIDAS A LA DECLARATORIA DEL ABUSO DEL DERECHO Y DEL ABUSO DE LA POSICIÓN DOMINANTE, A LA CONSIGUIENTE INDEMNIZACIÓN DE PERJUICIOS Y A LA DECLARATORIA DE INVALIDEZ DE VARIAS ESTIPULACIONES CONTRACTUALES.”

“PRIMERA. Que se declare, en aplicación del Art. 830 del C. de Co., que **COMCEL** incurrió en abuso del derecho y en ejercicio abusivo de su posición dominante, tanto en la celebración del contrato de Agencia comercial, como en la ejecución del mismo.”

Sobre esta pretensión se llegó a la conclusión de que COMCEL no incurrió en abuso del derecho ni abuso de la posición dominante contractual en la celebración del contrato, y en cuanto a su ejecución –se repite-, el

pronunciamiento acerca de este punto se efectuará en el Aparte siguiente de estas consideraciones (III).

“SEGUNDA. Que por el hecho de haber incurrido **COMCEL** en abuso del derecho y en abuso de la posición dominante, tanto en la celebración del contrato de agencia comercial, como en la ejecución del mismo, se declare además de la invalidez o la ineficacia de las cláusulas transcritas en la **PRETENSIÓN SEGUNDA Y TERCERA del CAPÍTULO I, en la PRETENSIÓN SEGUNDA DEL CAPÍTULO II, en la PRETENSIÓN TERCERA DEL CAPÍTULO III,** la invalidez o la ineficacia las cláusulas que se indican a continuación...”

Frente a esta pretensión hay lugar a aclarar que el Tribunal se pronunciará sobre la invalidez e ineficacia de las cláusulas relacionadas en este aparte de la demanda, pero no lo hará relacionando dichas estipulaciones con las declaraciones solicitadas por la parte convocante de que COMCEL abusó del derecho y de la posición dominante tanto en la celebración como en la ejecución del contrato. A este respecto debe tenerse en cuenta que las cláusulas mencionadas pueden estar o no afectadas por ejercicio abusivo del derecho y abuso de la posición dominante contractual por introducir en la relación contractual desequilibrio injustificado, independientemente de que se hagan o no las declaraciones referidas.

i) **“CLÁUSULA 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.”**

En esta estipulación se pueden distinguir dos aspectos: la obligación para CONCELULAR de indemnizar y mantener indemne a COMCEL en razón de los perjuicios que “surjan como resultado del normal desarrollo del presente contrato”; y la obligación de CONCELULAR de indemnizar a COMCEL de los

daños que sean consecuencia directa o indirecta del incumplimiento o violación del contrato.

Por el primer aspecto, se encuentra que la indemnización y la indemnidad a cargo de CONCELULAR y a favor de COMCEL por perjuicios “que surjan como resultado del normal desarrollo del presente contrato” equivale a que CONCELULAR responda por sus hechos y por los de COMCEL, unos y otros ejecutados en el normal desarrollo del contrato. Es claro, entonces que por este aspecto, la cláusula introduce un desequilibrio injustificado a favor del predisponente del contrato y en contra del adherente, con el cual se quebranta la buena fe a que están obligados los contratantes. En consecuencia, por este primer aspecto el Tribunal encuentra que la cláusula, en cuanto implica abuso del derecho y de la posición dominante contractual, viola la prohibición constitucional contenida en el número 1 del art. 95 de la C.P., tiene por tanto objeto ilícito de conformidad con el art. 1518 inciso 3° del C.Civil y adolece de nulidad absoluta de acuerdo con el Art. 899 del C. de Co.

Por el segundo aspecto, no se aprecia nada censurable, ya que el incumplimiento del contrato acarrea la obligación de indemnizar los perjuicios causados, se haya pactado o no tal obligación.

ii) **“CLÁUSULA 14. MARCAS. Párrafo último: Por consiguiente, aún 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 reconvención alguno al que se renuncia expresamente...”.

Ésta es la llamada “cláusula espejo”. Resulta francamente inaceptable que para evadir el pago de una prestación y una eventual indemnización, cuyo costo podría asumirse sin detrimento de la solidez financiera y de la posición en el mercado de la compañía predisponente del contrato, tal como lo hacen otros empresarios como es de público conocimiento, se niegue al convenio su verdadera naturaleza en una cláusula, en otra se establezca la renuncia por parte del agente a las mencionadas prestación e indemnización y para pretender asegurarse más todavía se introduzca esta “cláusula espejo” que por lo tanto, en la medida en que su efecto redunde en contra del régimen imperativo de protección patrimonial del agente comercial previsto en el Código de Comercio, resulta ser una estipulación abiertamente abusiva y, por lo tanto, opuesta al postulado de la buena fe contractual, razón por la cual se declarará su nulidad absoluta.

iii) **“CLÁUSULA 16. EFECTOS DE LA TERMINACIÓN. Numeral 16.4: Efectos de la terminación, numeral 16.4: 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 o 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.”**

La invalidez o ineficacia de esta cláusula fue solicitada previamente en la pretensión tercera del capítulo III de la sección I de la demanda y sobre ella ya se efectuaron las consideraciones pertinentes.

iv) **“CLÁUSULA 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 contraigan entre ellos ni con respecto de terceros por daños y perjuicios directos o indirectos, incluyendo, entre otras, pérdidas de negocios o pérdidas financieras.”**

De acuerdo con esta cláusula, COMCEL no responde frente a CONCELULAR, sus clientes y su personal, como tampoco frente a los subdistribuidores de CONCELULAR, sus clientes y su personal, y en general frente a ninguna persona, “por concepto de las relaciones jurídicas que contraigan entre ellos ni con respecto de terceros por daños y perjuicios directos o indirectos, incluyendo, entre otras, pérdidas de negocios o pérdidas financieras”. La cláusula como está concebida da lugar a que se entienda en el sentido de que en los casos indicados en ella, COMCEL no asume responsabilidad aun cuando le corresponda de acuerdo con la ley. La otra interpretación posible es que en los casos indicados en la cláusula, COMCEL no responde, si de acuerdo con la ley no le corresponde, lo cual carece de sentido por cuanto no produce ningún efecto.

Acogiendo la primera interpretación, el Tribunal encuentra que la estipulación es eximente de toda responsabilidad, incluida por lo tanto aquella originada en el dolo o la culpa inexcusable en que pudiera incurrir la predisponente, y como tal tiene objeto ilícito y debe ser declarada absolutamente nula.

v) **“CLÁUSULA 27. ASPECTOS GENERALES, párrafo primero: Este Contrato constituye el Acuerdo total entre las partes con respecto al objeto materia del mismo y reemplaza todos los acuerdos anteriores, si los hubiere. Entre las partes no existen acuerdos verbales o escritos, ni entendimientos o declaraciones verbales o escritas diferentes a los aquí estipulados. En caso de que alguna disposición de este Contrato fuere**

declarada inválida, el resto de las disposiciones continuarán obligatorias para las partes”.

vi) “CLÁUSULA 30. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTOS: **EL DISTRIBUIDOR. Autoriza, expresa, espontánea e irrevocablemente a COMCEL para deducir, descontar o compensar de sus acreencias cualquier suma de dinero que por cualquier concepto adeude o deba, se cause o llegue a causarse o haya asumido o garantizado en la actualidad o a futuro a COMCEL. Por cuanto, los eventuales créditos a favor de EL DISTRIBUIDOR, son de percepción sucesiva, sólo se entenderá para todos los efectos legales que existe algún crédito a su favor, cuando realizadas las imputaciones por los distintos conceptos y, hechas las deducciones y descuentos de los gastos, costos y cargos y demás obligaciones que debe asumir en virtud de este contrato, resulte saldo a su favor.**

“Durante la vigencia de este contrato, cada doce (12) meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en las que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y 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.

Estas disposiciones no merecen ninguna censura. Por el contrario, se las encuentra convenientes, pues dan claridad y firmeza a las relaciones contractuales, y contribuyen así a evitar desavenencias. Además, no introducen ningún desequilibrio carente de justificación entre las partes.

vii) “ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 1º párrafo 2º: **Se entiende y acuerda expresamente que no se pagará comisión alguna, además de los casos previstos en el contrato, si un Abonado es activado al Servicio y desactivado dentro de los doce (12) meses siguientes de la activación. Así mismo, únicamente se causará**

dicha comisión, si el Abonado permanece en la red durante los doce (12) meses siguientes al mes de activación. Si el Abonado sale de la red de COMCEL durante dicho período de 12 meses, COMCEL debitará al DISTRIBUIDOR una cifra igual a la que le hubiere cancelado por comisión, de las comisiones que deba pagarle”.

viii) “ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. En la parte que reza: ... COMCEL, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo por un máximo del total de las comisiones pagadas al Centro de Ventas v 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.”

En las partes transcritas, estas dos cláusulas contienen condiciones económicas importantes del negocio propuesto por COMCEL y aceptado libremente por CONCELULAR. Lo establecido en ellas no está prohibido ni es contrario al orden público. Tampoco introducen desequilibrio entre las partes ni aparece mala fe del predisponente por ninguna parte.

ix) “ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 5°. **En la parte que reza:** “EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones pagadas hasta la fecha de la terminación.”

En el Otrosí suscrito por las partes el 21 de septiembre de 2001, mediante el cual se modificó el Anexo A del contrato, se dispuso en el número 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.”

En estas condiciones, es claro que al momento de la terminación del contrato, la cláusula acusada no estaba vigente y en consecuencia resulta inocuo pronunciarse sobre su validez o eficacia.

x) “ANEXO A. PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR. Numeral 6°, que reza: **“Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”.**

La invalidez o ineficacia del numeral 6° de esta cláusula fue solicitada previamente en la pretensión tercera del capítulo I de la sección I de la demanda y sobre ella ya se pronunció el Tribunal.

xi) “ANEXO C. “PLAN CO-OP”. Numeral 5: IMPUTACIÓN DE LOS DINEROS DEL FONDO DEL PLAN CO-OP.”...EL DISTRIBUIDOR, 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 Distribuidor a la terminación del contrato de distribución”.

En cuanto establece que “los dineros que sean pagados, provenientes del fondo del Plan CO-P, no constituyen una remuneración adicional a las comisiones pactadas en el Anexo A”, la parte transcrita de la cláusula no merece ningún reparo por las razones expuestas al decidir sobre las cláusulas analizadas en este acápite del laudo. Y en cuanto dispone que los dineros provenientes del mencionado fondo “se imputen en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL al distribuidor a la terminación del contrato de

distribución”, tampoco merece censura por las razones que se exponen enseguida.

De acuerdo con el Anexo C del contrato, COMCEL aportaba \$25.000 por cada activación neta generada por el agente, a un fondo destinado a publicidad y mercadeo, cuyo funcionamiento se regulaba con detalle en el mencionado anexo. Lo que pretende la cláusula es que esos aportes sean tenidos como pago de “cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle COMCEL al distribuidor a la terminación del contrato de distribución”. Estamos, pues, frente a una situación similar a la planteada por las cláusulas que consagran el pago anticipado del 20% de los valores cancelados por el agenciado al agente. Se impone, entonces, la misma decisión, es decir, la negativa a la declaración de invalidez o ineficacia de la cláusula solicitada en la demanda.

xii) “ANEXO F. ACTA DE CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN Y TRANSACCIÓN. *Numerales 4° y 5°:*

Acerca del numeral 4° ya se pronunció el Tribunal al resolver sobre la pretensión segunda del capítulo I. Procede ahora analizar el numeral 5° que es del siguiente tenor:

“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 renunciar 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 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 pueden surgir (sic) como consecuencia.”

Para mayor claridad de la exposición, el Tribunal se ocupa a continuación por separado de cada una de las cuatro partes en que se divide este numeral 5° del Anexo F, a saber: 1) celebración del contrato de transacción y sus efectos; 2) consagración de un efecto de la transacción consistente en que “implica renunciar a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas”; 3) otorgamiento de un paz y salvo en los siguientes términos: “y, por esto, mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo 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”; y 4) renuncia concebida así: “todas las cuales (“las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles”) 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 pueden surgir (sic) como consecuencia.”

Celebración del contrato de transacción y sus efectos.

No obstante la redacción un tanto confusa de este aparte del numeral que se analiza y el lenguaje un tanto exagerado que se utiliza para describir cómo va a celebrarse un contrato en el futuro, el Tribunal no encuentra nada objetable en que en una minuta se califique un contrato como de transacción y se diga cuáles son sus efectos. Otra cosa es que el contrato celebrado efectivamente sí haya sido de transacción, producido efectos de cosa juzgada y reunido los requisitos de existencia y validez de todo contrato; este asunto será abocado por el Tribunal cuando proceda ocuparse de las transacciones periódicamente celebradas entre las partes en este proceso.

Consagración de un efecto de la transacción consistente en que “implica renunciar a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas”.

Es cierto que el contrato de transacción “produce el efecto de cosa juzgada en última instancia”, de acuerdo con el art. 2483 C. Civil, pero la extensión

de esa cosa juzgada está expresamente limitada por mandato del art. 2485 del Ib. que dispone: “Si la transacción recae sobre uno o más objetos específicos, la renuncia general a todo derecho, acción o pretensión deberá sólo entenderse de los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige.”

Resulta claro, en consecuencia, que el efecto de cosa juzgada predicable de un contrato de transacción, no puede abarcar “cualquier acción o reclamo... que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas (las partes)”. Como lo dice el citado artículo 2485, el efecto de cosa juzgada solo se produce en relación con el objeto u objetos transigidos, y así lo entiende el Tribunal.

Otorgamiento de un paz y salvo en los siguientes términos: “y, por esto, mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo 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”.

Lo que se pretende en esta tercera parte del numeral que se estudia es que, como consecuencia de lo establecido en la segunda parte, proceda el otorgamiento de “un paz y salvo total, firme y definitivo 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”, paz y salvo que también produciría efectos de cosa juzgada.

Se impone en este caso la misma solución dada al anterior en el sentido de que el Tribunal entiende que los efectos de cosa juzgada del paz y salvo se circunscriben “al objeto u objetos sobre que se transige”.

Renuncia concebida así: “todas las cuales (“las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles”) 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 pueden surgir (sic) como consecuencia.”

La renuncia como está concebida es contraria al art. 15 del C. Civil, según el cual: “Podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes, con tal que sólo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida su renuncia”. La generalidad de la renuncia contenida en esta cuarta parte del numeral que se analiza hace imposible determinar si los derechos que comprende sólo miran al interés individual del renunciante y si está o no prohibida su renuncia. En estas condiciones, la cuarta parte es también absolutamente nula por objeto ilícito, por cuanto viola una prohibición legal.

xiii) **“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral V. DESCUENTOS. En la parte que expresa que EL DISTRIBUIDOR “... reconoce y acepta que es prerrogativa de COMCEL definir y modificar en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por venta del Producto Prepago AMIGO.”**

xiv) **“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XI. TERMINACIÓN ANTICIPADA:** En la parte que expresa: “Además las causales previstas en la cláusula 15 de este contrato, COMCEL podrá dar por terminada anticipadamente la distribución de EL PRODUCTO PREPAGADO, sin expresión de causa, sin ninguna responsabilidad, con el único requisito de dar aviso por escrito con una anticipación de treinta días (30) a la fecha de terminación solicitada.”

xv) (en la demanda n) **“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XIV. APLICACIÓN E INTERPRETACIÓN. Numeral 4º.** “En todo caso, la relación jurídica de distribución se regula en su totalidad o los términos y condiciones pactados en el contrato de distribución...”

xvi) (en la demanda o) **“OTROSI AL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN de fecha septiembre 21 de 2001 modificadorio del Anexo A, PLAN DE COMISIONES DEL DISTRIBUIDOR numeral 7, párrafo segundo:** “Se

entiende y acepta que los planes prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión de residual...”

Las cláusulas que se acaban de transcribir en lo pertinente, se refieren a la comercialización del producto prepago bajo la modalidad de reventa por parte de CONCELULAR de los artículos comprados a COMCEL. Se ha alterado el orden en que aparecen relacionadas estas cláusulas en la demanda por razones de método.

Los apartes transcritos de las cláusulas a que se refieren Los numerales xiii), xiv), xv) y xvi) preceptúan en su orden: “que es prerrogativa de COMCEL definir y modificar en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por venta del Producto Prepago AMIGO”; que “COMCEL puede dar por terminado anticipadamente la distribución de EL PRODUCTO PREPAGADO, sin expresión de causa, sin ninguna responsabilidad, con el único requisito de dar aviso por escrito con una anticipación de treinta días a la fecha de terminación solicitada”; que la “relación jurídica de distribución se regula en su totalidad” por el contrato; y que se entiende y acepta que los planes de prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión de residual...”

Para el Tribunal estas cláusulas se ajustan a derecho y son por tanto válidas.

En primer lugar, se encuentra acorde con la naturaleza del contrato de distribución que COMCEL se reserve la facultad de variar los descuentos que concede en la compra de los artículos requeridos para los planes prepago; aceptar lo contrario equivaldría a maniatarse ante las variaciones del mercado de la telefonía móvil y de los mencionados artículos, lo cual podría acarrear consecuencias negativas para ambas partes. Además, si alguna duda cabía a este respecto, fue aclarada por el otrosí suscrito por las partes y la disposición constituyó así una de las condiciones económicas del negocio.

En segundo lugar, la facultad de COMCEL de dar por terminada la distribución unilateralmente y sin causa, mediante un preaviso de treinta días, no obstante el plazo fijado para la duración del contrato, también fue aceptada libremente por CONCELULAR, que debió haberla tomado en

cuenta en la elaboración de su plan de negocios. En relación con la distribución de los productos prepago, la cláusula introduce una salvedad a la duración del contrato pactada, y, aunque introduce desequilibrio en la relación contractual, éste no puede calificarse como injustificado ya que obedece a la necesidad de adaptarse a las cambiantes condiciones de los referidos mercados. Además, debe tenerse en cuenta que, en caso de haberse hecho uso de esta prerrogativa por parte de COMCEL, el contrato habría seguido vigente en lo atinente a los planes pospago.

Finalmente, la estipulación de que la relación jurídica de distribución se regule íntegramente por el contrato es una estipulación normal en la vida de los negocios y, como ya se dijo, contribuye a dotar de firmeza y claridad las relaciones contractuales. Y la declaración de que los planes prepago no dan derecho a comisión de residual, es un reconocimiento de una de las condiciones económicas del contrato celebrado por las partes.

xvii) “ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XII. TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA. PARÁGRAFO 2: En la parte que reza: “...Sin que EL DISTRIBUIDOR pueda ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de COMCEL por designarlo distribuidor. EL DISTRIBUIDOR reconoce que la distribución implica y conlleva el acceso a la tecnología de COMCEL, el aprovechamiento de su infraestructura, nombre y good will, y, 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 y, sólo en estas hipótesis, en pago de los conceptos anteriores, 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 tres últimos años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, o equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de

vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de la suma resultante.”

En la parte de la cláusula que se acaba transcribir se pueden distinguir dos disposiciones: en la primera se insiste en negar la naturaleza de agencia comercial del contrato celebrado, en consagrar la renuncia a la prestación y la indemnización consagradas en el 1324 del C. de Co y en acudir a la cláusula “espejo” en caso de “degenerar” el contrato en agencia comercial; en la segunda se dispone que en caso de terminación del contrato por cumplimiento de la “condición resolutoria expresa”, no puede “EL DISTRIBUIDOR... ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de COMCEL por designarlo distribuidor.”

Las disposiciones contenidas en la primera disposición ya fueron objeto de pronunciamiento por parte del Tribunal al analizar cláusulas 4, 14 y numeral 4° del Anexo F, y se impone por tanto adoptar la misma solución en el presente caso, es decir, la declaración de nulidad absoluta por objeto ilícito. Y en cuanto al contenido de la segunda parte, el Tribunal encuentra que es abiertamente abusivo, ya que introduce un evidente desequilibrio entre las partes y vulnera por tanto el postulado de la buena fe. Se declarará así mismo la nulidad absoluta de la cláusula por objeto ilícito.

xviii) (En la demanda m) **“ANEXO G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral XIII. CONCILIACIÓN, COMPENSACIÓN, DEDUCCIÓN Y DESCUENTOS.** En la parte que reza: “...EL DISTRIBUIDOR, autoriza, expresa, espontánea e irrevocablemente a COMCEL para deducir, descontar, o compensar de sus acreencias, cualquier suma de dinero que por cualquier concepto adeude o deba, se cause o llegare a causarse o haya consumido y garantizado en la actualidad o a futuro a COMCEL. Por cuanto, los eventuales créditos a favor de EL DISTRIBUIDOR son de percepción sucesiva, sólo se entenderá para todos los efectos legales que existe algún crédito a su favor, cuando realizadas las imputaciones por los distintos

conceptos y, hechas las deducciones y descuentos de los gastos, costos y cargos y demás obligaciones que debe asumir en virtud de este contrato, resulte saldo a su favor. Durante la vigencia de este contrato, cada tres meses, las partes suscribirán acta de conciliación de cuentas en la que expresen los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada uno y se otorgue paz y salvo parcial. Diez (10) días antes del término de la duración, COMCEL, remitirá el acta de conciliación y, sino recibiere observación alguna dentro de los tres (3) días posteriores caducará el derecho de EL 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 cualquiera que sean.” (subraya el Tribunal).

Al considerar la parte transcrita de la cláusula 30 del contrato a que se refiere la letra f) de la pretensión segunda del capítulo V de la sección I de la demanda, cuyo texto, salvo algunas pequeñas variaciones de detalle, es igual a la parte no subrayada de la cláusula que se analiza, el Tribunal llegó a la conclusión que no solo era válida sino conveniente para ambas partes. Igual conclusión se impone en este caso.

Y en cuanto a la parte subrayada, el Tribunal destaca que en lo fundamental es igual a los textos de la cláusula 30 -en la parte transcrita en la demanda-, del Numeral 6 del Anexo A y del párrafo final del numeral II del Anexo G, los cuales cláusula (en la parte transcrita en la demanda), numeral y párrafo ya fueron analizados cuando el Tribunal se ocupó de la pretensión tercera del capítulo I de la sección I de la demanda. Se impone, pues, en este caso la misma solución adoptada anteriormente, a saber, que la cláusula es válida.

Síguese de todo cuanto queda expuesto en esta segunda parte de las consideraciones que fundamentan el laudo, que la compañía convocada, aun cuando en la conclusión del “contrato de distribución” celebrado con

CONCELULAR el 17 de marzo de 1999, no incurrió en abuso de su posición de predominio y tampoco durante la ejecución del mismo hasta su terminación, lo cierto es que la prueba recaudada conduce a concluir que sí lo hizo al predisponer cláusulas cuya invalidez total o parcial hay lugar a declarar de conformidad con el análisis de cuyas conclusiones acaba de darse razón. Procede en consecuencia declararlo así e igualmente desestimar por falta de mérito las dos primeras excepciones perentorias deducidas por la convocada en el escrito de contestación de la demanda, en la medida que al tenor de dicho análisis, primeramente, se “estructuran” condiciones para que pueda predicarse la nulidad de dichas cláusulas y, en segundo lugar, existió abuso del derecho en al menos una de las modalidades en que con arreglo a la ley esta anomalía puede configurarse.

En su demanda arbitral CONCELULAR solicitó que se declarara que COMCEL incumplió en forma grave una serie de obligaciones del contrato celebrado entre ellas. Por su parte COMCEL negó que se hubiese producido dicho incumplimiento.

Para efectos de decidir, considera procedente el Tribunal dividir este Aparte en 2 secciones, destinadas la primera a analizar cada uno de los incumplimientos que se le imputan por la convocante a la convocada, incumplimientos en los cuales la primera fundamentó la decisión por ella adoptada de ponerle fin con justa causa al contrato; y la segunda de dichas secciones destinada a ocuparse de fijar, al tenor del Art. 1324 del C. de Co. y de acuerdo con la prueba producida en el proceso, las prestaciones e indemnizaciones que CONCELULAR tiene derecho a exigir en la medida que, como habrá de verse, COMCEL efectivamente incurrió en un incumplimiento lo suficientemente significativo para justificar aquella decisión.

Sección Primera

1. Incumplimiento por razón de las modificaciones introducidas por COMCEL al régimen de comisiones.

A) La posición de las partes

El demandante señala que se presentó un incumplimiento del contrato por el no pago de las comisiones pactadas (por activación y por residual), y así mismo afirma que no se pagó el valor total de las mismas, todo lo cual ocurrió en la forma que señala a continuación:

Incumplimiento por haber eliminado para algunos planes, el pago de la comisión por activación pactada en el contrato.

En su demanda CONCELULAR precisó que COMCEL no pagó el valor que le correspondía por comisiones de activación. En su alegato, el apoderado de la demandante afirma que existió incumplimiento por parte de COMCEL en los siguientes casos en los cuales se eliminó la comisión:

- Por la Circular GSD -99-13454 del 9 de junio de 1999 se dispuso para el “Plan todo incluido extensión regional” que “se paga una SOLA comisión plena y por escalas”, es decir por cada dos activaciones se paga una comisión (folio 191 del Cuaderno de Pruebas No 1)
- Por la Circular GSD-2002-049914 de fecha 1 de febrero de 2002, se lanzó el “Plan combo post-post” el cual en dos activaciones en planes pospago solo se paga una (folios 335 a 347 del Cuaderno de Pruebas No 1) .
- Mediante carta de fecha 3 de diciembre de 2002, No. PRE-2002-407665 (el demandante cita folios 390 y 391 del Cuaderno No 1): se establece retroactivamente a 1 de noviembre un nuevo plan (Extencel) en el que se realizaban dos activaciones, de las cuales sólo se reconocía una comisión y Se lanza el plan 65 2003 con una comisión de \$90.000 única.

Incumplimiento por haber excluido ciertos planes para aplicación de la escala por volumen, tanto en pospago como en prepago.

Señala el apoderado de la demandante que dentro del Anexo A del contrato se acordó una tabla que contenía una escala creciente según el volumen de ventas. Sin embargo, COMCEL decidió excluir planes de la aplicación de esta escala en los siguientes casos:

- Mediante carta del 8 de mayo de 2001 COMCEL dejó sin vigencia el régimen variable de escalas estableciendo en su lugar, una comisión fija para los planes vigentes, independientemente del número de líneas que se active en cada uno.
- Mediante carta de fecha 3 de julio de 2002 No. VPC-2002-207253 se dispuso que “se pagará una única comisión de \$120.000 pesos por activación de cualquiera de los planes Pospago descritos en esta carta”, sin importar el tipo de plan, ratificando así la exclusión definitiva de las escalas crecientes. (folio 381 del Cuaderno de Pruebas No 1)

Incumplimiento por haber disminuido unilateralmente el monto de las comisiones por activación pactadas en el contrato tanto en planes pospago como en planes prepago.

Señala el demandante que COMCEL disminuyó las comisiones en los siguientes casos:

- Por Carta número PRE-99-6586 del 17 de marzo de 1999, COMCEL mantuvo vigente, por una parte, la escala de comisiones a que se refiere el ANEXO A para cinco (5) planes y por la otra, la redujo para dos (2) de los planes pospago (*Todo Incluido 1 y Todo Incluido 1 Beepercel*), que no suman para escala. (Folios 175 y 176 cuaderno 1)
- Mediante Circular GSD-99-7596 del 5 de Abril de 1999 COMCEL modifica las condiciones de venta para el plan Welcome Back Promoción y estableció que la comisión fuera de \$50.000, y además

que “Esta comisión no aplica para escala de volúmenes” (Folios 5 y 6 cuaderno 5)

- En la Circular GSD-99-8108 de fecha 9 de abril de 1999 se crea el Plan Kit Amigo Prepago (PAK) y se establece que “este plan genera una comisión de \$70.000 no reversible para los distribuidores que hubieren firmado el nuevo contrato de distribución con COMCEL, \$50.000 para los que aún no lo hayan hecho. Las ventas de Kit Prepago entran en escalas por volumen solo para los distribuidores que hayan firmado el nuevo contrato” (Folios 179 a 183 cuaderno 1).
- Mediante circular GSD-99-8110 del 9 de Abril de 1999, COMCEL expresa “El pago de comisiones para líneas nuevas en cualquiera de los planes de la promoción será mínima, tal como se aplica actualmente para los planes TI1 y TB1” (Folios 10 a 12 cuaderno 5)
- Mediante Circulares GSD-99-12693 y GSD-99-12695 del 2 de junio de 1999, COMCEL lanza para la Zona Oriente y para Bogotá el “Plan Corporativo Promoción” y establece la comisión *mínima de la tabla*, es decir \$120.000.00 para el Plan Corporativo Promoción. (Folios 185 a 190 cuaderno 1)
- Por Circular GSD-99-17471 del 16 de julio de 1999, COMCEL lanza el nuevo PLAN WELCOME BACK 30 (PW3) fijando una comisión única de \$25.000.00 no reversible y sin que sume para escala de ventas. (Folios 18 a 21 del Cuaderno No 5)
- Mediante circular GSD-99-35862 del 4 de Octubre de 1999, COMCEL establece que en los “Planes Corporativo Promoción”, “Todo Incluido” y “Todo Incluido Beepercel” se continúe liquidando la comisión *mínima* sin tener en cuenta la escala de volumen. (Folios 211 a 215 cuaderno 1)
- Por Circular No. 99-50988 del 12 de Noviembre de 1999, se lanza el plan “Viva de Noche” con comisión *mínima*. (Folios 216 a 222 cuaderno 1)
- Por circular GSD-2000-49406 del 13 de marzo de 2000 para las Zona Oriente y GSD-2000-49407 para la Zona Occidente del 13 de marzo de 2000 se establecen las condiciones de venta para el nuevo “Plan Grupo Corporativo”, manteniendo las comisiones mínimas para este plan (Folios 239 a 242 cuaderno 1)
- Mediante circulares GSD-2001-2506 del 3 de Enero y GSD-2001-96549 del 21 de marzo de 2001, se establecen nuevos planes con comisión

- mínima* de la tabla (Libre 100 y Viva 100). (Folios 32 a 37 del cuaderno 5 y 276 a 278 del cuaderno de pruebas no 1)
- Mediante Circular de fecha 1 de febrero de 2002 GSD-2002-049914, se lanzó el “Plan combo post-post” el cual consistía en realizar dos activaciones en planes pospago pagando una sola comisión (Folios 335 a 347 cuaderno 1)
 - Mediante carta No. PRE-2002-407665 de fecha 3 de diciembre de 2002 se establece retroactivamente a 1 de noviembre un nuevo plan (EXTENCEL) en el que se realizaban dos activaciones, de las cuales solo se reconocía una comisión de \$180.000, es decir \$90.000 por cada activación. (Folios 390 a 391 del cuaderno No 1)
 - Mediante carta de fecha 10 de abril de 2003: a) se unifica la comisión para los diferente planes corporativos en \$120.000; b) se mantiene la comisión del plan Welcome Back en \$180.000.oo; c) se mantiene la comisión del plan Extencel en \$90.000.oo por cada activación. (Folios 409 a 410 cuaderno 1)
 - Mediante carta de fecha 20 de febrero de 2004 COMCEL modificó las comisiones de los kit de contado así: (a) se cambia la denominación de “comisión” por “*bonificación*” y se reduce a \$12.500 por cada activación, estableciendo nuevas condiciones de pago; (b) se adicionó la comisión anticipada que antes se pagaba y se denominó “descuento sobre precio al público”, señalando su valor de acuerdo al rango de precio de venta del equipo . (c) adicionalmente, se cambió la forma de liquidación y la cuantía del plan PAW para reducirla a \$20.000 para cobrar al cliente y un saldo variable que dependía del valor de las recargas realizadas. (Folios 443 a 477 del Cuaderno de Pruebas No 1)
 - Mediante carta de fecha 17 de marzo de 2004, se ratificó lo anterior y se adicionó una bonificación de \$5.500 por una vez si el cliente permanecía activo por 6 meses y realizaba recargas iguales o superiores a \$55.000. Para los kits refaccionados se bajó la comisión de \$70.000 a \$12.500 con nuevas condiciones para hacerla efectiva. (Folios 1 a 7 del Cuaderno de Pruebas No 2)

Agrega el demandante, que COMCEL no negó las sucesivas modificaciones y variaciones introducidas y que los funcionarios de la demandada fueron coincidentes en afirmar que dichos cambios se habían producido y lo

justificaron sosteniendo que se trataba de un negocio dinámico y cambiante en el tiempo. Expresa el demandante que las modificaciones introducidas por COMCEL tuvieron como única finalidad el incremento de sus utilidades en detrimento de la remuneración del agente, quien se vio obligado a efectuar un mayor número de ventas para mantener el monto de sus comisiones.

Desde esta perspectiva señala que si se comparan las comisiones por activación con la tarifa de septiembre de 1999 y las comisiones por activación liquidadas a septiembre de 2001 se encuentra que las disminuciones de comisiones fueron de 25% a 150%. De esta manera, las modificaciones convirtieron la ejecución del contrato en una relación inestable. Además, la comisión por activación que era creciente se convirtió en fija. Las modificaciones introducidas eliminaron el equilibrio económico del contrato sin justificación alguna, lo que convierte este incumplimiento en causa suficiente para dar por terminado el contrato.

También señala que hubo disminuciones en los planes de prepago, pues COMCEL no sumó las activaciones de prepago para establecer el volumen total de comisiones crecientes del anexo. Así mismo se modificaron las comisiones por prepago durante la vigencia del contrato.

Incumplimiento por la disminución del descuento otorgado por la promoción y venta de la tarjeta prepagada amigo.

En relación con este punto señala el apoderado de CONCELULAR que mediante otrosí al contrato del año 1999, distinguido como Anexo G Producto Prepago Amigo, COMCEL incluyó dentro de los planes de promoción de Telefonía Móvil Celular, la comercialización de la Tarjeta Prepaga Amigo. De conformidad con dicho anexo por la comercialización de la Tarjeta Prepaga Amigo, COMCEL, le reconoció a CONCELULAR una comisión o descuento del 35% sobre el valor facial para los Distribuidores Mayoristas Tipo A. Sin embargo COMCEL modificó dicha comisión así:

- En carta del 2 de enero de 2001, COMCEL comunicó el nuevo plan de comisiones o descuentos para la promoción de la Tarjeta Prepagada Amigo (observa el Tribunal que la tabla que señala el actor no coincide con la que obra en el expediente a folio 273 del Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante carta PRE.30220.2002 del 22 de enero de 2002, COMCEL introdujo una disminución del descuento otorgado a los distribuidores mayoristas de la tarjeta prepagada Amigo de COMCEL, fijándolo en el 20%, independientemente de la escala de ventas.
- Por comunicación del 21 de enero de 2003, COMCEL informó que el valor del descuento para la Tarjeta Prepagado Amigo durante el año 2003 sería de 17.22% independientemente de la denominación. (folio 393 y 394 del Cuaderno de Pruebas No 1.

Incumplimiento por la disminución del porcentaje en el pago de la comisión por residual.

Señala el demandante que ello ocurrió el 17 de marzo de 2004 (folio 1 del Cuaderno de Pruebas No 2)

Incumplimiento por haber modificado los parámetros para el cálculo del residual contenidos en el Anexo A.

Advierte el demandante que COMCEL modificó la base para el cálculo del residual, pues se previó que se liquidaba sobre los recaudos que ingresarán a su patrimonio por concepto de los consumos reales de cada abonado por los cargos ya mencionados y no sobre promedios de consumo, como finalmente se hizo.

Por todo lo anterior considera que existió un claro incumplimiento de COMCEL.

Por su parte, el apoderado de COMCEL sostiene que todas estas modificaciones fueron aceptadas por CONCELULAR libremente y sin apremio alguno, lo cual se evidenciaba con su conducta de comprar con los

descuentos vigentes la tarjeta Amigo, los kits y la de admitir que su retribución se cancelara de acuerdo con las comisiones vigentes. Así mismo advierte que COMCEL actuó basado en claras estipulaciones contractuales. Finalmente señala que el representante legal de CONCELULAR confesó que aceptó la multitud de cambios al contrato.

B) Consideraciones del Tribunal

Planteada la controversia dentro de los extremos que acaban de resumirse, lo primero que debe observar el Tribunal es que lo previsto en el contrato celebrado por las partes el 17 de marzo de 1999 y sus anexos fue modificado posteriormente durante su ejecución en algunos casos a través de otrosís firmados por las partes (folios 20, 21, 114 del Cuaderno de Pruebas No 13, folios 145, 147, 153 y 156 del Cuaderno de Pruebas No 3) o de adiciones al contrato (folio 139 del Cuaderno de Pruebas No 3); en otros eventos ello se hizo a través de comunicaciones remitidas por COMCEL a CONCELULAR y que ésta aceptó expresamente (folios 99, 107, 110 y 112 del Cuaderno de Pruebas No 13), o, finalmente, a través de comunicaciones o circulares remitidas por COMCEL, respecto de las cuales no está acreditada una aceptación expresa por parte de CONCELULAR.

Por lo que se refiere a los otrosís que fueron firmados por las partes, es claro que tales reformas al ser adoptadas por los contratantes, rigieron su relación. Igual ocurre con las comunicaciones o circulares enviadas por COMCEL que fueron expresamente aceptadas por CONCELULAR (por ejemplo, las de 12 noviembre de 1999 que obra a folio 99 del Cuaderno de Pruebas No 13, la del 22 de agosto de 2000 que obra a folio 107 Cuaderno de Pruebas No 13, la del 19 de septiembre de 2001 que obra a folio 110 de Cuaderno de Pruebas No 13). Frente a dichos actos jurídicos no se ha acreditado ningún vicio del consentimiento que pueda privarlos de valor. A lo anterior vale la pena agregar respecto del Otrosí firmado el 21 de septiembre de 2001, por el cual se modificó el Anexo A del contrato, que CONCELULAR solicitó el 19 de junio de 2001 (folio 24 del Cuaderno de Pruebas No 13) que se le concediera un plazo para evaluar el impacto que tendría tal

modificación en su contrato, lo cual indica que dicho otrosí no fue un documento que debió firmar sin ninguna otra alternativa.

Un documento que merece un tratamiento especial es el Otrosí al contrato de distribución por el cual se incorporó a dicho contrato el anexo G denominado “Plan de Descuentos del Distribuidor por la Compra y Distribución de Producto Prepagado Amigo”. Este documento obra en el expediente sin firmas, pero el demandante lo invoca en el hecho 67, literal a) de la demanda, y a él también se refiere COMCEL al contestar la demanda.

En cuanto a concierne a los otros documentos que el agente no firmó, observa el Tribunal que a través de los mismo claramente se modificaron las reglas contenidas en el contrato, particularmente en el Anexo A, o se establecieron obligaciones adicionales para el agente.

Ahora bien, encuentra el Tribunal que en la cláusula 7ª numeral 7.9.2. del Contrato firmado el 17 de marzo de 1999 se estipuló lo siguiente:

“7. Deberes y Obligaciones del DISTRIBUIDOR:

“A más de sus obligaciones legales y negociales, sin limitarlas, especialmente EL DISTRIBUIDOR, asume las siguientes:

“... ”

“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 conciente 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 hace de DISTRIBUIDOR.

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

“...

“7.9.2. Las 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 aplicarán por Zonas geográficas de acuerdo con las condiciones de mercado y las políticas de mercadeo y ventas de Comcel y serán señaladas por ésta junto con las escalas de comisiones de acuerdo con los centros o puntos de ventas” (se subraya)

Así mismo, en la cláusula 18 denominada Exclusividad se estipuló:

“El DISTRIBUIDOR acepta que en el momento en que COMCEL lo estime pertinente, podrá realizar promociones y programas especiales, en los cuales EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar dentro de las condiciones que determine COMCEL” (se subraya)

Por otra parte en el otrosí firmado el 21 de septiembre de 2001 se pactó (folio 152 del Cuaderno de Pruebas No 3):

“7. 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 este efecto, independientemente del número total de activación en planes prepago.” (se subraya)

Finalmente, en el otrosí suscrito para incorporar al Contrato el Anexo G relativo a la distribución de producto prepago Amigo, se encuentra que en el mismo se estipuló:

“Por medio del presente documento, EL DISTRIBUIDOR ... es reconocido como DSTRIBUIDOR PRODUCTO PREPAGADO COMCEL MAYORISTA TIPO A y recibirá un único descuento por la venta de Tarjeta AMIGO, sin importar el volumen de compra. Las condiciones de venta y los descuentos por la venta de otros productos prepagados de COMCEL, diferentes de la Tarjeta AMIGO,

serán informados oportunamente por COMCEL al DISTRIBUIDOR.

“EL DISTRIBUIDOR desde la fecha de suscripción del presente Anexo reconoce y acepta que es prerrogativa exclusiva de COMCEL definir y modificar unilateralmente y en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por la venta de Producto Prepago AMIGO.”

De esta manera, el contrato celebrado entre COMCEL y CONCELULAR al regular las activaciones mínimas contemplaba una facultad para COMCEL de fijar escalas de comisiones, de acuerdo con los centros o puntos de ventas.

Así mismo, en el caso de los planes prepago, el Anexo A estipuló que las comisiones de planes prepago corresponderían a una tabla previamente determinada por COMCEL para este efecto.

Finalmente, en el Anexo G claramente se le otorgó a COMCEL la facultad de modificar los descuentos del producto Prepago.

De esta manera era clara la facultad de COMCEL de modificar los descuentos en el caso del producto prepago. Sin embargo, dicha facultad no es igualmente precisa en los otros casos.

En efecto, la cláusula que invoca COMCEL para sustentar su facultad de modificar las comisiones es la 7a, numeral 7.9.2., la cual regula las cuotas mínimas de activaciones a las que se obliga el distribuidor y al efecto dispone en su última parte que “ La garantía de ejecución mínima de distribución y las cuotas mínimas de activaciones netas se aplicarán por zonas geográficas de acuerdo con las condiciones de mercado y las políticas de mercadeo y ventas de Comcel y serán señaladas por ésta junto con las escalas de comisiones de acuerdo con los centros o puntos de ventas” (se subraya)

De la cláusula no se infiere con claridad que COMCEL pudiera modificar las comisiones en todos los casos, pues tal previsión parte de unas cuotas mínimas por zonas geográficas que serán señaladas junto con las escalas de

comisiones de acuerdo con los centros o puntos de venta, lo anterior indica que el propósito de la estipulación es más bien otorgar un poder de determinar cuál es la escala de comisión aplicable según el centro o punto de venta teniendo en cuenta la zona geográfica de que se trate y no habilitar a COMCEL para modificar libremente tales comisiones.

Lo anterior es congruente con el Anexo A del contrato que contemplaba comisiones diferenciales para Bogotá y para la Regional. De este modo nada de extraño tendría que al precisar las cuotas mínimas de activación de cada centro o punto de venta se precisara igualmente la escala de comisiones que debía aplicar, teniendo en cuenta su ubicación geográfica.

A lo anterior se agrega que si en el contrato se había pactado una escala de comisiones, la facultad de modificarla debía existir de manera indudable y no en forma ambigua, pues de otra manera no existiría la debida concordancia entre todas y cada una de las partes del contrato a la que se refiere el Código Civil.

Por otra parte, la conducta de las partes a lo largo de la ejecución del contrato no implicaba un reconocimiento del poder de COMCEL para modificar las comisiones pactadas en el contrato.

En efecto, el Anexo A fue modificado por otrosí suscrito por las partes en el año 2001. Posteriormente en muchos casos tales comisiones fueron modificadas por comunicaciones de COMCEL que contemplaban un espacio para la aprobación del distribuidor, así él no la haya impartido de hecho.

Si COMCEL hubiera podido modificar libremente las comisiones no hubiera sido necesario suscribir el otrosí mencionado ni que se previera la aceptación de la modificación por CONCELULAR.

Por lo demás, debe destacar el Tribunal la forma en que está redactado el contrato en el cual COMCEL claramente se reserva las prerrogativas que considera adecuadas y excluye los derechos del agente que considera no son pertinentes. Así mismo, el Anexo G reconoce a COMCEL, sin ambages, la facultad de modificar los descuentos del producto prepago. Frente a tal

claridad no es posible aceptar que COMCEL haya incluido una facultad de modificar comisiones de una forma tan poco clara.

De este modo, los criterios de interpretación de los contratos previstos en la ley civil, y en particular los consagrados por el artículo 1622 del Código Civil, esto es, el deber de interpretar las cláusulas de un contrato dando el sentido que mejor convenga a la totalidad, y el que impone tomar en cuenta la conducta que han observado las partes en la ejecución del contrato, conducen a concluir que la cláusula que se analiza no confiere a COMCEL el poder de modificar las comisiones pactadas.

Pero aún si lo anterior no fuera suficiente, debe observarse que finalmente la cláusula es ambigua, lo cual impone adoptar una interpretación en contra de su redactor, esto es COMCEL, en los términos del artículo 1624 del Código Civil.

En todo caso, debe observar el Tribunal que el demandante dio aplicación a las nuevas condiciones establecidas por COMCEL, sin formular reparo alguno, y sólo en el año 2004 los expresó respecto de la modificación de las comisiones adoptada en febrero de ese año.

En efecto, en las aclaraciones al dictamen pericial el perito señaló:

“Durante la ejecución del contrato CONCELULAR no facturó las comisiones correspondientes a las activaciones de acuerdo con el Anexo A sino con las escalas vigentes en cada época de acuerdo con las instrucciones de COMCEL”

En concordancia con lo anterior, en la declaración de parte de CONCELULAR su representante al ser preguntado “Diga como es cierto si o no que desde el 17 de marzo/99 hasta antes de marzo/04 esas numerosas modificaciones del contrato siempre las aceptó Concelular?” contestó:

“Es cierto y aclaro ...”

Vale la pena destacar que en su declaración el representante legal de CONCELULAR precisa que inicialmente cuando trabajaba en COMCEL hacía

firmar a los agentes los documentos en los que se modificaban las comisiones, quienes lo hacían bajo presiones, pues si no actuaban de esta forma no podían vender los planes y tenía otros problemas, pues no se les despachaban kits, no se les aprobaban beneficios de planccop, ni puntos de ventas.

Estas precisiones carecen de entidad suficiente para demostrar que existió un vicio del consentimiento, no sólo porque provienen de la parte, sino porque además no demuestran a cabalidad las condiciones requeridas para que el mismo exista.

En efecto para que se acredite un vicio del consentimiento es menester que se reúnan los requisitos previstos por el Código Civil y en particular, tratándose de violencia que realmente haya una conducta ilícita que haya privado al contratante de libertad y lo haya llevado a contratar. Es entonces necesario demostrar una conducta injusta y determinante. No basta a este efecto cualquier tipo de temor, sino que se requiere, según exige el Código Civil, que la violencia sea capaz de “producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición”. Agrega el Código que ello supone que se debe infundir un justo temor de verse expuesta ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave.

Ahora bien, en el presente caso no se ha acreditado que la aceptación del agente fuera movida por el temor. En efecto, de una parte no aparece una actitud de coacción de COMCEL exigiendo la aplicación de las condiciones o la firma de los documentos so pena de determinadas consecuencias. Adicionalmente, de otra parte el agente nunca protestó por las condiciones que fijaba COMCEL.

La conducta del agente se puede explicar porque consideraba que tales comisiones permitían desarrollar el negocio en condiciones que permitían su rentabilidad, lo cual de hecho existió pues el dictamen señala las utilidades considerables que recibió el agente. Lo anterior excluye claramente la existencia de una violencia.

Desde otra perspectiva debe observarse que el demandante invoca el segundo inciso de la Cláusula 27 del Contrato, para sostener que la conducta de CONCELULAR no puede interpretarse en el sentido que se ha señalado. Dicha cláusula contractual dispone:

“La mera tolerancia, por una de las partes, respecto del incumplimiento las obligaciones de la parte, no podrá interpretarse como modificación tácita a los términos del presente contrato ni equivaldrá a renuncia de la parte tolerante a la exigencia del cumplimiento de las obligaciones incumplidas”.

Debe entonces precisar el Tribunal cuál es el alcance de esta cláusula y qué consecuencias tiene respecto de la conducta de CONCELULAR a la que se ha hecho referencia.

Si se analiza la estipulación se observa que la misma parte de la mera tolerancia de una de las partes al incumplimiento de la otra. Ahora bien, tolerar significa según el Diccionario de la Lengua “Sufrir, llevar con paciencia. 2. Permitir algo que no se tiene por lícito, sin aprobarlo expresamente. 3. Resistir, soportar, especialmente alimentos, medicinas, etc”. Por su parte, la expresión “mero” significa “Puro, simple y que no tiene mezcla de otra cosa”. De esta manera, en su sentido gramatical la estipulación contractual se refiere a aquellas conductas en las cuales la parte simplemente soporta el incumplimiento de la otra, como sería no reclamar el pago de una suma de dinero o la entrega de un bien determinado.

De este modo, la estipulación contractual no se refiere a aquellos eventos en los que no existe una mera tolerancia, sino una conducta activa por el contratante que, en concordancia con la manifestación de la otra parte, actúa apartándose del contrato.

Así las cosas, dicha estipulación contractual no es predicable del presente caso, pues en este evento no existe una mera tolerancia de CONCELULAR sino una conducta activa que consistió en la aplicación de las instrucciones de COMCEL.

A lo anterior vale la pena agregar que como consecuencia del principio de la buena fe, la jurisprudencia (por ejemplo, la sentencia T-295-99 de la Corte Constitucional, reiterada en muchas otras) y la doctrina han señalado que a nadie le es lícito volver contra sus propios actos.

Según lo enseña la doctrina para que proceda la aplicación de esta teoría es necesario (Luis Diez Picazo. La Doctrina de los Actos Propios. Editorial Bosch, página 193):

“1. Que una persona haya observado, dentro de una determinada situación jurídica, una cierta conducta jurídicamente relevante y eficaz.

“2. Que posteriormente esta misma persona intente ejercitar un derecho subjetivo o una facultad, creando una situación litigiosa y formulando dentro de ella una determinada pretensión.

“3. Que entre la conducta anterior y la pretensión posterior exista una incompatibilidad o una contradicción, según el sentido que de buena fe hubiera de atribuirse a la conducta anterior.

“4. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una absoluta identidad de sujetos”

En el presente caso es claro, en primer lugar, que durante la ejecución del contrato CONCELULAR aplicó las comunicaciones y las circulares que le remitía COMCEL sin formular reparo. En segundo lugar, en el presente proceso CONCELULAR invoca el incumplimiento de COMCEL por razón de las comunicaciones mencionadas. En tercer lugar, es evidente la contradicción entre los dos comportamientos y finalmente, tal conducta y pretensión se formulan entre los mismos sujetos (COMCEL y CONCELULAR)

De esta manera, se encuentran reunidos los supuestos que dan lugar a la aplicación de la doctrina de los actos propios.

Ahora bien, el demandante señala que tal doctrina no puede ser aplicada por cuanto lo que debe respetarse es la confianza legítima, la cual no puede existir cuando las partes saben que su conducta no tiene la virtualidad de cambiar el contrato. Agrega, además, que no surge confianza legítima cuando la actuación que se reclama consiste en la violación de una norma.

Desde este punto de vista debe observar el Tribunal:

La doctrina reciente ha hecho hincapié en que la teoría de los actos propios no debe ser aplicable en aquellos casos en que el ordenamiento establece una nulidad. Ello es así porque la ley establece un efecto particular – la nulidad para ciertas hipótesis- y porque cuando se trata de nulidades absolutas está de por medio el interés público. Esta posición es además congruente con lo que ha expuesto el Tribunal Supremo de España el cual ha señalado que “no es lícito obrar en contradicción con los actos propios, **si estos son válidos y eficaces** en Derecho, obedecen a una determinación espontánea y libre de la voluntad expresa o tácita pero indubitada y concluyente y tenían por objeto crear, modificar o extinguir una relación jurídica” (Sentencias de la Sala 1ª del Tribunal Supremo de 27-11-61 (RJ 4.124) y 27-1-66 (RJ 135), reiteradas en las de la Sala 6ª de 12-5-81 (RJ 2.251) y 8-3-84 (RJ 1.535), citadas en la Revista de la Comunidad Jurídica de Madrid. No 7, Marzo 2000)

Sin embargo, es claro que una situación distinta se presenta cuando lo que está en juego es una estipulación contractual que las partes pueden modificar. En tal caso no está en juego el interés público. Por lo demás, como ya se demostró, para el ordenamiento la conducta de las partes puede ser relevante para privar de efectos cláusulas que exigían ciertas formalidades. Es decir que el ordenamiento protege la confianza que puede surgir de la conducta de las dos partes que han ejecutado un contrato, a pesar de que no se hayan cumplido las formalidades exigidas por ellas. No se puede negar que una persona puede haber confiado en que la conducta de la

otra apartándose del contrato y permitiéndole ejecutarlo de determinada manera, le daba la posibilidad de hacerlo.

Por otra parte, expresa el demandante que la teoría de los actos propios no es aplicable en el presente caso, pues a quien abusa de los derechos subjetivos derivados de un contrato o de la ley, no le es posible invocar a su favor protección, pues ello desvirtuaría el deber constitucional de no abusar de los derechos propios y respetar los derechos de los demás. Agrega que las cuatro reglas básicas de interpretación de los contratos de adhesión deben ser aplicadas a favor del adherente y no del predisponente, como sucedería si se aceptara que la tolerancia de la parte débil en la ejecución del contrato implica su modificación tácita.

En relación con este aspecto, encuentra el Tribunal, por una parte, que no está establecido un abuso por parte de COMCEL en su relación contractual con CONCELULAR en relación con la modificación de las comisiones. Por otra parte, no encuentra el Tribunal que la teoría de los actos propios sea inaplicable en el escenario de los contratos de adhesión; particularmente cuando no se está frente a la simple tolerancia de una conducta de quien redactó el contrato, sino ante una conducta positiva de ejecución en este sentido, sin expresar protesta u observación alguna. Es apenas natural esperar que si la parte adherente consideraba que en la ejecución del contrato se lesionaba su interés, lo habría por lo menos manifestado, pues nada se lo impedía.

A este respecto debe observarse que en su alegato de conclusión el demandante señala que CONCELULAR no guardó silencio y para ello se refiere a una serie de comunicaciones que obran en los cuadernos 12 y 13 del expediente (folios 22, 79, 153, 186, 188, 189, 190, 191, 192, 193, 194, 195 a 198 y 320 del Cuaderno de Pruebas No 12 y 43 del Cuaderno de Pruebas No 13). Al examinar dichas comunicaciones observa el Tribunal que la mayor parte de ellas son posteriores al 28 de enero de 2004, cuando se produce el último cambio de comisiones, y las anteriores a dicha fecha se refieren a problemas puntuales, pero no contienen una oposición o reparo a las políticas de comisiones que se adoptaron.

Conviene además destacar que cuando CONCELULAR, por comunicación del 17 de marzo de 2004, manifestó su oposición a las nuevas comisiones adoptadas por COMCEL, al propio tiempo solicitó que se le pagaran las comisiones correspondientes al mes de febrero con la tabla anterior y para ello señaló (folio 191 del Cuaderno de Pruebas No 12):

“Como Uds lo saben bien, las comisiones se han venido reduciendo por decisión de COMCEL, disminuyendo progresivamente el margen de utilidad para nuestra operación. En este proceso, y aún aplicando la última tabla vigente, se presentaría un saldo a nuestro favor de \$525.000,00, que les pedimos consignarnos a las brevedad posible”.(se subraya)

Lo anterior reafirma la aceptación de CONCELULAR de las comisiones anteriores fijadas por COMCEL.

Por otra parte, señala el apoderado de la demandante que la doctrina enseña que el silencio no puede considerarse aceptación salvo cuando la ley lo establece o las partes lo han pactado.

A este respecto debe observar el Tribunal que una cosa es el silencio y otra la aceptación tácita. El silencio es la ausencia de manifestación de voluntad. La aceptación tácita está constituida por una conducta que supone la voluntad de aceptar el contrato. Si bien la ley no le otorga en principio efectos al silencio en materia de manifestaciones de voluntad, si se lo atribuye a las manifestaciones tácitas, pues precisamente el Código de Comercio al regular la oferta prevé que la aceptación de la oferta puede ser expresa o tácita.

En el presente caso no se le está dando valor al simple silencio de CONCELULAR, sino a una conducta suya, consistente en ejecutar las políticas señaladas por COMCEL, realizando los actos que le correspondían y cobrando las comisiones a las que había lugar, sin que formulara reparo alguno en esta materia.

Señala el demandante que CONCELULAR no tenía otra opción que aceptar los planes que incluían el cambio de comisiones, pues así se lo imponía el

contrato. Además, no le era posible participar en unas condiciones y excluir otras y si no participaba se quedaba por fuera del mercado. Finalmente si no participaba entraba en conflicto con el empresario que tenía la posibilidad de aplicarle castigos económicos.

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, de conformidad con el contrato (cláusula 7ª):

“/3. 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 la distribución”.

Igualmente dispone el contrato (cláusula 18):

“El DISTRIBUIDOR acepta que en el momento en que COMCEL lo estime pertinente, podrá realizar promociones y programas especiales, en los cuales EL DISTRIBUIDOR se obliga a participar dentro de las condiciones que determine COMCEL”

Ahora bien, cuando COMCEL diseñaba los diversos planes el mismo incluía las comisiones que se pagarían en cada caso concreto.

Sin embargo, lo anterior no significa que al momento de comunicar tales planes a los distribuidores éstos no pudieran formular las observaciones que posteriormente, en el año 2004, formularon o que en este proceso han planteado, en el sentido de que las comisiones establecidas no eran válidas porque no se ajustaban al contrato o que las nuevas condiciones no tenían en cuenta las circunstancias de los distribuidores. Nada de esto obra en el expediente.

Ahora bien, cabe preguntarse si una situación diferente se plantea respecto del cambio de comisiones que se produce por comunicación de 20 de febrero

de 2004 remitida por COMCEL a CONCELULAR (folio 443 del Cuaderno de Pruebas No 1).

En efecto, por carta de marzo de 2004 (folio 448 del Cuaderno de Pruebas No 1) dirigida a COMCEL, CONCELULAR se refiere a las comunicaciones del 9 y 21 de febrero de COMCEL en las cuales se anuncian las nuevas comisiones y manifiesta que ha hecho una detenida evaluación del significado económico del cambio, el cual los lleva a concluir que las comisiones se disminuirían en un 40% mensual. Así mismo, expresa que aceptar estas nuevas condiciones conduciría al cierre definitivo de la empresa en pocos meses, pues su funcionamiento dejaría de ser viable, por lo cual pide “reconsiderar las determinaciones que nos han comunicado”

En comunicación enviada por CONCELULAR a COMCEL el 9 de marzo de 2004, CONCELULAR se refieren a la comunicación GSD-2004-317068-4 de COMCEL de 2 de marzo de 2004 sobre cobro de consultas de crédito no efectivas y en la cual se indica que CONCELULAR debe pagar \$1.000 por cada consulta que no genere venta. A tal efecto señala CONCELULAR que esta nueva decisión se agrega a los cambios de comisiones y atenta contra la viabilidad económica de la empresa. Por lo cual manifiesta que no está de acuerdo con esta modificación.

Por carta del 17 de marzo de 2004 (folios 190 y 191 del Cuaderno 12) CONCELULAR manifestó que había recibido el informe correspondiente a la relación de comisiones con corte al 28 de febrero de 2004, las que habían sido liquidadas aplicando los criterios notificados el 9 y 12 de febrero, y sobre los cuales CONCELULAR había manifestado su desacuerdo por comunicación del 1º de marzo. Señala las diferencias de comisiones y piden que se le consigne la diferencia que corresponde de acuerdo con las comisiones liquidadas con la última tabla.

Así mismo, en comunicación del 23 de marzo de 2004 dirigida a COMCEL (folios 188 y 189 del Cuaderno de Pruebas No 12) CONCELULAR se refiere a la comunicación de COMCEL del 17 de marzo, en la cual se presenta un nuevo plan de comisiones que se aplicará a partir del 21 de febrero de 2004, y allí se expresa que “El nuevo plan no recoge la totalidad de las condiciones

que UD. mencionó durante la reunión que celebramos en su Despacho en días pasados”. Se agrega que la realidad del nuevo plan de comisiones es que se presenta “una considerable reducción de nuestros ingresos que comprometen la estabilidad financiera de nuestra actividad”. Señala que lo único que permitiría estudiar la permanencia sería incrementar en más del 60% las activaciones, esfuerzo que requiere nuevas inversiones y se expresa “No obstante para tomar una decisión empresarial, como la que se requeriría para ampliar significativamente nuestra red de ventas, requeriríamos saber, previamente y con plena certeza (d.1.) qué estímulos adicionales de tipo económico puede ofrecer COMCEL para la apertura de nuevos puntos de venta y como serían ejecutados y (d.2) cuál es el término de renovación del contrato que tenemos firmado con Uds pues comprenderán que con las llamadas renovaciones de mes en mes, ningún empresario intentaría realizar nuevas inversiones cuando no existe ninguna garantía de permanencia de la actividad que realizamos para COMCEL”. Por lo cual concluye que hasta que no se despejen tales interrogantes no pueden decidir su aceptación del nuevo plan de comisiones.

Por comunicación del 26 de marzo de 2004 COMCEL manifiesta a CONCELULAR (folio del Cuaderno de Pruebas No 12) que la comunicación del 17 de marzo “es simple reflejo de las nuevas condiciones del mercado de distribución de telefonía móvil en el país, particularmente para aquellas compañías que trabajan con COMCEL y que se han visto beneficiadas por un incremento sin precedentes en el número de ventas y activaciones mensuales”. Agrega así mismo que “el esfuerzo de masificación de Comcel necesariamente debe traducirse en un esquema de remuneración que sea consistente con los altos volúmenes de venta, bastante superiores a los que se registraban al inicio de la relación comercial entre Concelular y Comcel”. Finalmente expresa: “Precisamente previendo este desarrollo, el contrato de distribución vigente entre las partes permite a COMCEL fijar, periódicamente, la tabla de comisiones, según las condiciones actuales del mercado”

En comunicación del 15 de abril de 2004 dirigida por CONCELULAR a COMCEL aquélla se refiere a sus comunicaciones anteriores y reitera su solicitud en el sentido “que la liquidación de comisiones se haga conforme al

régimen anterior”. Así mismo expresa que al revisar el contrato “no encontramos la atribución de COMCEL para variar unilateralmente la tabla de comisiones, por lo cual le agradeceríamos una ilustración adicional sobre este aspecto.”

Finalmente, el 4 de mayo de 2004 la convocante envía una comunicación a COMCEL por la cual “a partir de la fecha da por terminado el vínculo contractual” por causas imputables a COMCEL.

Partiendo de lo anterior, está claro que la convocada modificó las comisiones que se venían aplicando, y que como se vio, habían sido expresa o tácitamente aceptadas por CONCELULAR. Debe observar el Tribunal que en la comunicación en la que se informaron las nuevas comisiones, se previó un espacio para la aceptación del distribuidor, quien no la aceptó. Tampoco existió aceptación tácita, pues el distribuidor formuló reparos a dichas comisiones por diversas comunicaciones que envió a partir de marzo de 2004.

Ahora bien, como ya se dijo, para el Tribunal el contrato no contemplaba la posibilidad de modificar las comisiones pospago unilateralmente, por lo cual al haberlo hecho y haberlas aplicado, sin el consentimiento de CONCELULAR, se produjo un incumplimiento del contrato.

2) Incumplimiento por haber descontado el claw back del valor de la comisión y por haber condicionado el pago de la comisión por activación al acaecimiento de hechos realizados por terceros.

A) Posición de las partes

Señala el demandante que COMCEL incumplió la ley al haber desconocido la remuneración del agente, pues estableció, *contra legem*, dentro del contrato, que no obstante el negocio se hubiera llevado a cabo, si el abonado se retiraba de la red antes de los 12 primeros meses del contrato, se le descontaba al agente el valor de su comisión. Agrega que se da una doble sanción pues si un abonado se retira, el agente pierde automáticamente su

comisión de residual, pues ya no hay facturación sobre qué liquidarla. Así, el descuento posterior de la comisión de activación es una sanción adicional por el mismo hecho, que no se debe a su culpa sino a la determinación de un tercero que, incluso, puede haberse retirado por mal servicio o por aumento de tarifas, circunstancias imputables exclusivamente al empresario. Agrega que, adicionalmente, COMCEL le cobra al abonado por su retiro de la red, el valor de la “cláusula de permanencia”, que lo obliga a permanecer en la red durante 12 meses. Así que COMCEL de un lado obtiene el valor de la cláusula de permanencia y de otro, le descuenta al agente la comisión de activación por concepto de desactivaciones, incurriendo así en una especie de violación al principio del “non bis in idem”.

Por otra parte igualmente señala que COMCEL incumplió el contrato porque se establecieron condiciones adicionales a la realización de la venta como un prerrequisito para el pago de la comisión por activación. En tal sentido se condicionó el monto de la comisión a los siguientes hechos: a la suscripción de un nuevo contrato; a la permanencia del usuario por un período determinado de tiempo; a que el usuario efectuara la recarga del teléfono prepago con tarjetas prepago, en montos y períodos específicos; y a que el usuario efectivamente realizara llamadas a través de su teléfono. Estas condiciones no se encontraban contempladas en el contrato ni la ley permite este tipo de condicionamientos.

A tal propósito señala los siguientes casos:

- Mediante circular GSD-99-17375 del 15 de Julio de 1999, COMCEL expresa que en los planes PAK-PAC las comisiones serán de \$70.000.00 para los distribuidores que firmaron el nuevo contrato de distribución, que sumará para escala y aquellos que aún no lo han firmado, recibirán \$50.000.00 por cada línea activada y no sumará para escala, (Folios 194 a 199 Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante carta de fecha 1 de abril de 1999 No. PRE-99-7900, se condiciona la vigencia de los aumentos de comisión previstos en la misma a que previamente se hubiere aceptado la disminución de comisiones contenida en la carta número PRE-99-6586 del 17 de marzo de 1999. (Folios 177 a 178 Cuaderno de Pruebas No 1)

- Mediante carta de fecha 12 de noviembre de 1999 No. PRE-99-50845 se establece escala de prepago dependiendo del plan y el numero de activaciones y se excluyen las ventas de prepago para la escala de pospago (folios 223 y 224 Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante circular GSD-2000-147200 de fecha 18 de agosto de 2000, COMCEL redujo las comisiones del Plan Welcome Back a \$15.000 por activación y condiciona su retribución a que el usuario genere como mínimo una llamada desde su equipo. Reconoce así mismo, el pago de \$45.000 cuando el usuario cargue \$60.000 durante los 60 días a partir de la fecha de activación. (Folios 251 a 253 del Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante Circular GSD-2001-243758 de fecha 1 de agosto de 2001 se estableció para el plan WELCOME BACK PROMOCIÓN una comisión de \$15.000 siempre y cuando el abonado hiciera la primera llamada y cargara una tarjeta de cualquier denominación dentro de los 60 días siguientes a la activación y \$45.000 adicionales si el abonado realizaba una carga de \$60.000 dentro de los 60 días siguientes a la activación; (Folios 288 a 290 del Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante Circular GSD-2001-287873 de fecha 12 de septiembre de 2001 se condicionó el pago de la comisión inicial de \$15.000 para la venta de “PAW promoción” a que el cliente recargara con mínimo \$10.000 pesos el equipo antes de 60 días y los \$45.000 restantes si el abonado recargaba con \$60.000 dentro de los 60 días siguientes a la legalización. (Folio 293 del Cuaderno de Pruebas No 1)
- Mediante carta de fecha 9 de febrero de 2004 se comunicó que la comisión para los Kit a cuotas sería de \$50.000 condicionándola a que: se hubiera generado la primera llamada dentro de los 45 días siguientes a la activación del teléfono; (Folios 441 a 442 del Cuaderno de Pruebas No 1)

En relación con estas modificaciones el demandante adicionalmente señala que esta forma de remuneración es ilegal si se tiene en cuenta que el agente comercial adquiere una obligación de medio y no de resultado y, por consiguiente, tiene derecho a la remuneración pactada, en los términos que imperativamente impone el Art. 1322 del C. de Co.

Por su parte la demandada señala que las modificaciones que se introdujeron al contrato fueron aceptadas por la demandante y confirmadas por su conducta contractual.

B) Consideraciones del Tribunal

El artículo 1322 del C. de Co. dispone:

“El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra parte para no concluir el negocio.”

Lo primero que debe observarse es que la norma establece que el agente tiene derecho a remuneración aunque el negocio “no se lleve a efecto”. Llevar a efecto un negocio no permite concluir que necesariamente la comisión del agente se causa por la sola celebración del contrato por intermedio del agente. Por el contrario, es apenas lógico concluir que llevar a efecto un contrato, es cumplirlo. Por consiguiente, no pugna con la norma legal que la comisión se cause teniendo en cuenta el cumplimiento del contrato por parte del tercero que vincule el agente, sino que por el contrario ello se ajusta a la naturaleza del contrato de agencia.

Pero aún si la interpretación del demandante fuera correcta, es claro para el Tribunal que la disposición legal transcrita no es imperativa.

En efecto de una parte el artículo no dispone que lo que en él se prescribe sea de carácter imperativo. Tampoco es posible aceptar que todas las disposiciones que regulan el contrato de agencia tengan carácter de orden público, pues ninguna norma así lo dispone.

Si bien el artículo 1328 del Estatuto Mercantil sujeta a la ley colombiana todos los contratos de agencia que se ejecuten en Colombia, y al mismo tiempo establece: “Toda estipulación en contrario se tendrá por no escrita”,

ello no permite afirmar que todo el régimen del contrato de agencia es de orden público, pues en primer lugar, el propio código al regular el contrato en diversos artículos claramente dispone que sus normas pueden ser modificadas por las partes; en segundo lugar, porque existen normas dentro del régimen del contrato de agencia que por su naturaleza no tienen carácter imperativo, como es el artículo 1321 que establece las obligaciones de información del agente, cuya modificación por las partes no puede considerarse que atente contra los intereses más esenciales de las mismas, y finalmente, porque al contrato de agencia son aplicables las normas del mandato y la comisión, las cuales por regla general no son de carácter imperativo.

Por otra parte, debe observarse que el artículo 1322 regula lo relativo a unos eventos de causación de la remuneración del agente. Ahora bien, la remuneración resulta del acuerdo de voluntades de las partes. Por consiguiente, no es razonable considerar que las partes pueden fijar libremente la remuneración que se ha de pagar pero no pueden determinar en que forma se causa dicha remuneración.

Finalmente, debe observar el Tribunal que al contrato de agencia son aplicables las normas del mandato, entre las cuales se encuentra el artículo 2178 del Código Civil que permite al mandatario “por un pacto especial tomar sobre su responsabilidad la solvencia de los deudores y todas las incertidumbres y embarazos del cobro. Constitúyese entonces principal deudor para con el mandante, y son de su cuenta hasta los casos fortuitos y la fuerza mayor”.

Esta figura que don Andrés Bello tomó de Troplong, según consta en el proyecto de 1853, y que originalmente se desarrolló para el contrato de comisión, es usualmente admitida en el derecho comparado como un pacto accesorio al contrato de agencia mercantil y es denominada en muchos países, siguiendo la tradición italiana, “star del credere”. Si las partes pueden pactar que el agente garantice el cumplimiento del contrato por el tercero con quien se contrata, con mayor razón debe aceptarse que las mismas pueden condicionar la remuneración a que el cliente tenga una determinada permanencia.

No sobra señalar que la Directiva de la Comunidad Económica Europea sobre agencia contempla que (artículo 10) “2. Se devengará la comisión a más tardar cuando el tercero haya ejecutado su parte de la operación o debiere haberla ejecutado si el empresario hubiere ejecutado su parte de la operación”. Como se ve una legislación de protección, como es la de la Comunidad, considera que no riñe con tal propósito que la comisión se cause cuando el tercero con quien se contrate por intermedio del agente cumpla las prestaciones a su cargo. Ello es precisamente porque el contrato de agencia tiene por objeto crear una clientela útil para el empresario y puede considerarse que ello no ocurre si la clientela realmente no adquiere los bienes o demanda los servicios del empresario en forma estable.

Por lo anterior no considera el Tribunal que las disposiciones que se aplicaron en el contrato, como es subordinar la comisión del agente a que el usuario tuviera determinada permanencia o que realizara llamadas o recargara el teléfono sean ilegales, sino que por el contrario corresponden a su naturaleza.

En cuanto a las comunicaciones o circulares posteriores al contrato que subordinaron la comisión del agente a que el usuario realizara recargas del teléfono o realizara llamadas, encuentra el Tribunal que las mismas no fueron objeto de reparo alguno por parte del agente y de esta manera fueron aplicadas, por lo cual se debe concluir que las aceptó.

Por otra parte en lo que se refiere al hecho de que en algunas Circulares o Comunicaciones de COMCEL se subordinara la aplicación de las nuevas comisiones a que se firmara un nuevo contrato, debe observar el tribunal que en el expediente se observa que ello ocurrió en los siguientes casos:

- Circular GSD-99-8108 de fecha 9 de abril de 1999 por la cual se crea el Plan Kit Amigo Prepago (PAK) y se establece que “este plan genera una comisión de \$70.000 no reversible para los distribuidores que hubieren firmado el nuevo contrato de distribución con COMCEL, \$50.000 para los que aún no lo hayan hecho. Las ventas de Kit Prepago entran en escalas por volumen solo para los distribuidores

que hayan firmado el nuevo contrato” (Folios 179 a 183 del Cuaderno de Pruebas No 1).

- Circular GSD-99-17375 del 15 de Julio de 1999, COMCEL expresa que en los planes PAK-PAC las comisiones serán de \$70.000.00 para los distribuidores que firmaron el nuevo contrato de distribución, que sumarán para escala y para aquellos que aún no lo han firmado, recibirán \$50.000.00 por cada línea activada y no sumarán para escala,_(Folios 194 a 199 Cuaderno de Pruebas No 1)

Como se puede observar, lo primero que cabe preguntarse es si este condicionamiento era o no aplicable a CONCELULAR. Para el Tribunal el mismo no era aplicable a dicha sociedad. En efecto, COMCEL venía desarrollando su actividad desde varios años antes de 1999 y por ello tenía distribuidores anteriores, en tanto que CONCELULAR sólo firmó su contrato el 17 de marzo de 1999, es decir en la misma época en que se establece el condicionamiento, lo que indica que el modelo contractual que firmó es el nuevo contrato. Así las cosas en la medida en que este condicionamiento no era aplicable a CONCELULAR no hay lugar a analizar si el condicionamiento fue o no abusivo.

3) Incumplimiento por el no pago de las comisiones por los negocios directos celebrados por COMCEL en sus puntos de venta.

A) Posición de las partes

Señala el demandante que COMCEL realizó negocios directamente en la zona asignada a CONCELULAR sin que se hubiera reconocido la correspondiente comisión. Expresa que si bien en el contrato entre COMCEL y CONCELULAR no se delimitó una zona geográfica específica, en la ejecución del contrato fue definido el territorio que correspondía a CONCELULAR, cuando COMCEL le asignó códigos numéricos internos que identificaron la zona geográfica que le fue destinada para ejecutar su labor de promoción de la venta de los servicios y productos de la agenciada.

Por su parte, la demandada expresa que al distribuidor no se le asignó un territorio exclusivo sino que competía con los demás distribuidores. Advierte que el territorio no estaba predeterminado ni fijado por las partes.

B) Consideraciones del Tribunal

Sobre el particular observa el Tribunal lo siguiente:

El artículo 1322 del C. de Co. otorga al agente el derecho a percibir la remuneración por aquellos negocios que el empresario efectúe directamente y deban ejecutarse en el territorio asignado al agente.

La razón de ser de dicha remuneración se funda en el hecho de que el agente realiza una actividad de promoción dirigida a crear una clientela para el empresario y, por ello, cuando este último celebra un contrato directamente no es posible afirmar que dicho contrato sea extraño a la actividad del agente.

Se ha discutido si el hecho de no haberse pactado exclusividad excluye la remuneración por ventas directas. Algunos autores (Baldi, ob. Cit., página 70) consideran que el pactar que el agente no tendrá exclusividad elimina la remuneración por ventas directas por parte del empresario. Por el contrario, otros (Garrigues. Tratado de Derecho Mercantil. Tomo III. Revista de Derecho Mercantil. 1964, página 564) consideran que la remuneración por negocios celebrados directamente por el empresario está vinculado al hecho de que al agente se le haya confiado una zona, lo cual no significa que la tenga que tener en exclusiva.

La Directiva de la Comunidad Económica Europea en materia de agencia prevé

*“2. El agente comercial, por una operación que se haya concluido mientras dure el contrato de agencia, tendrá derecho igualmente a la comisión:
- ya sea cuando esté a cargo de un sector geográfico o de un grupo determinado de personas,- ya sea cuando disfrute del derecho de*

exclusividad para un sector geográfico o para un grupo determinado de personas,
y siempre que se haya concluido la operación con un cliente que pertenezca a dicho sector o grupo.

“Los Estados miembros deberán incluir en su ley alguna de las posibilidades mencionadas en los dos guiones precedentes”.

Como se desprende del texto de la Directiva, a nivel de derecho comparado existen las dos posibilidades: esto es, que la remuneración por las ventas directas esté vinculada a la existencia de una exclusividad o simplemente a una zona confiada al agente.

En el Derecho colombiano, la Corte Suprema de Justicia (Cas. Civ. 14 de diciembre de 1992 G.J. t. CCXIX) analizó las diversas orientaciones que existen en la doctrina sobre el fundamento de la obligación para el empresario de pagar al agente una remuneración por ventas directas, y expresó que “... por la generalidad de la doctrina no se juzga que ese derecho existe en la medida en que exista exclusividad, pero que, no surgida o desaparecida ésta, él también debe decaer”.

En la sentencia mencionada la Corte examinó un caso en el cual inicialmente se había pactado exclusividad y en el desarrollo del contrato la misma no se aplicó, por lo cual se discutía si en todo caso ello implicaba que el agente no tenía derecho a remuneración por las ventas que realizaba el empresario. En este contexto expresó la sentencia mencionada:

“Situado el asunto en la perspectiva antes descrita, aflora, como consecuencia ineludible, la de que los artículos 1318 y 1322, o mejor, los derechos a que ellos se refieren, se desplazan en órbitas diferentes, las cuales ni se interfieren, ni una depende de la del otro. De ahí que si en un caso dado se pactó en contra de la exclusividad en favor del agente o si habiéndosela respetado al confeccionarse el contrato llega luego a decaer por algún motivo, no por esa mera circunstancia caduca o se extingue el derecho del agente a recibir la retribución proveniente de las ventas directas cumplidas en su territorio por el empresario.”

Tomando en consideración lo anterior, para resolver la controversia en el presente caso debe advertir el Tribunal que la remuneración por ventas directas no constituye una disposición imperativa o de orden público, sino de la naturaleza del contrato, la cual, por consiguiente, puede ser objeto de pacto en contrario. En efecto, además de que la norma no excluye dicho pacto, no existe ninguna razón para considerar que en ella está en juego el interés público o que busca proteger a la parte más débil “contra una limitación excesiva de su libertad o contra un ataque que la amenace en sus bienes más esenciales”, para emplear la fórmula utilizada por la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia (G.J. T XLVI. 670)

Bajo esta óptica encuentra el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, es claro que en el contrato no se estipuló expresamente derecho alguno a favor del agente por las ventas directas que realizara el empresario en la zona confiada al agente.

En segundo término, en la cláusula 18 del contrato se estipuló:

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

De conformidad con esta estipulación, COMCEL tenía el derecho de celebrar convenios para desarrollar este mismo objeto o para la venta, comercialización o promoción del servicio. Así mismo podría realizar el mercadeo del servicio. Así las cosas, es claro que COMCEL no reservó al agente una zona para que el mismo se ocupará de promover en dicha zona sus productos y servicios al margen de COMCEL. Precisamente COMCEL podía actuar en la zona donde actuaba CONCELULAR en la misma forma que éste lo hacía a través de sus puntos de venta. En tal caso es claro que ello no podía generar una comisión para el agente, de la misma manera que

la actuación de otros agentes de COMCEL no generaban comisión para CONCELULAR. En efecto, la comisión por negocios directos parte de la base de que el empresario se beneficia de la actividad del agente que realiza la actividad de promoción, pero precisamente cuando de conformidad con lo previsto en el contrato el empresario actúa en la zona del agente en la misma forma que éste, no puede generarse comisión para el agente.

A lo anterior vale la pena agregar que este fue el entendimiento de las partes, pues durante el desarrollo del contrato CONCELULAR no formuló reclamación por concepto de la remuneración por los contratos que COMCEL celebraba directamente, a pesar de que los conocía. Lo anterior, de conformidad con el artículo 1622 del Código Civil, constituye una interpretación del contrato por las partes, a la cual debe atenerse el Tribunal.

Por lo anterior es claro que no existe el incumplimiento invocado por el demandante.

4) Incumplimientos de COMCEL frente al pago de la comisión por residual.

A) Posiciones de las partes

Por no haber cancelado el valor correspondiente a la comisión por residual en los planes prepago.

A este respecto el demandante expresa que lo largo del desarrollo del contrato COMCEL no pagó el residual correspondiente a las líneas prepago, que nunca fueron excluidas del contrato, sin que los argumentos esgrimidos por COMCEL sean de recibo, pues no puede sostenerse que el usuario de prepago no tenga el carácter de abonado, Agrega que el contrato nunca distinguió entre abonado prepago y pospago. Tampoco es aceptable el argumento de que el plan prepago no tenía una permanencia mínima, pues el residual no está vinculado a una permanencia mínima, sino al consumo de minutos al aire. Así mismo señala que tampoco se puede asimilar el residual al descuento por la venta de las tarjetas pues se refieren a supuestos distintos.

Por no haber presentado los soportes mensuales con base en los cuales se liquidaba la comisión por residual.

Señala el demandante que de acuerdo con el manual de procedimientos, COMCEL se obligó a presentar con cada pago de la comisión por RESIDUAL, una relación detallada, junto con los archivos de soporte de los recaudos efectuados por COMCEL y la actualización de la base de datos de la totalidad de los abonados correspondientes a cada Agente-distribuidor. No obstante lo anterior, COMCEL no pudo probar el cumplimiento de esta obligación. Precisa el demandante que por este incumplimiento el agente no pudo reclamar cuando se le cancelaban, a título de residual.

Adicionalmente COMCEL también incurrió en incumplimiento, pues variaba las cifras del ARPU y CHURN, según la información estuviera dirigida al Ministerio de Comunicaciones, o a los agentes distribuidores, o a AMERICA MOVIL su casa matriz. Agrega que entre los meses de enero y noviembre de 2001, COMCEL liquidó y mantuvo exactamente el mismo promedio de residual, lo que resultaba físicamente imposible, ya que equivale a que de un mes a otro, la totalidad de los abonados hayan realizado exactamente el mismo consumo de minutos al aire, y que se haya mantenido exactamente el mismo número de abonados. Advierte que si resulta imposible que de un mes a otro se presente esta coincidencia, es absolutamente imposible que esta situación se mantenga durante casi un año, lapso durante el cual COMCEL liquidó y pagó idéntica comisión.

Por su parte el apoderado de la demandada expresa que de conformidad con el contrato, la comisión por residual no se causaba por razón del producto prepago, tanto porque ello se deducía del anexo A original, como porque así se pactó posteriormente. Adicionalmente dicho residual nunca se liquidó sobre el producto prepago.

B) Consideraciones del Tribunal

Sobre el particular observa el Tribunal lo siguiente:

El Anexo A del Contrato original del 17 de marzo de 1999 contempla diversas comisiones, incluyendo la comisión por residual, sin precisar expresamente si la misma incluye o no a los planes prepagos. Sin embargo, al analizar los conceptos sobre los cuales se causa el residual encuentra el Tribunal que ellos eran: cargos mensuales de uso sobre llamadas locales, cargo fijo mensual y cargo mensual por concepto de servicios suplementarios prestados por COMCEL. Estos conceptos no operan para el producto prepago, en el cual no se pagan cargos mensuales, sino que se cancela anticipadamente una suma de dinero para acceder al servicio. Por consiguiente, dentro del contexto de dicho anexo era lógico entender que residual sólo se causaba en los planes pospago.

En todo caso, el 21 de septiembre de 2001 las partes firmaron un Otrosí al Contrato, en el cual acordaron modificar el Anexo A del Plan de Comisiones del Distribuidor (folios 147 a 152 del Cuaderno de Pruebas No 3). En dicha modificación se pactó:

“Se entiende y acepta que los planes prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión residual...”

En el curso del proceso no se ha probado que dicha estipulación tenga vicios que afecten su validez, por lo cual el Tribunal debe concluir que de conformidad con la voluntad de las partes la comisión residual no se aplica a planes prepago.

Por lo demás, en su dictamen pericial el perito, al ser preguntado “si en la documentación a la cual tuvo acceso encontró que COMCEL hubiera pagado a CONCELULAR alguna suma por concepto de residual en planes PREPAGO”, expresó:

“Del análisis de los documentos y registros contables de las partes, a los cuales se tuvo acceso para la elaboración del Dictamen Pericial cuya aclaración se solicita, se concluye que COMCEL no pagó a CONCELULAR suma alguna por concepto de residual en planes PREPAGO”

Así mismo el perito expresó:

“Las cifras por concepto de residual de ambas contabilidades se refieren exclusivamente a planes POSPAGO por cuanto COMCEL nunca reconoció suma alguna por residual en PREPAGO, ni tampoco aparece que hubiera sido facturado por CONCELULAR.”

Por otra parte, en lo que se refiere a la información requerida para revisar el valor del residual debe en primer lugar observar el Tribunal que el contrato no señala claramente qué información debe entregarse.

En efecto, en el Manual de Procedimientos que invoca el actor (folio 192 del Cuaderno de Pruebas No 3) se expresa:

“RESIDUALES

Son los pagos que se efectúan al Distribuidor, generados por los ingresos recibidos por COMCEL por uso del servicio de telefonía móvil celular por parte del abonado correspondiente y procede su pago en los términos y condiciones establecidos en el Contrato de Distribución y en el Anexo A del mismo. Los porcentajes de residuales dependen si es Centro de Ventas (cv) o Centro de Ventas y Servicios, los cuales están estipulados en el Contrato de Distribución”

Como se puede apreciar, dicho documento contractual no precisa qué información debe entregarse al Distribuidor para el cálculo del residual.

En todo caso entiende el Tribunal que el principio de la buena fe impone que cuando la remuneración de una parte se causa por hechos que sólo conoce la otra, esta última debe suministrarle a la primera la información necesaria para verificar que la remuneración que se le paga es correcta.

Desde este punto de vista encuentra el Tribunal que no se acreditó que COMCEL hubiese entregado la información suficiente para que CONCELULAR verificara la información correspondiente al residual. Adicionalmente de acuerdo con el Dictamen Pericial, COMCEL no dispone de cifras anteriores al año 2000. En todo caso existe una diferencia en el valor del residual a pagar según las cifras reportadas al Ministerio de

Comunicaciones y a la matriz de COMCEL: America Móvil (páginas 1-18 y siguientes del dictamen y 1-24 de las aclaraciones al dictamen contable)-

Ahora bien, el perito señala una cifra para cuantificar el valor del residual no pagado. Sin embargo, los cálculos que el mismo realizó se fundan en la aplicación del Anexo A original y no tienen en cuenta las modificaciones introducidas y que fueron aceptadas por CONCELULAR.

A lo anterior se agrega que las partes firmaron cuatro Actas de Transacción Conciliación y Compensación de Cuentas, en las cuales “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 CONCELULAR por estos conceptos hasta Diciembre 31 de 2002, conforme a la Ley y al contrato precitado”. De este modo, y como quiera que no se ha acreditado un vicio del consentimiento respecto de estas actas, las comisiones por el período anterior no pueden ser reclamadas.

Por lo anterior sólo se reconocerá las diferencias de comisiones a partir de dicha fecha.

5) Incumplimiento por descuentos del valor de las comisiones por diversos conceptos y conductas no atribuibles a CONCELULAR

A) Posición de las partes:

Señala el demandante que COMCEL desconoció el legítimo derecho de sus agentes a devengar el valor de su remuneración, ingeniándose un método a través del cual, descontaba, a título de penalizaciones, hasta el máximo del valor total de lo pagado sumando todas las comisiones, aduciendo causas ajenas a la relación contractual e imputables exclusivamente a los usuarios o incluso al mismo empresario, pero nunca atribuibles a los agentes. En materia de fraudes COMCEL creó una tabla de penalizaciones con 92 causales, de diversa índole, tales como errores en el diligenciamiento de formatos, documentación incompleta, tiempos de entrega e inconsistencia de la información. Advierte que COMCEL se adjudicó la facultad unilateral y

arbitraria de descontar comisiones legítimamente devengadas por el agente, por supuestos fraudes e inconsistencias documentales.

Por otra parte, COMCEL unilateralmente decidió descontar de las comisiones los fraudes de terceros. COMCEL nunca ordenó investigaciones para determinar la responsabilidad sobre los supuestos fraudes. Se limitó a cargarlos en la cuenta del agente, sin tener ninguna otra consideración, sin entrar a determinar si efectivamente el agente era responsable del hecho y sin buscar al verdadero responsable de tal conducta. Señala, además, que COMCEL trasladaba a sus agentes, un riesgo propio de su actividad: en lugar de tomar una póliza de seguro que le garantizara la recuperación de su cartera, obligó a su agente a responderle por dicho riesgo. El monto de las deducciones a las comisiones ya causadas por “FRAUDES E INCONSISTENCIA DOCUMENTAL”, se extendió hasta por el máximo del total de las comisiones pagadas a CONCELULAR.

Así mismo expresa la demandante que COMCEL también incumplió el contrato suscrito al trasladarle a CONCELULAR el riesgo de su propia cartera, hipótesis no prevista en el contrato. En efecto, si un abonado o usuario generaba un pago mediante el giro u otorgamiento de cheques a la orden de COMCEL y éste salía impagado, COMCEL le descontaba automáticamente el importe del título valor insatisfecho. Adicionalmente, a título de multa, COMCEL descontó de las comisiones el valor correspondiente al 20% del cheque devuelto, haciendo extensiva al agente la sanción que el Código de Comercio le impone al girador. Además, el cheque devuelto era entregado a CONCELULAR una vez transcurridos sus 6 meses de vigencia, de manera que resultaba imposible adelantar cualquier tipo de diligencia tendiente al cobro del mismo.

Igualmente señala el demandante que el mismo procedimiento aplicó COMCEL a CONCELULAR cuando la venta se documentaba a través de vouchers o facturas comerciales y que incorporaba la compra del equipo a través de dinero plástico (tarjetas de crédito y débito).

También expresa que COMCEL efectuó descuentos o deducciones a CONCELULAR por concepto de CALDIST (Calidad del Distribuidor)

incluyendo en este punto una multiplicidad de conceptos que no siempre obedecían a una falencia del servicio del agente o no eran responsabilidad del mismo.

Finalmente expresa que COMCEL no pagó las comisiones por la totalidad de los abonados que se incluían en una misma planilla cuando quiera que uno de ellos presentara alguna inconsistencia documental.

B) Consideraciones del Tribunal

En relación con estos aspectos encuentra el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar, debe observarse que desde la celebración misma del contrato se había previsto tanto la obligación para CONCELULAR de velar por la exactitud de la información reportada por los usuarios, como las sanciones por el incumplimiento de sus deberes.

En efecto, en el contrato se incluyó dentro de las definiciones la expresión “Términos de referencia o reenvío” que significa “el contenido integrado del contrato por referencia o reenvío a manuales, - entre otros Manual de Procedimientos, Manual de Imagen Corporativa, etc. Reglamentos, estatutos o normas y a las instrucciones escritas que se produzcan en la ejecución del contrato”. Igualmente en la cláusula 34 se estipuló que integran el contenido del contrato los manuales, reglamentaciones y normas de COMCEL que el distribuidor declara conocer.

En el expediente obra copia del manual de procedimientos de marzo de 1999 en el cual se establece cómo se vende, qué documentación se pide, se establece la responsabilidad del distribuidor si no lo hace y se prevén las penalizaciones aplicables (folio 284 y siguiente del Cuaderno de Pruebas No 3),

Además, el contrato (cláusula 7.6) previó que el Distribuidor debía verificar plenamente la identidad y la veracidad de la información suministrada por los clientes y “adoptará todas las medidas de seguridad a su alcance para garantizar la veracidad de los datos y la identidad del solicitante”.

Igualmente se había previsto que el Distribuidor entregaría en el plazo que allí se señala en las instalaciones de Comcel los documentos exigidos por la ley, los reglamentos, los actos administrativos y el Manual de Procedimiento de Distribuidores y las instrucciones que se impartan. También se dispone que todo lo anterior se ceñirá al Manual de Procedimientos de Distribuidores, conforme al cual se deben entregar los documentos. Así mismo se estableció una sanción por la no entrega de la documentación completa, correcta y verazmente diligenciada (cláusula 7.29) y que el Distribuidor debía adoptar las medidas de seguridad idóneas y efectivas para asegurar la identidad del solicitante, cliente o anónimo, la veracidad de los datos suministrados por éstos y las condiciones y calidades exigibles a ellos. Así mismo se dispuso que las penas previstas en el contrato se complementarían e integrarían con las previstas en los Manuales de COMCEL, las que podrá aplicar alternativamente COMCEL.

Así mismo en el anexo A, adoptado por otrosí del 21 de septiembre de 2001, se dispuso que en caso de desactivación del cliente por las conductas expresadas en el numeral 7.26 del contrato, y en particular por fraude a través de declaraciones falsas o inexactas, o en los casos de activación con base en la documentación o información suministrada por el distribuidor con base en documento documentos o datos falsos, COMCEL puede hacer deducciones por cuentas irrecuperables o de dudoso recado hasta por el máximo del total de activaciones pagadas al distribuidor, por concepto de todos los clientes obtenidos de manera irregular.

Igualmente el otrosí al contrato del 24 de junio de 2002 que modificó el anexo G, también contempló sanciones al distribuidor que no haya realizado el proceso de autenticación.

Ahora bien, posteriormente por la Circular GSD 2001272941 del 31 de agosto de 2001, (folios 246 a 253 del Cuaderno No 13) COMCEL manifiesta: “informamos a ustedes el nuevo Procedimiento de Cobros y Penalizaciones al Distribuidor que regirá a partir del día 1 de septiembre de 2001”

Dicha Circular fue puesta en operación por COMCEL sin que la misma hubiera generado ninguna clase de observación por parte de CONCELULAR.

Lo anterior determina que la misma la aceptó, pues durante toda la ejecución del contrato no se encuentra que hubiera formulado reparos al contenido mismo de dicha Circular.

De todo lo anterior se desprende que desde un principio se había previsto la posibilidad de imponer las sanciones de las cuales se queja el demandante y que si posteriormente se modificaron las reglas aplicables ello no generó reparo alguno por parte de CONCELULAR.

Por lo que se refiere a los hechos a los que se refiere el demandante en su alegato referidos al cobro de cheques devueltos o vouchers o facturas comerciales, cuando la venta se hacía con dinero plástico, no encuentra el Tribunal acreditado en el expediente los eventos en que se produjeron tales conductas y la causa de las mismas, por lo cual no puede determinar si allí existió o no incumplimiento por parte de COMCEL.

6) Incumplimiento por establecer condiciones discriminatorias.

A) Posición de las partes:

Señala el demandante que COMCEL incurre en responsabilidad por condiciones discriminatorias al haber realizado restricciones en cuanto a los canales de venta.

A tal efecto expresa que en el Anexo G relativo al Producto Prepagado Amigo, COMCEL no fijó canales de comercialización, por lo cual CONCELULAR realizó su actividad de promoción en cualquier lugar. Sin embargo a partir del 24 de enero de 2002 se restringió a CONCELULAR la comercialización en calles y peajes, la cual se asignó a la sociedad Prepagos JM Ltda.

Por su parte COMCEL sostiene que el Contrato reservaba a COMCEL la facultad de determinar la comercialización, por lo cual no incumplió el contrato.

B) Consideraciones del Tribunal

Sobre el particular observa el Tribunal que mediante carta de 24 de enero de 2002 (Folio 334 del Cuaderno 1), COMCEL informa a CONCELULAR “Nos permitimos informarles que a partir del 1 de febrero de 2002 y hasta el 31 de diciembre de 2002 los canales de Semáforos y Peajes serán operados en forma exclusiva por la sociedad PREPAGOS JM LTDA”

Ahora bien, a folios 161 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 3º obra un Otrosí al Contrato de Distribución, el cual incorpora el Anexo G “Plan de Descuentos del Distribuidor por la Compra y Distribución de Producto Prepagado Amigo”.

Sobre dicho documento debe observar el Tribunal, en primer lugar, que el mismo no se encuentra firmado por las partes. Sin embargo, en el hecho 67 de la demanda CONCELULAR expresó que “Mediante otrosí al contrato del año 2000, distinguido como Anexo G Producto Prepagado Amigo, **COMCEL** incluyó dentro de los planes de promoción de Telefonía Móvil Celular, la comercialización de la Tarjeta Prepagada Amigo.” Por su parte, al contestar dicha demanda COMCEL expresa que “Es cierto que esas fueron las bases iniciales posteriormente modificadas por la aceptación de la convocante”.

Partiendo de lo anterior, el Tribunal debe concluir que dicho documento rigió las relaciones de las partes.

En el numeral VIII de dicho documento se expresa:

“COMCEL y EL DISTRIBUIDOR convienen que el presente contrato no confiere derecho alguno de exclusividad ni respecto de EL PRODUCTO PREPAGADO ni sobre la zona o región determinada del territorio a favor de EL DISTRIBUIDOR, por lo que COMCEL podrá celebrar en cualquier momento contratos similares o iguales a éste cuando así lo estime conveniente en la misma zona o región.

“Sin embargo, EL DISTRIBUIDOR se obliga a respetar las normas de colisión o conflictos de interés con otro u otros DISTRIBUIDORES y, en consecuencia, no podrá operar en canales previamente codificados para otros distribuidores”.

De dicho documento se desprende que COMCEL podía designar otros distribuidores en la zona en que actuaba CONCELULAR. Ahora bien, podría discutirse si ello podía implicar o no que al propio tiempo COMCEL restringiera los canales de distribución que podía emplear CONCELULAR, particularmente porque el contrato contemplaba la obligación de respetar canales previamente codificados por otros distribuidores, expresión cuyo sentido por lo demás no se ha aclarado. Sin embargo, en todo caso, lo cierto es que en el expediente no hay constancia de que CONCELULAR haya formulado reparos a la decisión de COMCEL.

Lo anterior conduce a concluir que la misma contó con la aquiescencia de CONCELULAR, por lo cual no hay lugar a aceptar la existencia de un incumplimiento por parte de COMCEL.

7) Incumplimiento por haber incrementado el costo de la operación de CONCELULAR.

A) Posiciones de las partes

Expresa el demandante que COMCEL, trasladó a CONCELULAR la realización de actividades administrativas propias de aquella, sin que le hubiera reconocido ninguna contraprestación adicional, lo cual causó al agente un mayor costo de operación por activación, que se tradujo necesariamente en una clara disminución en el valor de la comisión pactada. Ello ocurrió en los siguientes casos:

Por el traslado a CONCELULAR de cargas administrativas que eran propias.

A tal efecto expresa que COMCEL creó el sistema de activación por poliedro con el cual impuso y trasladó a sus agentes distribuidores una serie de obligaciones adicionales para la documentación y tramitación de cada activación que antes eran realizadas por el empresario, lo que implicó para

CONCELULAR, redoblar sus esfuerzos en contratación de personal y asumir gastos adicionales de equipos, mobiliario y comunicaciones.

Por imponer a los agentes la obligación de asumir el costo total o parcial de productos para la promoción del servicio en ciertos planes.

Expresa la demandante que COMCEL impuso a sus agentes el asumir el costo de ciertos productos promocionales como teléfonos, para incrementar la venta del servicio de telefonía. En efecto, en todos aquellos casos en los que COMCEL lanzaba al mercado planes que involucraban el equipo y obligaba a ofrecerlos al público a un precio por debajo del costo, el agente tenía que cancelar a COMCEL el valor de la diferencia, sin que se hubiera estipulado en el contrato.

Como ejemplos de estos casos señala:

1. La circular GSD-2001-96549 del 21 de marzo de 2001 que obliga a CONCELULAR a vender los teléfonos KF 788 en \$49.000 + IVA y pagarle a COMCEL por cada uno \$99.000 + IVA. (Folios 279 a 278 del Cuaderno de Pruebas No 1)
2. La circular GSD-2001-126376 que dice “el nuevo precio de venta al usuario bajo la promoción de la Mujer de los Ericsson KF788 será de \$99.000+IVA y el de los Ericsson 1228 será de \$79.000+IVA donde el distribuidor seguirá asumiendo \$58.000.” (Folios 307 y 308 del Cuaderno No 3) no es en el expediente

Por descuentos por consultas en las centrales de riesgo.

A este respecto expresa el demandante que COMCEL dispuso y le trasladó a partir del año de 2004, el costo de la consulta que realizara sobre los clientes a las CENTRALES DE RIESGO, como DATACREDITO, si el cliente investigado no resultaba apto o idóneo para ser beneficiario del servicio.

A tal efecto invoca como prueba de esta imposición la circular GSD-2004-317068-4 del 2 de marzo de 2004, mediante la cual COMCEL informa que a partir de esa fecha cobrará al Distribuidor por cada consulta de Crédito en el Sistema Poliedro, un valor de \$2.000. (Folio 336 del cuaderno de pruebas No 13).

B) Consideraciones del Tribunal

A este respecto se observa en primer lugar que de acuerdo con la prueba recaudada el sistema poliedro fue desarrollado por COMCEL para facilitar la realización de todos los trámites correspondientes a activaciones y atención de los clientes, según lo expone los testigos Diego Alejandro Camacho y Carlos Mario Gaviria (folios 1 a 17 y 18 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 10). Gracias a dicho sistema el distribuidor recibió una herramienta para activar la línea en el menor tiempo posible. De esta manera, el sistema poliedro surgió como una herramienta para hacer más eficiente la actividad de los distribuidores.

Ahora bien, para efectos del uso del sistema Poliedro las partes firmaron en el año 2001 (folio 139 del Cuaderno de Pruebas No 3o) una Adición al Contrato de Distribución del 17 de marzo de 1999, en la cual se establecieron las reglas para el manejo del sistema y se estipuló que “EL DISTRIBUIDOR se obliga a cumplir con todos los procedimientos e instrucciones entregados a él por COMCEL por cualquier medio en los cuales se indiquen las condiciones para la realización de cada una de las operaciones a través del SISTEMA”.

Así mismo, por otrosí firmado por CONCELULAR el 23 de mayo de 2002 se facultó al Distribuidor para tramitar en sus puntos de venta los Cambios de Plan, los Cambios de Min y los Cambios de ESN que sean solicitados por los usuarios “a través del Sistema Poliedro Plus”.

De lo anterior se desprende que el uso del sistema Poliedro no surgió de la iniciativa unilateral de COMCEL, sino que se produjo por razón de un acuerdo de voluntades entre las partes.

Ahora bien, lo anterior implicaba que si las partes no habían dispuesto otra cosa, los eventuales costos administrativos que el uso del sistema significaran para CONCELULAR serían asumidos por ella. En efecto, si ello no fuera así, lo razonable es que se hubiera pactado una compensación. Lo anterior es además concordante con la conducta de las partes durante la ejecución del contrato, pues no encuentra el Tribunal que CONCELULAR haya formulado una reclamación u observación a COMCEL en tal sentido antes de la comunicación que da por terminado el contrato.

Por otra parte, en cuanto al hecho de que el Distribuidor debió asumir otros costos, como es el de los teléfonos en ciertos casos, observa el Tribunal que frente a tales decisiones de COMCEL no existió reparo u observación de CONCELULAR, lo cual indica que la misma la aceptó.

Finalmente, en lo que se refiere al cobro al Distribuidor de las consultas de crédito por el sistema poliedro, que se determinó por circular GSD-2004-317068-4 del 2 de marzo de 2004, encuentra el Tribunal que en tal caso no existió aceptación por parte de CONCELULAR. Ahora bien tal decisión no está amparada en reglas del contrato, pues no la previó y tampoco puede sostenerse que se trata de una obligación que se desprenda de la naturaleza misma de la obligación. Por consiguiente en este caso existió un incumplimiento del contrato.

8) No pago de comisiones a la terminación del contrato.

Señala el demandante que uno de los incumplimientos de COMCEL es el no pago de las comisiones a la terminación del contrato.

Sobre este punto observa el Tribunal lo siguiente:

La cláusula 5.3. del contrato dispone lo siguiente:

“El DISTRIBUIDOR acepta y reconoce expresamente que al vencimiento de la Vigencia Inicial de este Contrato, o de sus renovaciones automáticas por

períodos mensuales, o de su renovación expresa, o al momento de la terminación por cualquier causa de este Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa a favor del DISTRIBUIDOR, en especial, pero sin limitarlos, los previstos en el ANEXO A de este contrato de distribución” (se subraya)

Por su parte, el Anexo A del Contrato original dispone en su numeral 5° lo siguiente:

“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 pagadas hasta la fecha de la terminación”.(se subraya)

Este texto fue modificado por otrosí del 21 de septiembre de 2001 en el cual se dispuso:

“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 la terminación”.(se subraya)

Como se puede observar, el texto del contrato y el del anexo A original no eran totalmente coincidentes, pues al paso que el primero disponía que a partir de la terminación del contrato dejarían de causarse comisiones, lo cual implicaba que las que se causaron hasta dicha fecha deben pagarse, el Anexo A indicaba que a partir de la terminación el agente no tendría derecho a las comisiones que no le hayan sido pagadas aun cuando se hayan causado. Sin embargo esta incongruencia fue resuelta al modificar el anexo A, pues en él se dejó claro que en caso de terminación el agente tendría derecho a las comisiones causadas hasta la fecha de terminación.

Por consiguiente, las comisiones a que tiene derecho el agente son aquellas que se causaron durante la ejecución del contrato y por ello como está acreditada por el dictamen pericial que no se pagaron, el Tribunal condenará a cancelar de las pendientes de pago.

9) Haber sometido la estabilidad y seguridad de la operación mercantil a renovaciones mensuales.

Invoca el actor como incumplimiento de COMCEL el haber sometido la operación del agente a renovaciones mensuales.

Desde esta perspectiva debe observar el Tribunal que en el contrato se había previsto un término de duración de tres años y se había dispuesto que: “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 terminación, por lo menos con 15 días comunes de anticipación a la fecha de vencimiento del correspondiente período mensual.”

Así las cosas, existía un pacto entre las partes acerca de la duración del contrato, cuya validez fue analizada en otro aparte de este laudo. Ahora bien, CONCELULAR era conciente de lo que dicha cláusula implicaba para ella, y precisamente por tal razón para determinar si continuaba con el contrato en razón del cambio de comisiones de febrero de 2004, solicitó a COMCEL un pronunciamiento sobre la duración que tendría en tal caso el contrato.

En todo caso lo cierto es que COMCEL no invocó dicha cláusula lo que determina que, aún si la misma no fuera válida o ineficaz, la pretensión de incumplimiento no puede abrirse paso.

10) El abuso del derecho o de posición dominante por parte de COMCEL en la ejecución del contrato.

El Tribunal ya expuso su opinión en relación con el abuso que invoca el demandante en la celebración del contrato. Ahora bien, el demandante también solicita que se declare que COMCEL incurrió en abuso del derecho y la posición dominante durante la ejecución del contrato. A tal efecto en los hechos (88 y siguientes) de la demanda señala que el demandado incurrió en dichas conductas, pues le impuso a CONCELULAR, so pena de disminuirle o desconocerle sus comisiones, aceptar nuevas condiciones que variaban sustancialmente los términos del contrato inicialmente suscrito. Igualmente trasladó a CONCELULAR cargas administrativas que eran de su órbita exclusiva, tales como estudio de créditos y activaciones de abonados por sistema “poliedro”.

Por su parte el demandado se opuso a tales pretensiones y señaló que no existió abuso del derecho o de posición dominante, ni que COMCEL hubiera impuesto sus condiciones a los distribuidores.

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

Es claro que como lo ha reconocido la jurisprudencia de la Corte durante la ejecución del contrato puede presentarse un abuso del derecho, esto es, un abuso de los derechos que confiere el contrato. Para efectos de que se reconozca la existencia de un abuso del derecho es necesario que se le acredite al juez la existencia del mismo a través de los variados criterios subjetivos y objetivos que ha reconocido la jurisprudencia. En tal sentido podría, por ejemplo, acreditarse que la prerrogativa se ejerció en contra de la finalidad para la cual se concedió, con la intención de causar un perjuicio a la otra parte, sin satisfacer un interés propio, pero sí en perjuicio de los intereses de otros, o en general en fin en contra de la buena fe, cuando se actúa sin consideración a la satisfacción del interés de la otra parte en el contrato, para sólo citar algunos de los criterios que han sido utilizados para el efecto.

En el presente proceso no se encuentra acreditado que COMCEL haya incurrido en dicha clase de conductas. En efecto, no está acreditado que

haya actuado con un propósito distinto a desarrollar el mercado de telefonía móvil, buscando responder a los retos de la competencia, que obviamente le imponían tratar de lograr condiciones más económicas. Tampoco aparece acreditada ninguna intención de dañar a sus distribuidores. Finalmente, tampoco se estableció que las condiciones de comercialización en que terminó desarrollándose el contrato hayan tenido en cuenta sólo el interés de COMCEL y no el de los distribuidores. De hecho del dictamen pericial se desprende que durante los años 2001, 2002 y 2003 el distribuidor obtuvo considerables utilidades, según se observa en el dictamen pericial (página 2-6). Otra cosa es la conducta de COMCEL durante el año 2004 sobre la cual ya se ha pronunciado el Tribunal.

Por tal razón, el Tribunal negará la pretensión de que se declare que existió abuso del derecho durante la ejecución del contrato.

Por otra parte, también se ha invocado que COMCEL impuso a los distribuidores nuevas condiciones que estos se vieron obligados a aceptar e igualmente que lo obligó a suscribir documentos. Desde esta perspectiva debe recordar el Tribunal que en el fondo lo que invoca el actor es que existió un vicio en el consentimiento de CONCELULAR.

A este respecto conviene recordar que la violencia, como vicio del consentimiento, supone dos elementos: una coacción que sea determinante para obtener el consentimiento, y el carácter injusto de la misma, es decir que las conductas respectivas no encuentren justificación en el ordenamiento (Sentencia del 15 de abril de 1969, G.J. tomo 130, página 27). Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia, siguiendo la doctrina, ha aceptado que puede haber violencia cuando se obtiene la celebración de un contrato utilizando como instrumento de presión el ejercicio del derecho, en la medida en que el ejercicio de haya sido abusivo (por ejemplo, Sentencia del 5 de octubre de 1939, tomo 48, página 720). En efecto, el ejercicio legítimo de un derecho, en la medida en que está amparado por el ordenamiento no constituye violencia, pero cuando es abusivo se convierte en injusto, y por ello es reprochable. Por ello se debe examinar “si la coacción fue empleada para obtener un resultado objetivamente contrario al derecho o a la moral o si fue aplicado cierto modo de presión que a la luz de la buena fe aparezca

como excesivo, injusto o intolerable, con la mira a conseguir determinado resultado, aun cuando se haya tenido derecho a producir éste”.

Desde esta perspectiva, no encuentra el Tribunal acreditado que se haya ejercido una coacción sobre el distribuidor de tal manera que éste haya perdido la libertad de expresar su consentimiento. En efecto, no aparece probado que el hecho de no aceptar las condiciones hubiera implicado para CONCELULAR una lesión o un perjuicio de tal entidad que lo llevará a hacerlo.

En suma, del estudio que antecede se sigue que al variar unilateralmente, reduciéndola, la remuneración que en los términos estipulados tenía legítimo derecho a percibir CONCELULAR por la gestión de comercialización por ella desplegada y, además, al trasladarle sin motivo valedero a esta última expensas causadas por consultas a organizaciones centralizadas de información crediticia sobre antecedentes de potenciales abonados, COMCEL en verdad incurrió en incumplimiento de significativa relevancia, dada su incidencia sobre la economía del contrato y, por lo tanto, se configuró la justa causa que dio lugar a la terminación del mismo.

Sección Segunda

1) El cálculo de la prestación prevista por el artículo 1324 del Código de Comercio

Como consecuencia de la terminación del contrato por justa causa imputable al empresario, el demandante solicita en la pretensión cuarta del capítulo I de la demanda que se condene al pago de la prestación prevista en el primer inciso del artículo 1324 del C. de Co., la cual es procedente por lo ya expuesto por el Tribunal.

El demandante solicita que para efectos de dicha condena se haga el cálculo hasta el 16 de marzo de 2005, fecha en la cual se tenía prevista la terminación del contrato por renovación, o en subsidio, hasta el 4 de mayo de 2004, fecha en la cual se dio por terminado el contrato.

Sobre este punto se considera que el primer inciso del artículo 1324 del C. de Co. es claro al establecer la forma como se calcula la prestación que allí se establece, lo cual se debe hacer a la fecha en que termina el contrato y no a otra posterior, por lo cual se tomará el 4 de mayo de 2004.

Para efectos del cálculo de la prestación consagrada por el artículo 1324 del estatuto mercantil, se partirá del hecho de que la relación de agencia no cubre la venta de las tarjetas prepago. Desde este punto de vista es de observarse que en la página 1-29 de su dictamen, el perito Jorge Torres Lozano calcula la “cesantía comercial” teniendo en cuenta los ingresos efectivamente recibidos por CONCELULAR. Posteriormente en las aclaraciones a su dictamen, realiza nuevamente dicho cálculo en las páginas 2-14 y 2-15, separando las comisiones de activación del producto prepago y pospago, el valor de las comisiones por residual del producto pospago y excluyendo el valor de los descuentos por tarjetas prepago. Lo anterior determina la cantidad de \$2.665.958.624, cifra ésta que debidamente actualizada se reconocerá, toda vez que el cálculo pericial en mención se encuentra claro, preciso y fundamentado con arreglo a la ley.

De otra parte, en la demanda también se solicitó que se condenara a pagar intereses moratorios a la tasa máxima autorizada por la ley. Como quiera que el artículo 1324 del C. de Co. establece que la prestación que el mismo precepto establece debe pagarse a la terminación del contrato, se impone concluir que el no pago en dicha fecha constituye al deudor en mora, de conformidad con el numeral 1º del artículo 1608 del C. Civil y por ello procede a la condena de intereses moratorios. Como quiera que más adelante en este laudo se reconocerá la excepción de compensación el valor sobre el cual se deben liquidar los intereses es el que resulta de restar del monto debido por concepto de cesantía comercial la suma retenida de 259.654.550., por lo cual el monto neto a pagar es de \$ 2.406.304.074. Sobre dicho monto los intereses son los siguientes:

MES	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés de mora	No. de días	Intereses Moratorios
Mayo 4-	19.71%	29.57%	27	46,120,736

31/04				
Jun-04	19.67%	29.51%	30	51,153,587
Jul-04	19.44%	29.16%	31	52,313,154
Ago-04	19.28%	28.92%	31	51,932,781
Sep-04	19.50%	29.25%	30	50,763,496
Oct-04	19.09%	28.64%	31	51,480,170
Nov-04	19.59%	29.39%	30	50,970,110
Dic-04	19.49%	29.24%	31	52,431,876
Ene-05	19.45%	29.18%	31	52,336,904
Feb-05	19.40%	29.10%	28	47,164,760
Mar-05	19.15%	28.73%	31	51,623,207
Abr-05	19.19%	28.79%	30	50,050,172
May-05	19.02%	28.53%	31	51,313,166
Jun-05	18.85%	28.28%	30	49,264,857
Jul-05	18.50%	27.75%	31	50,068,291
Ago-05	18.24%	27.36%	31	49,443,009
Sep-05	18.22%	27.33%	30	47,801,449
Oct-05	17.93%	26.90%	31	48,694,979
Nov-05	17.81%	26.72%	30	46,843,244
Dic-05	17.49%	26.24%	31	47,628,553
Ene-06	17.35%	26.03%	31	47,288,069
Feb-06	17.51%	26.27%	28	43,063,230
Mar-06	17.25%	25.88%	31	47,044,519
Abr-06	16.75%	25.13%	30	44,344,272
May-06	16.07%	24.11%	31	44,148,577
Jun-06	15.61%	23.42%	30	41,621,107
Jul-06	15.08%	22.62%	31	41,686,976
Ago-06	15.02%	22.53%	31	41,536,834
Sep-06	15.05%	22.58%	30	40,269,598
Oct-06	15.07%	22.61%	31	41,661,960
Nov-06	15.07%	22.61%	30	40,318,025
TOTAL INTERESES				1,472,381,666

2) La indemnización prevista por el segundo inciso del artículo 1324 del Código de Comercio.

Igualmente solicita el demandante en la pretensión séptima del Capítulo I de la demanda que se condene al pago de la indemnización prevista por el segundo inciso del artículo 1324 del C. de Co.

El demandado se opone a dicha condena señalando que no existe prueba a este respecto, pues no se solicitó experticia idónea, ya que no existe un fundamento aceptable en el cual se haya basado el perito para dar las respuestas en relación con el tema de la acreditación y posicionamiento de la marca COMCEL.

Sobre el particular es pertinente indicar lo siguiente:

Como quiera que está acreditado que CONCELULAR terminó el contrato por justa causa imputable a COMCEL, se dan las condiciones conforme a las cuales es procedente en abstracto la condena a la señalada indemnización. Ahora bien, para determinar el monto de ella debe observar el Tribunal que el artículo 1324 establece en sus incisos 2° y 3° lo siguiente:

“Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, fijada por peritos, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

“Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato.”

Como se puede apreciar, la ley señala que se debe pagar una indemnización y que la misma debe ser equitativa, como retribución a los esfuerzos del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto

del contrato, y además, agrega que para fijarla se debe tener en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato, luego desde esta perspectiva al objetivo que apunta dicha prestación es al resarcimiento económico de daños antijurídicos indemnizables de acuerdo con los conceptos indicados en el precepto transcrito.

Desde esta perspectiva se observa que la ley establece una indemnización, lo cual indica que se trata de reparar un daño.

Por otra parte, dicha indemnización tiene una evidente connotación retributiva. Ahora bien, la retribución normal del agente por sus esfuerzos por acreditar la marca, la línea de productos o de servicios es su comisión. Es por ello que cuando el contrato termina normalmente, el agente no tiene derecho a una retribución adicional por tales conceptos.

De esta manera, la indemnización que la ley establece tiene por finalidad reparar el daño que experimenta el agente por la terminación injustificada del contrato, porque sus esfuerzos no se van a ver compensados por la comisión que recibió y para este efecto establece la ley que se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato, pues precisamente debe tomarse en cuenta la amplitud del esfuerzo que desarrolló y los beneficios que recibió.

Así las cosas, lo normal es que la indemnización en estos casos corresponda a las comisiones que hubiera percibido el agente hasta la terminación normal del contrato, pues precisamente ellas habrían de retribuir los esfuerzos que venía desarrollando en cumplimiento del mismo. Sin duda habrá situaciones que ameriten un tratamiento particular, por ejemplo, cuando el agente ha realizado cuantiosas inversiones y todavía no ha comenzado a percibir comisiones, pero no es el presente caso en el cual ya había transcurrido el plazo de tres años inicialmente previsto por las partes, el cual habría permitido amortizar las inversiones iniciales del agente.

En el presente caso, para calcular esta indemnización el perito tomó en cuenta el incremento en la inversión anual de CONCELULAR en el capital de

trabajo operativo, la inversión en activos fijos y la inversión en publicidad, lo cual le dio como resultado la cifra de \$1.656.846.996. A juicio del Tribunal este cálculo no constituye soporte adecuado en el presente caso, pues las inversiones que realizó el agente en los rubros que señala el dictamen pericial fueron retribuidas por las comisiones que el mismo recibió durante la vida del contrato. Por consiguiente, la indemnización debe limitarse a aquello que no pudo recibir el agente por la terminación prematura del vínculo jurídico.

Desde este punto de vista debe observarse que el contrato se celebró por un período de tres años el 17 de marzo de 1999, al vencimiento del cual se “renovaría” mensualmente y se podría terminar con un preaviso de quince días. Lo anterior indica que a partir del 17 de marzo de 2002, el contrato tendría como fecha de vencimiento el 17 de cada mes y que el preaviso para su terminación debía darse a más tardar el segundo día de cada mes. Así las cosas, si CONCELULAR no se hubiera visto en la necesidad de enviar la comunicación de terminación unilateral de 4 de mayo de 2004, COMCEL hubiera podido remitir a más tardar el 2 de junio del mismo año una comunicación manifestando su voluntad de no prorrogar el contrato a partir del 17 de junio de 2004. De esta manera, CONCELULAR sólo podía tener certeza de que su contrato se mantendría hasta esta última fecha, pues a dicha fecha COMCEL simplemente podría decidir no prorrogar el contrato.

Así las cosas, para el cálculo de la indemnización sólo se tomará en cuenta el período que va del 4 de mayo al 17 de junio de 2004, esto es un total de un mes y trece días

Para calcular la indemnización el Tribunal no considera pertinente tomar en cuenta simplemente los ingresos que por comisiones hubiera dejado de recibir CONCELULAR por los diversos conceptos a los que se refería el contrato, pues ello implicaría desconocer que su actividad le imponía también unos costos. Por ello considera que debe partirse del beneficio que normalmente obtenía CONCELULAR de su actividad, el cual toma en consideración tanto los ingresos como los egresos.

Desde este punto de vista observa el Tribunal que de conformidad con las aclaraciones al dictamen pericial (página 2-16) la utilidad recibida por dicha empresa en el año 2003 fue de \$812.389.760 lo cual arroja un promedio mensual de \$67.699.147, siendo de advertir que se adopta como referencia el año 2003 por haber sido el último de ejecución normal del contrato.

De esta manera, la utilidad que podría haber recibido la demandante en el período señalado es de \$96.809.780. Esta será entonces la suma que el Tribunal reconocerá por razón de la indemnización prevista por el segundo inciso del artículo 1324 del C. de Co. Dicha suma será actualizada a la fecha del laudo, teniendo en cuanto la variación del índice de precios al consumidor:

IPC MAY-04	151.47	
IPC OCT-06	167.60	(Último disponible)

De esto modo la indemnización actualizada a octubre 31/06 es de \$107.121.472

Finalmente considera el Tribunal que no procede acceder a la pretensión de reintegro de la totalidad de los dineros que por concepto del PLAN CO-OP desembolsó COMCELULARES a lo largo de la relación contractual y cuyo reembolso también debe ser decretado. En efecto, en el Anexo C del contrato se estipuló la existencia del Plan CO-OP y al respecto se señaló:

“El Distribuidor y Comcel manifiestan que las obligaciones de publicidad y mercadeo del Distribuidor, corresponden en principio al Distribuidor y que el Plan CO-OP es una colaboración liberal y unilateral de Comcel que no constituye una obligación contractual a cargo de Comcel”

De esta manera, las sumas que el comercializador invirtió en materia de publicidad por el Plan Co-op constituían un desarrollo de sus deberes contractuales, cuyo cumplimiento era remunerado a través de las

comisiones que se le pagaban y por ello no tiene derecho a que se le reembolsen tales cifras.

3) Otros perjuicios por la terminación del contrato.

El demandante solicita en la pretensión cuarta del capítulo III de su demanda que se le reconozca como daño emergente el valor que pagó por concepto de indemnización por terminación de los contratos de trabajo, así como las sumas pagadas por indemnizaciones y cláusulas penales a los arrendadores de los locales comerciales en donde funcionaba CONCELULAR. Igualmente solicita que se condene a pagar el valor de la empresa, teniendo en cuenta que estaba en pleno funcionamiento y por el hecho de la terminación del contrato se paralizó.

Así mismo, en la pretensión quinta de dicho capítulo solicita que se le reconozca a partir de la terminación del contrato por justa causa imputable a COMCEL, es decir, desde el 5 de mayo de 2004 hasta el día 16 de marzo de 2005, fecha para cuando estaba prevista la expiración de la vigencia del contrato por renovación, el valor de las siguientes sumas dejadas de recibir por CONCELULAR: comisiones por activación, comisiones o descuentos por promoción de tarjeta prepagada amigo y comisiones por residual, así como por las comisiones por los negocios directos por activaciones y residual en los planes básicos prepago y pospago y por ventas del Producto Prepagado Amigo, efectuados por COMCEL.

El demandado se opone al reconocimiento señalando que no se acreditaron dichos perjuicios. A tal efecto advierte que los cálculos solicitados al perito se realizaron con base en el anexo A del contrato que sólo rigió la relación de las partes durante unos pocos meses.

Sobre el particular considera el Tribunal que de conformidad con el artículo 1616 del C. Civil, el incumplimiento de un contrato sólo da lugar, aun en caso de que exista dolo, a la indemnización de los perjuicios directos. De esta manera el acreedor sólo puede reclamar aquellos daños que sean consecuencia directa del incumplimiento. La doctrina y la jurisprudencia han discutido tradicionalmente cuál es el criterio para determinar cuándo el

daño es directo. Sin embargo, en todo caso es claro que la causalidad implica que el hecho examinado haya sido necesario para la realización del daño, por lo cual se rechaza la pretensión indemnizatoria cuando sin el hecho generador de responsabilidad que se invoca, el daño en todo caso se habría podido producir (Geniève Viney. Les Obligations. La Responsabilité. Conditions. En el Traité de Droit Civil Français de Jacques Ghestin. Paris 1982, número 419).

Partiendo de lo anterior, en el presente caso se encuentra lo siguiente:

La indemnización pagada por CONCELULAR por la terminación de contratos de trabajo, corresponde a aquellos celebrados bien a termino indefinido o a término fijo inferior a un año que se habían prorrogado y se vencían con posterioridad a la fecha en que podría terminar el contrato de distribución en virtud de un preaviso dado por COMCEL, según se observa en el expediente (folios 261 y siguientes del Cuaderno No 10). Así las cosas, no se puede afirmar que el pago de dicha indemnización sea una consecuencia de la terminación del contrato de agencia por causas imputables a COMCEL, pues legítimamente esta última podía impedir la prórroga del contrato con un preaviso de quince días en el mes de junio de 2004 y en tal caso se hubiera causado igualmente la indemnización por la terminación del contrato de trabajo.

En cuanto a los contratos de arrendamiento observa el Tribunal que en las páginas 1-38 y 1-39 del dictamen el perito relaciona los registros por el “valor del arrendamiento correspondiente al mes de mayo de 2004 de los locales...”. Desde este punto de vista considera el Tribunal que no hay lugar a reconocer este valor, porque el mismo era parte de los costos en que normalmente debe incurrir el empresario para obtener su utilidad, y si el Tribunal le reconoce dicha utilidad, mal podría reconocer adicionalmente este costo.

Por lo que se refiere a la petición de que se reconozca el valor de la empresa, considera el Tribunal que es evidente que la extinción de la empresa no es un daño directo, pues igual resultado se habría producido si COMCEL

hubiera ejercido la facultad que le daba el contrato para evitar la “renovación” con un preaviso.

Por otro lado, en lo que concierne a las comisiones dejadas de percibir por activación, descuentos por promoción de tarjeta prepagada amigo y comisiones por residual, debe señalar el Tribunal que la indemnización que se reconocerá en virtud del segundo inciso del artículo 1324 del C. de Co. compensa la pérdida de tales comisiones. En efecto, para determinar el valor de dicha indemnización el Tribunal ha acudido a las utilidades que hubiera podido percibir CONCELULAR hasta la fecha en que COMCEL hubiera podido impedir jurídicamente que el contrato se prorrogara, lo cual obviamente supone unos ingresos que recibiría CONCELULAR por concepto de comisiones. Así las cosas, acceder al pago de tales comisiones, implicaría una doble indemnización.

Finalmente, es claro que no es posible tomar en cuenta eventuales comisiones por negocios directos realizados por COMCEL, porque como ya se explicó esta última estaba legitimada para hacerlo, sin que ello generara comisión a favor de sus distribuidores.

Por consiguiente el Tribunal negará estas condenas adicionales.

4) Los perjuicios causados por el incumplimiento del contrato

En la pretensión segunda del Capítulo IV de su demanda, el actor solicita que como consecuencia de la declaración de incumplimiento del contrato, se condene a COMCEL a pagar a favor de la demandante, CONCELULAR, las siguientes cifras: (i) el valor total de las comisiones completas a que tiene derecho por la totalidad de las activaciones realizadas; (ii) el valor del residual generado por la totalidad de los abonados en planes prepago y pospago; (iii) el valor de las comisiones por activación y residuales generados por los negocios directos efectuados por COMCEL, en la proporción que le corresponda a CONCELULAR dentro de la totalidad del territorio correspondiente a COMCEL y (iv) por el valor dejado de pagar por concepto de comisiones por la venta de Tarjetas Prepagadas Amigo y durante todo el tiempo que duró la relación comercial. Posteriormente en este mismo

capítulo, precisa los acápite que deben tenerse en consideración y entre los cuales, adicionalmente, incluye las sumas correspondientes a los mayores costos en que incurrió CONCELULAR por la ejecución de funciones administrativas que correspondían a COMCEL. Así mismo, solicita el valor que resulte probado por concepto de la disminución del volumen de ventas de Tarjetas Prepagadas Amigo, en razón de las limitaciones discriminatorias impuestas por COMCEL. Igualmente pide que se condene al pago del valor total de las comisiones causadas y dejadas de pagar por COMCEL al momento de la terminación del contrato.

Adicionalmente, como pretensión subsidiaria al pago de las comisiones por activación, solicitó que se reintegre a CONCELULAR las sumas que COMCEL retuvo indebidamente a lo largo del contrato por otros conceptos, tales como: descuentos, deducciones, retenciones, compensaciones, multas, sanciones conexas con las comisiones (CLAW-BACK), no presentación oportuna de documentos, fallas en el sistema poliedro y CALDIST.

En relación con lo anterior considera el Tribunal:

En primer lugar, como ya se dijo, no procede el reconocimiento de comisiones por negocios realizados directamente por COMCEL, en la medida en que dicha empresa se reservó tal facultad en el contrato.

Por otra parte, en cuanto se refiere a los descuentos por la venta de tarjetas Prepagadas Amigo, como se vio, el Anexo G expresamente reconoce a COMCEL la posibilidad de modificar los descuentos aplicables, sin que se haya establecido que en el ejercicio de tal prerrogativa haya procedido abusivamente, por lo cual no hay lugar a reconocimiento en esta materia.

Finalmente, en lo que se refiere a las otras comisiones, como ya se explicó, no puede sostenerse que haya existido un incumplimiento de COMCEL por los cambios que se introdujo en el régimen de comisiones a lo largo del contrato, con excepción del que se produjo en el 2004, pues los mismos fueron aceptados por CONCELULAR. En esta medida la pretensión formulada por CONCELULAR sólo puede abrirse paso en cuanto a la diferencia que pudo existir entre las comisiones por activación y residual que

efectivamente se pagaron durante el año 2004 y las que debieron pagarse con las tarifas vigentes con anterioridad a la modificación que quiso hacer COMCEL.

Desde este punto de vista observa el Tribunal que en la página 1-28 del dictamen, el perito señala el número de activaciones para el prepago en los meses de marzo, abril y mayo de 2004, para un total de 6.603. Así mismo señala el valor liquidado de acuerdo con el contrato por activaciones tanto para el prepago como para el pospago, lo cual arroja unas comisiones de \$574.470.000.

Ahora bien, al hacer las aclaraciones al dictamen pericial y al ser preguntado si para realizar los cálculos correspondientes a las activaciones “Tan sólo empleó las tablas de comisiones señaladas en el numeral 1 del anexo A del contrato de fecha 17 de marzo de 1999”, el perito contestó “Las activaciones POSPAGO se liquidaron de acuerdo con la escala contemplada en el numeral 1 del Anexo A”. Así mismo, al ser preguntado por qué no tuvo en cuenta las diversas comunicaciones que a lo largo del contrato dan cuenta de la existencia de bases diferentes a las consagradas en el Anexo A del 17 de marzo de 1999, expresó que ello ocurrió porque las preguntas que se le formularon pedían que se reliquidarán las comisiones conforme al Anexo A. Igualmente precisa que al contestar la pregunta sobre las comisiones dejadas de recibir por CONCELULAR que figura en la página 1-8 de la experticia, tomó en cuenta el Anexo A del Contrato.

Igual ocurre con las comisiones por activación del producto prepago, pues en este caso el perito igualmente parte de la base de las comisiones que figuran en el Anexo A, según se expresa en las páginas 1-4 y siguientes del dictamen, pero dichas comisiones fueron modificadas durante la ejecución del contrato como se aprecia en las páginas 2-28 y siguientes de las aclaraciones.

De esta manera, la cifra incluida en el dictamen por concepto de activaciones dejadas de pagar no suministra una base cierta para determinar el valor a cargo de COMCEL.

No obstante lo anterior, como quiera que el dictamen pericial se señala (página 1-28) el número de activaciones total (1.519) y así mismo en las aclaraciones al dictamen se señala (página 2-27) la comisión por activación que se encontraba vigente (\$120.000), el valor dejado de pagar por comisiones de activación en los meses de marzo, abril y mayo de 2004 es de \$182.280.000

Por lo que se refiere al residual, observa el Tribunal que en su dictamen el perito señala en la página 1-17 las comisiones por residual recibidas por CONCELULAR y en la página 1-18 calcula el menor valor pagado por concepto de estas comisiones, incluyendo en dicho cálculo los meses de enero a abril de 2004. Por otra parte, en la página 2-9 de las aclaraciones, el perito corrige su cálculo del valor del residual. Vale la pena destacar que para estos efectos el perito tomó como porcentaje de cálculo el 5% del recaudo, que fue el que rigió hasta el cambio que introdujo COMCEL en el año 2004 y que rechazó CONCELULAR, por lo cual este punto de partida de los cálculos del perito es aceptable para el Tribunal.

Sin embargo, debe observar el Tribunal que para sus cálculos el perito toma el período total de ejecución del contrato y parte del mismo está cubierto por las Actas de Transacción, Conciliación y Compensación de Cuentas, la última de las cuales fue firmada el 13 de mayo de 2003, y en ella las partes se declaran en paz y a salvo hasta el 31 de diciembre de 2002. Lo anterior impide tomar en consideración el período anterior a dicha fecha.

Por consiguiente, para determinar las sumas no pagadas por concepto de residual se deberá restar de las sumas calculadas por el perito para los años 2003 y 2004, las sumas pagadas que el mismo indica, como se muestra a continuación:

AÑO	RESIDUAL		DIFERENCIA
	Pagado (Dictamen. Pág.1-17)	Reliquidado (Aclaraciones Pág.2-9)	
2003	1,613,050,191	1,645,440,742	32,390,551
2004	378,474,732	640,892,987	262,418,255

TOTAL	1,991,524,923	2,286,333,729	294,808,806
-------	---------------	---------------	-------------

De esta manera, COMCEL debe pagar a CONCELULAR la suma de \$294.808.806,00 por residual.

Por otra parte, en lo que se refiere a la petición de reconocimiento de los mayores costos en que incurrió CONCELULAR por la ejecución de funciones administrativas que correspondían a COMCEL y por la disminución del volumen de ventas de Tarjetas Prepagadas Amigo, en razón de las limitaciones impuestas por COMCEL a la venta de tarjetas a través de algunos mecanismos, basta señalar que el Tribunal no encontró que en esta materia existiera un incumplimiento por parte de COMCEL por lo cual debe negarse cualquier condena.

Por otro lado, en lo que se refiere a la pretensión subsidiaria de restitución de las sumas que COMCEL retuvo a lo largo del contrato por otros conceptos, tales como: descuentos, deducciones, retenciones, compensaciones, multas, sanciones conexas con las comisiones (CLAW-BACK), no presentación oportuna de documentos, fallas en el sistema poliedro, CALDIST, observa el Tribunal que como ya se expresó en otro aparte de este laudo no está acreditado el incumplimiento de COMCEL en esta materia, por lo que no procede su reconocimiento.

Finalmente, como quiera que en la demanda se solicita el pago de intereses de mora, considera procedente el Tribunal condenar al pago de los mismos teniendo en cuenta que las comisiones se cancelaban mensualmente.

La liquidación de los intereses mencionados arroja el siguiente resultado para cada uno de los rubros mencionados:

Intereses comisiones de activación no pagadas:

MES	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés de mora	No. de días	Intereses Moratorios
-----	------------------------	----------------------	-------------	----------------------

MES	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés de mora	No. de días	Intereses Moratorios
Jun-04	19.67%	29.51%	30	3,887,692
Jul-04	19.44%	29.16%	31	3,975,819
Ago-04	19.28%	28.92%	31	3,946,911
Sep-04	19.50%	29.25%	30	3,858,044
Oct-04	19.09%	28.64%	31	3,912,512
Nov-04	19.59%	29.39%	30	3,873,747
Dic-04	19.49%	29.24%	31	3,984,842
Ene-05	19.45%	29.18%	31	3,977,624
Feb-05	19.40%	29.10%	28	3,584,539
Mar-05	19.15%	28.73%	31	3,923,383
Abr-05	19.19%	28.79%	30	3,803,832
May-05	19.02%	28.53%	31	3,899,820
Jun-05	18.85%	28.28%	30	3,744,147
Jul-05	18.50%	27.75%	31	3,805,209
Ago-05	18.24%	27.36%	31	3,757,687
Sep-05	18.22%	27.33%	30	3,632,928
Oct-05	17.93%	26.90%	31	3,700,836
Nov-05	17.81%	26.72%	30	3,560,104
Dic-05	17.49%	26.24%	31	3,619,788
Ene-06	17.35%	26.03%	31	3,593,911
Feb-06	17.51%	26.27%	28	3,272,821
Mar-06	17.25%	25.88%	31	3,575,401
Abr-06	16.75%	25.13%	30	3,370,181
May-06	16.07%	24.11%	31	3,355,308
Jun-06	15.61%	23.42%	30	3,163,219
Jul-06	15.08%	22.62%	31	3,168,226
Ago-06	15.02%	22.53%	31	3,156,815
Sep-06	15.05%	22.58%	30	3,060,504
Oct-06	15.07%	22.61%	31	3,166,324
Nov-06	15.07%	22.61%	30	3,064,185
TOTAL INTERESES				108,396,358

Intereses comisiones por residual no pagadas:

MES	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés de mora	No. de días	Intereses Moratorios
Jun-04	19.67%	29.51%	30	6,267,092
Jul-04	19.44%	29.16%	31	6,409,156
Ago-04	19.28%	28.92%	31	6,362,555
Sep-04	19.50%	29.25%	30	6,219,299
Oct-04	19.09%	28.64%	31	6,307,103
Nov-04	19.59%	29.39%	30	6,244,613
Dic-04	19.49%	29.24%	31	6,423,701
Ene-05	19.45%	29.18%	31	6,412,066
Feb-05	19.40%	29.10%	28	5,778,400
Mar-05	19.15%	28.73%	31	6,324,627
Abr-05	19.19%	28.79%	30	6,131,906
May-05	19.02%	28.53%	31	6,286,642
Jun-05	18.85%	28.28%	30	6,035,693
Jul-05	18.50%	27.75%	31	6,134,126
Ago-05	18.24%	27.36%	31	6,057,520
Sep-05	18.22%	27.33%	30	5,856,404
Oct-05	17.93%	26.90%	31	5,965,875
Nov-05	17.81%	26.72%	30	5,739,009
Dic-05	17.49%	26.24%	31	5,835,221
Ene-06	17.35%	26.03%	31	5,793,507
Feb-06	17.51%	26.27%	28	5,275,900
Mar-06	17.25%	25.88%	31	5,763,668
Abr-06	16.75%	25.13%	30	5,432,847
May-06	16.07%	24.11%	31	5,408,871
Jun-06	15.61%	23.42%	30	5,099,218
Jul-06	15.08%	22.62%	31	5,107,288
Ago-06	15.02%	22.53%	31	5,088,893
Sep-06	15.05%	22.58%	30	4,933,638
Oct-06	15.07%	22.61%	31	5,104,223

MES	Tasa Interés Corriente	Tasa Interés de mora	No. de días	Intereses Moratorios
Nov-06	15.07%	22.61%	30	4,939,571
TOTAL INTERESES				174,738,632

5) Solicitud de pago de perjuicios distintos al daño emergente y el lucro cesante.

En su pretensión cuarta del capítulo V de su demanda CONCELULAR solicita que como consecuencia del acogimiento de sus pretensiones en materia de abuso del derecho y ejercicio abusivo de su posición dominante, se condene a COMCEL a pagar a CONCELULAR, el valor de los perjuicios causados y que se demuestren en el proceso, distintos del daño emergente y lucro cesante.

Sobre el particular es de verse que, suponiendo desde luego que la pretensión aludida hace referencia a perjuicios patrimoniales, difícilmente se los puede concebir por fuera de las categorías generales de daño emergente y lucro cesante tal y como lo definen los artículos 1613 y 1614 del C. Civil. En consecuencia, además de no estar acreditados los perjuicios reclamados, la pretensión en sí misma resulta notoriamente improcedente.

6) La excepción de pago, pago de lo no debido y compensación

En su contestación a la demanda el demandado propone de una parte la “Excepción de pago de la cesantía comercial y ausencia de abuso de derecho de las cláusulas de prepago” señalando que desde el inicio de la relación y durante la ejecución del contrato, se anticipó la cesantía comercial, e igualmente propuso la de “Pago de lo no debido y compensación” , para el caso de considerarse que no se ha anticipado el pago de la cesantía, para sostener que la comisión que se hubiera pagado sería el 20% menos de lo que se canceló.

Sobre el particular considera el Tribunal:

Como ya se expresó en otro aparte del laudo, el Tribunal considera válidas las cláusulas contractuales que contemplaron que “Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”

Ahora bien, como lo señaló la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 26 de febrero de 2005 al precisar la validez de este tipo de cláusulas “esta regla general no se opone a que, en casos particulares, puede restarse eficacia a una cláusula así diseñada, si se demuestra, por vía de ejemplo, que ella vulnera el principio de autonomía de la voluntad; que es abusiva o leonina (cfme: cas. civ. de 2 de febrero de 2001; exp.: 5670), o que muy a pesar de lo pactado, claramente se burló –en la realidad- la eficacia del derecho reconocido en el inciso 1º del artículo 1324 del C. de Co., como sería el caso de no cancelarse la totalidad de la suma adeudada por el concepto a que dicha disposición se refiere.”

En el caso concreto encuentra el Tribunal que en la realidad de la ejecución del contrato, la estipulación en referencia no tenía por objeto realizar el pago anticipado de las prestaciones, indemnizaciones o bonificaciones que se causaran, por las siguientes razones:

De un lado, porque si se parte de las cifras “ingresos por comisiones” que señala el perito en la página 2-6 de su dictamen pericial, se encuentra que los ingresos de la empresa se disminuirían considerablemente de año en año en la siguiente forma:

Si se examina el efecto que esto tendría en las utilidades de la empresa teniendo en cuenta el monto que representa el 20% de las comisiones, que obra en la página 2-10 del dictamen pericial , y el monto que se puede calcular sobre el descuento en el producto prepago, que aparece en la página 1-22 del dictamen y se compara la suma de dichas cifras con el total de las

utilidades de CONCELULAR que aparece en el cuadro 2-16 de las aclaraciones se obtiene el siguiente resultado:

AÑO	20% comisiones	20% descuentos tarjetas prepago	TOTAL	Utilidades CONCELULAR	DIFERENCIA
2001	939.043.211	472.993.901	1.412.037.112	1.865.883.143	453.846.031
2002	1.188.692.363	139.015.068	1.327.707.431	216.378.783	-1.111.328.648
2003	1.215.116.158	55.047.845	1.270.164.003	812.389.760	-457.774.243
TOTAL	3.342.851.732	667.056.814	4.009.908.546	2.894.651.686	-1.115.256.860

Como se puede apreciar, si CONCELULAR no hubiera registrado como ingresos el 20% de las comisiones y de los descuentos, sino como un pago anticipado, hubiera sufrido en los años 2002 y 2003 pérdidas considerables, y en total los tres últimos años habrían generado pérdidas.

Lo anterior claramente muestra que la aplicación de las cláusulas que consagran esta figura del pago anticipado conducen a resultados absurdos pues pugna con la lógica económica del contrato. Vistas así las cosas, no puede entonces aceptar el Tribunal que en el valor de las comisiones realmente las partes hayan incluido un veinte por ciento de pago anticipado de otras prestaciones, indemnizaciones o compensaciones.

A lo anterior vale la pena agregar que un manejo ortodoxo de la regla contractual implicaba entonces que el 20% de cada pago que hiciera COMCEL a CONCELULAR se hiciera como pago anticipado

Ahora bien, al perito se le preguntó (página I-30):

“AA) Determinar el valor que por concepto del ‘anticipo del pago de prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones, correspondiente al 20% del total de las comisiones causadas’ figure en los registros contables tanto de COMCEL, como de CONCELULAR. Así mismo, determinar si en las correspondientes facturas presentadas por CONCELULAR a COMCEL para el pago de comisiones aparece descontada, abonada o discriminada, según sea el caso, alguna suma de dinero específicamente por este concepto.

A lo cual el perito contestó:

“En las facturas presentadas por CONCELULAR a COMCEL para el cobro de las comisiones no aparece descontada, ni discriminada suma alguna como anticipo para el pago de prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones y, en consecuencia, no se pueden convertir en soporte en ninguna de las dos contabilidades para registrar un hecho económico no descrito”

Igualmente precisó:

“En la contabilidad de COMCEL no aparecen registrados los pagos anticipados que dice haber realizado a CELCENTER (sic) para cubrir las prestaciones, indemnizaciones y/o bonificaciones. Esto se confirma en la respuesta dada por el Director de Contraloría de COMCEL, doctor Carlos Augusto Giraldo Vélez (se anexa) en uno de cuyos apartes se dice:

‘Por lo tanto, el veinte por ciento (20%) correspondiente al pago anticipado a los distribuidores de prestaciones, indemnizaciones y bonificaciones se encuentra incorporado y subsumido en la totalidad de las comisiones registradas y pagadas por COMCEL a sus distribuidores; y en este orden de ideas, dicho pago anticipado no se encuentra discriminado ni desagregado en la contabilidad de COMCEL’”

A lo anterior vale la pena agregar que para la elaboración de las facturas por comisiones CONCELULAR partía de la información que en detalle le suministraba COMCEL, según resulta de la declaración de la doctora Ana Patricia Sanabria (folio 38 del Cuaderno de Pruebas No 10). En dicha información, cuya copia fue suministrada en el curso de la declaración rendida por la doctora mencionada, no aparece relacionado ningún pago anticipado.

De lo anterior resulta entonces que al facturar las comisiones, CONCELULAR nunca incluyó dentro de los conceptos el valor de sumas recibidas como pago anticipado. COMCEL tampoco hizo los pagos en esta

forma y por ello en la contabilidad de COMCEL no aparece registrado un 20% de los pagos realizados como un pago anticipado.

Así las cosas debe concluir el Tribunal que si las comisiones fueron fijadas en valores que al aplicar la cláusula contractual que considera un pago anticipado de otras prestaciones e indemnizaciones el 20% de las mismas, no permitirían subsistir al agente y si durante la ejecución del contrato las partes asumieron una conducta que no correspondía al concepto de pago anticipado de prestaciones, indemnizaciones u otras bonificaciones, debe concluirse que los pagos que efectuaron no tenían ese carácter sino simplemente realizar el pago de las sumas que se fueron causando durante la ejecución del contrato.

Por lo anterior concluye el Tribunal que no puede prosperar la excepción de pago, ni tampoco puede prosperar la excepción de pago de lo no debido ni la de compensación.

IV. La validez de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción

Igualmente el demandante solicitó que se declarara la invalidez o ineficacia de las diferentes Actas de Conciliación, Compensación y Transacción que en cualquier tiempo hayan sido suscritas por las partes; así como la de cualquier otro documento que haya sido suscrito como consecuencia, directa o indirecta, de una conciliación, compensación o transacción entre las partes. A tal efecto, en los hechos de la demanda (hecho 91) expresa que CONCELULAR se vio forzada a suscribir los documentos denominados de Conciliación, Transacción y Compensación de Cuentas, en donde COMCEL se hacía aparecer a “Paz y Salvo por todo concepto” frente a CONCELULAR.

En su alegato de conclusión agregó que a las Actas de Conciliación Compensación y Transacción no puede reconocérseles efectos porque carecen de varios requisitos esenciales. En tal sentido advierte que ni en el contrato inicial ni en los cortes de cuentas posteriores aparecen concesiones recíprocas que se hubieran hecho las partes. Expresa además que COMCEL no cumplió con la indicación de los valores y conceptos recibidos, las

acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada uno, que era el supuesto para que las partes pudieran otorgarse el paz y salvo. Indica igualmente que no se dio la voluntad convergente de ambas partes respecto de los temas relacionados en las actas, pues las actas se referían a un corte de cuentas de comisiones.

En tal sentido señala que no existió discusión sobre el residual, ni hay renuncia a las prestaciones que pudieran resultar a favor de CONCELULAR, ni se referían a las diferencias entre las comisiones liquidadas por COMCEL y las que tenía derecho el agente según la tabla de liquidación. Agrega que las actas no tuvieron en la práctica el carácter de corte anual de cuentas, por lo cual de conformidad con el artículo 879 del C. de Co. no se pueden presumir los pagos anteriores.

Manifiesta que COMCEL después de señalar los valores conciliados hizo descuentos al agente, por lo cual COMCEL no le dio a las actas el carácter de transacción definitiva. Agrega que en tales actas se da por recibido un valor que realmente no se recibió.

Por su parte COMCEL manifiesta que CONCELULAR busca desconocer efectos a los documentos que suscribió que cumplen los requisitos legales.

Sobre el particular considera el Tribunal lo siguiente:

Tal y como resulta del expediente las partes suscribieron cuatro actas que denominaron de Conciliación, Compensación y Transacción. Si bien el demandante señala que la firma de tales actas no fue libre, no encuentra el Tribunal acreditado en el expediente que la convocada haya desplegado actuación intimidatorio de tal naturaleza, susceptible de configurar el vicio del consentimiento alegado. Por el contrario de la prueba que obra en el expediente puede deducirse que no existió coacción para la firma de tales actas.

En efecto, en la declaración rendida ante este Tribunal (folio 117 del Cuaderno de Pruebas No 10), el señor Jorge Andrés Villalba señaló que la

falta de firma de actas podía afectar el despacho de equipos, tarjetas y aprobaciones por plancoop. Así mismo expresó:

“DR. CARDENAS: Finalmente si usted nos decía que había acuerdos sobre el paz y salvo que le pregunta el doctor Arango que el paz y salvo no era definitivo porque se podía revisar y que además había una serie de conductas de funcionarios de Comcel que de alguna manera llevaban a que se firmaran esos paz y salvos, eso quedó constancia en alguna parte por escrito, porque usted nos ha dicho que no había acuerdo, que usted lo manifestaba, que Concelular se quejaba pero eso quedó en alguna parte reflejado por escrito?”

“SR. VILLALBA: El desacuerdo no.

“DR. CARDENAS: Las presiones que hacían los funcionarios de Comcel, quedó alguna constancia en alguna parte que usted recuerde?”

“SR. VILLALBA: No tengo presente claramente una, se que muchas de esas actas no se firmaron en resultado y respuesta al desacuerdo total de esas actas.

“DR. CARDENAS: Ah, hubo muchas actas que no se firmaron y se devolvieron sin firma?

“SR. VILLALBA: Sí, correcto, creo que vía e-mail, discúlpeme pero no tengo claridad al respecto, creo que las enviaban vía e-mail y no eran firmadas después de un tiempo se desistía de firmar esas actas porque definitivamente no se llegaba a ese acuerdo o en ese momento no fue más gratificante firmarla que no firmarla, a veces había bonificaciones no digo yo que por firmarlas, pero sí el pago de unas comisiones por ejemplo que no habían cumplido condiciones en un período determinado que nos ofrecían cancelarlas por libertad de ellos que en ese momento para nosotros y para nuestra red era indispensable cancelarlas.

“DR. CARDENAS: Entonces si le entiendo bien una actas que no se firmaron que ustedes no estaban de acuerdo y otras que se firmaron pero ustedes las

firmaron simplemente porque había unas condiciones comerciales que ustedes consideraron que era mejor aprovecharlas para firmarlas?

“SR. VILLALBA: Correcto, es así.

“DR. CARDENAS: Sin dejar ninguna constancia adicional sobre el contenido de esas acatas?

“SR. VILLALBA: Que tenga conocimiento no, no se.”

Así mismo expresó:

“DR. LOPEZ: Pero en alguna ocasión si a usted le consta, Comcel dejó de pagar las comisiones que no eran objeto de discusión, alegando que no se estaba suscribiendo el acta de transacción de la época?

“SR. VILLALBA: No, por el criterio de no pago de comisiones era por si ellos decían que no cumple condiciones, no por el... nunca decían... nos decían si me firma el acta sí le pago estas que no cumplieron condiciones, eso era más o menos así.

“DR. LOPEZ: Pero la pregunta es las que no eran objeto?

“SR. VILLALBA: Eran canceladas en el tiempo estipulado”.

De este modo, quien fuera funcionario de CONCELULAR señala que existían presiones para firmar las Actas, pero que de hecho muchas no se firmaron, porque no se llegaba a un acuerdo o porque no era “gratificante” firmarla, por que no era necesario hacerlo para obtener ciertos beneficios, como bonificaciones o pago de comisiones que no habían cumplido los requisitos.

Por su parte, funcionarios de COMCEL, Diego Alejandro Camacho y Carlos Mario Gaviria Castellanos (folios 1 a 17 y 18 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 10) señalaron en su declaración que la falta de firmas de actas no tenía consecuencias adversas para los distribuidores.

Así las cosas, lo que queda demostrado es que la falta de firma no generaba consecuencias adversas y que lo que sucedía es que COMCEL en ocasiones ofrecía estímulos adicionales para la firma de las actas. Lo anterior claramente no acredita una amenaza de un peligro inminente y grave que priva a la parte de libertad de expresar su consentimiento y por ello no hay violencia con el alcance que pretende la convocante.

Ahora bien, en cuanto a la validez de dichas actas de conciliación, compensación y transacción, observa el Tribunal lo siguiente:

En primer lugar en las Actas del 15 de marzo y 15 de Octubre de 2002 y 13 de mayo de 2003 se expresa: (folios 139 a 144 del Cuaderno de Pruebas No 6)

“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 CONCELULAR por estos conceptos hasta ... , conforme a la ley y al contrato precitado.

“2. No obstante, CONCELULAR, 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 por cualquier causa y concepto, sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A.

“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 que 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 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 desprendan de su relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud del contrato hubieran 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”.

Lo primero que debe destacarse es que en el texto de esta Acta no se contempla expresamente una renuncia a las prestaciones e indemnizaciones consagradas por el artículo 1324 del C. de Co.

Por otra parte tampoco puede entenderse que dicha acta cobijó tales prestaciones e indemnizaciones. En efecto, lo que las partes convienen en el numeral 1º es que se declaran en paz y salvo por concepto de las comisiones y prestaciones causadas hasta la fecha de la firma del acta respectiva. Lo cual evidentemente no comprende las prestaciones e indemnizaciones a las que se refiere el artículo 1324, pues las mismas sólo se causan a la terminación del contrato.

Así mismo tampoco puede entenderse cobijado por el numeral 2º, pues éste señala que los pagos incluyen un mayor valor equivalente al 20% por el cual “se cubrió o pago todo pago, prestación o indemnización que sea exigible y deba o haya debido pagar COMCEL S.A.” y como ya se señaló a la fecha de dichas actas la prestación y la indemnización contempladas en el artículo 1324 no eran exigibles ni se debían pagar.

Adicionalmente, la renuncia a que alude el numeral 3º de las referidas actas se refiere a las acciones o reclamos que tengan que ver con las comisiones derivadas del contrato, por lo cual no cobija los conceptos mencionados.

Finalmente, como ya se expresó en otro aparte de este laudo de conformidad con el artículo 2485 del C. Civil la renuncia general de todo derecho, acción o pretensión en una transacción sólo puede entenderse referida a los derechos, acciones o pretensiones relativas al objeto u objetos sobre que se transige

Por otra parte, partiendo de la base de que las citadas actas no incluyen tales prestaciones e indemnizaciones, debe entonces el Tribunal analizar los demás reparos que frente a ellas formula el apoderado de CONCELULAR.

El Código Civil dispone que (artículo 2469) “La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”.

Ahora bien, tradicionalmente se ha afirmado que dicha definición es incompleta porque la misma no incluye que la transacción implica concesiones recíprocas, por lo cual la Corte Suprema de Justicia tradicionalmente ha señalado, siguiendo la doctrina y jurisprudencia francesa, que “son tres los elementos específicos de la transacción, a saber: primero, la existencia de un derecho dudoso o de una relación incierta, aunque no esté en litigio; segundo, la voluntad o intención de las partes de mudar la relación jurídica dudosa por otra cierta y firme; tercero, la eliminación convencional de la incertidumbre mediante concesiones recíprocas” (sentencia del 6 de mayo de 1966, que reitera la jurisprudencia anterior sobre la materia).

Bajo este punto de vista, para la Corte si un acto jurídico carece de concesiones recíprocas, el mismo no puede calificarse de transacción, lo cual no significa que carezca de validez, sino que ella, así como los efectos que puede producir el acto deben juzgarse de conformidad con las reglas generales del derecho de las obligaciones y del tipo de acto jurídico que corresponda realmente al negocio que se está celebrando.

Ahora bien, doctrina reciente (Fernando Hinestrosa. Tratado de las Obligaciones. Ed Universidad Externado de Colombia, 2002, página 727) señala que “La transacción no exige conceptualmente concesiones recíprocas, sino simplemente la incertidumbre o, si se va más al fondo, la litis”. En efecto, si se examina el Código Civil Colombiano se encuentra que el mismo no exige tal requisito.

Desde este punto de vista observa el Tribunal que el elemento esencial de la transacción consiste en la voluntad de las partes de resolver una “res dubia”, esto es una situación de controversia que no necesariamente equivale a un conflicto de pretensiones concretas, pues la transacción busca ante todo eliminar la incertidumbre de quienes la celebran acerca de sus relaciones terminado un pleito pendiente o precaviendo un pleito eventual. En este sentido señalaba uno de los redactores del Código de Napoleón (Bigot de Preamenu citado por Luis Diez Picazo y Antonio Guillón. Sistema de Derecho Civil. 9ª ed Civitas. Volumen II página 437) que lo caracteriza la transacción es la existencia de un derecho dudoso que las partes han querido equilibrar y reglamentar. Agrega además la doctrina que la existencia de un derecho dudoso debe ser apreciado por las partes y no por el juez.

En el presente caso observa el Tribunal que las Actas de Transacción, Conciliación y Compensación tenían por propósito resolver las incertidumbres que existían entre las partes en relación con la forma como se liquidaban las comisiones. En efecto, en relación con las comisiones existían materias dudosas entre las partes y por ellas se buscaba darle firmeza a las relaciones contractualmente. Finalmente, es también claro que para llegar a esa conclusión las partes aceptaron la existencia de derecho a las comisiones que reconocieron, pero igualmente se negaron otras a las que el agente consideraba tenía derecho.

En esta medida considera el Tribunal que se cumplen los requisitos exigidos por la ley para la transacción. No sobra reiterar nuevamente que aún si se considerara que no existe transacción porque no hay concesiones recíprocas, ello no significa que el acto jurídico no exista o carezca de validez, sino que debe recibir el tratamiento de una renuncia o un allanamiento a la pretensión ajena, pues precisamente es para distinguir la transacción de tales actos jurídicos que la doctrina francesa exige la existencia de concesiones recíprocas (en tal sentido ver Rene Savatier en el *Traité Pratique de Droit Civil Français* de Planiol y Ripert. 2ª ed Paris 1952, Tomo XI, número 1566). Desde esta perspectiva es claro que tales actos son igualmente vinculantes para quienes los celebran en la medida en que

reúnen los requisitos de validez de todo acto jurídico y no violan el orden público y las buenas costumbres.

Por otra parte, no puede aceptar el Tribunal la tesis de que las referidas actas sólo contienen una conciliación de cuentas, pues las partes expresamente celebraron un acuerdo que denominaron contrato de transacción, cuyos elementos considera el tribunal se encuentran reunidos, sin que se haya demostrado que la voluntad de ellas haya sido otra,

Así mismo, es claro que en tales actas las partes se referían a las comisiones, y sobre ellas versó la discusión previa a su firma. Si algunas comisiones se discutieron y otras no, ello no significa que sólo las primeras quedaban cobijadas por la transacción, porque ella precisamente puede ser el resultado de un proceso en que para las partes ciertos aspectos son claros y por ello son reconocidos sin más controversia en tanto que otros si generan debate, pero todo es parte de un solo acuerdo.

Finalmente, el hecho de no se hayan indicado los valores y conceptos recibidos, las acreencias y deudas recíprocas y los saldos a cargo de cada una de las partes o el hecho que dichas actas no se hayan suscrito con la periodicidad prevista en el contrato, no afecta de ninguna manera la eficacia de tales documentos, pues de una parte existe la voluntad expresada por las partes de celebrar tales actos jurídicos y de otra parte las omisiones que se invocan no se refieren a los requisitos exigidos por la ley para la existencia y validez de una transacción

Por tal razón no se accederá a la declaración solicitada.

V. LA DEMANDA DE RECONVENCION

En su demanda de reconvención COMCEL solicitó que se declarara que CONCELULAR no tenía derecho a retener la suma de doscientos cincuenta y nueve millones seiscientos cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$259.654.550) o la suma mayor si se llegase a demostrar. Igualmente solicitó que se condenara a CONCELULAR a reintegrar a COMCEL, inmediatamente quede ejecutoriado el laudo, la suma de doscientos

cincuenta y nueve millones seiscientos cincuenta y cuatro mil quinientos cincuenta pesos (\$259.654.550) o la que se llegase a demostrar, junto con los intereses moratorios a partir del 4 de mayo de 2004 y hasta cuando el pago se efectúe o, en subsidio, con la correspondiente actualización tomando como base el índice de precios al consumidor IPC. Como base de sus pretensiones señala el demandante en reconvención (hecho segundo) que a la fecha de terminación del contrato CONCELULAR tenía en su poder, al menos, la suma de \$259.654.550.00, que los usuarios del servicio de telefonía celular le habían entregado y que al dar por terminado el contrato retuvo ilegalmente sin motivo. A tal efecto reitera que el contrato celebrado entre las partes no es de agencia y que no podía decidir por si y ante si que tenía tal carácter.

La demandada en reconvención se opone a las pretensiones de la demanda de reconvención y al contestar el hecho segundo de la misma, expresa que es cierto parcialmente por cuando la cifra indicada es la que se retuvo. Agrega que se ejecutó un contrato de agencia el cual fue incumplido en forma grave y reiterada y que por ello se ejerció el derecho de retención a que tiene derecho el agente para garantizar la indemnización y las demás sumas que le correspondan.

Sobre el particular considera el Tribunal:

El artículo 1326 del C. de Co. dispone lo siguiente:

“El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización.”

Como se puede apreciar, dicho artículo consagra un derecho de retención para asegurar el pago de la indemnización. Ahora bien, el capítulo relativo a la agencia sólo consagra una indemnización en el segundo inciso del artículo 1324, por lo cual debe entenderse que el derecho de retención consagrado por el artículo 1326 protege la indemnización consagrada en el artículo 1324 del estatuto mercantil.

No obstante lo anterior, en la medida en que al contrato de agencia se le aplican las reglas del mandato y la comisión, en virtud del artículo 1330 del C. de Co., es claro que el agente también tiene derecho a retención por razón de los artículos 1277, 1302 del mismo estatuto y 2188 del C. Civil.

En esta medida y de conformidad con el artículo 1277 del C. de Co., el agente no sólo puede retener los efectos del empresario que tenga en su poder para asegurar el pago de la indemnización, sino que igualmente puede “pagarse sus créditos, derivados del mandato que ha ejecutado, con las sumas que tenga en su poder por cuenta del mandante y, en todo caso, con la preferencia concedida en las leyes a los salarios, sueldos y demás prestaciones provenientes de relaciones laborales”. Así las cosas, en el presente caso es claro que el agente podía retener los dineros que había recibido de parte de terceros para el mandante, e incluso pagarse con ellos los créditos liquidados a su favor.

Ahora bien, en la cláusula 14 del contrato, titulada Marcas, se dispone lo siguiente:

“EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta que inmediatamente después de la terminación de este contrato por cualquier causa, cesará el aprovechamiento de cualquiera de los nombres, marcas, rótulos, enseñas, anuncios, letreros, formularios, documentos, carné o signos distintivos de COMCEL y, en general de todo material de publicidad e identificación que pudiere vincularlo directa o indirectamente a él y sus asociados, personal y subdistribuidores. Todo aviso, enseña, rótulo, material de identificación propio y de sus subdistribuidores deberá ser retirado inmediatamente después de la terminación y es de propiedad de COMCEL sin que el DISTRIBUIDOR ni sus subdistribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos esos valores se conciben como una contraprestación a favor de COMCEL por designarlo distribuidor”

En el Anexo G del contrato se pactó (folios 151 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No 3):

Anexo G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO.

Numeral XII. TERMINACIÓN ANTICIPADA POR CONDICIÓN RESOLUTORIA EXPRESA.

PARÁGRAFO 2.: “EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta que inmediatamente después de la terminación de este contrato por cualquier causa, cesará el uso a cualquiera de los nombres, marcas, rótulos, enseñas, anuncios, letreros, formularios, documentos, carnet o signos distintivos de COMCEL y, en general de todo material de publicidad e identificación que pudiere vincularlo directa o indirectamente a él y sus asociados, personal y demás con COMCEL, sin que El DISTRIBUIDOR pueda ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de COMCEL por designarlo distribuidor....”

Como se puede apreciar, e independientemente de su validez, toda vez que en este laudo el primero de los textos que acaban de transcribirse será declarado nulo, estas estipulaciones que consagran una renuncia al derecho de retención, se refieren a las marcas, enseñas y signos distintivos de COMCEL, circunstancia que impone al Tribunal concluir que la renuncia al derecho de retención consagrada en esta cláusula sólo se refiere a esa clase de bienes.

Por consiguiente, se negará la pretensión formulada por COMCEL en el sentido de que CONCELULAR no tenía derecho a retener las sumas en poder.

Ahora bien, como quiera que en su contestación a la demanda COMCEL solicita que si se llegare a estimar que la retención realizada es válida, que se compense, debidamente actualizada con cualquier suma que saliese a

deber como consecuencia del laudo a su representada, el Tribunal declarará probada parcialmente la excepción de compensación.

CAPITULO CUARTO

LAS COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Al prosperar parcialmente las pretensiones principales formuladas por la convocante, se condenará en forma proporcional a la convocada al pago de costas, de conformidad con lo previsto por el Art. 392 Num. 6° del C. de P.C., norma que dispone que “En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión”.

En el presente asunto, las pretensiones únicamente encontraron prosperidad parcial en la medida que no todas las súplicas de la demanda fueron acogidas, además de que la aspiración económica de la sociedad convocante resultó ser considerablemente mayor de la que efectivamente obtuvo en el presente laudo, razón por la cual hay lugar a imponerle a COMCEL la obligación de pagarle a CONCELULAR el 50% de las costas en que esta última entidad incurrió y cuya causación se encuentre debidamente acreditada en el expediente.

Como bien se sabe, las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como “los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso” (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2°). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, constituyen e integran el concepto genérico de costas, luego el juez, al momento de realizar la respectiva condena debe tener en cuenta tal circunstancia.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas a favor de la parte convocante en la proporción indicada, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió ésta

durante la tramitación del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales son fijadas por el Tribunal, por considerarlo ajustado a la ley y acorde con la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas, en la suma de **CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000.oo)**

En cuanto a las expensas, en el proceso se encuentra debidamente comprobado el pago por parte de **la convocante** del rubro correspondiente a honorarios y gastos del Tribunal, así como de los gastos de pericia y los honorarios de los peritos técnico y financiero, en los siguientes montos:

Honorarios de los Árbitros y del Secretario (50%) incluyendo IVA	\$ 304.500.000.oo
Gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y gastos de protocolización y otros (50%), incluyendo IVA del primer rubro.	\$32.932.000.oo
Gastos de pericia Ingeniero Julio López Medina	\$30.600.000.oo
Gastos de pericia Doctor Jorge Torres Lozano	\$14.697.220.oo
Honorarios Julio López Medina incluyendo IVA	\$46.400.000.oo
Honorarios Jorge Torres Lozano incluyendo IVA	\$40.600.000.oo
TOTAL:	\$571.426.440.oo

El valor total de las expensas pagadas por **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** es de **QUINIENTOS SETENTA Y UN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$571.426.440.oo)**, suma a la cual se adiciona el rubro correspondiente a agencias en derecho, esto es, **CIENTO CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$150.000.000.oo)**, para un total de costas de **SETECIENTOS VEINTIÚN MILLONES CUATROCIENTOS VEINTISEIS MIL CUATROCIENTOS CUARENTA PESOS (\$721.426.440.oo)**.

Como quiera que la condena a favor de **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** es del 50% del total de las costas, de acuerdo con las consideraciones expuestas, el monto total de las costas que debe pagar **COMCEL** es de **TRESCIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$360.713.220.00)**.

DECISIÓN

En mérito de las consideraciones que anteceden el Tribunal de Arbitramento integrado para decidir sobre las diferencias entre las sociedades **CONCELULAR S.A. – EN LIQUIDACIÓN** y **COMUNICACIÓN CELULAR S.A. COMCEL S.A.**, con el voto unánime de sus miembros, administrando justicia por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Desestimar por falta de fundamento la defensa formulada por la convocada como tercera excepción perentoria en el escrito de contestación de la demanda, bajo el epígrafe de “Falta de competencia del tribunal de arbitramento para pronunciarse sobre aspectos relacionados con la supuesta posición dominante de COMCEL y su abuso”.

SEGUNDO: Desestimar por falta de fundamento la defensa formulada por la convocada como séptima excepción perentoria en el escrito de contestación de la demanda, bajo el epígrafe “El contrato celebrado y ejecutado no es de agencia mercantil”.

TERCERO: Declarar que entre COMCEL, como agenciado, y CONCELULAR S.A., como agente, se celebró y ejecutó un contrato de agencia comercial para promover la venta de servicios y bienes de la sociedad demandada.

CUARTO: Desestimar por falta de fundamento las defensas formuladas por la convocada como excepciones perentorias primera, segunda y tercera bajo los epígrafes: “Carencia de estructuración de las condiciones para que pueda

predicarse la ineficacia o la nulidad solicitada respecto de las cláusulas del contrato reseñadas taxativamente en varias pretensiones de la demanda”, “Inexistencia de abuso del derecho en cualquiera de las modalidades que dicha figura pueda presentar e “...inexistencia de los supuestos para configurar posición de dominio y mucho menos abuso de la misma”.

QUINTO: Declarar que es nula de nulidad absoluta la cláusula 4 “Naturaleza y relación entre las partes” del contrato que suscribieron COMCEL y CONCELULAR, especialmente en cuanto dispone que nada en este contrato se interpretará ni constituirá agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, y dispone que el distribuidor no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera ni anunciarse ni constituirse agente comercial.

SEXTO: Desestimar por falta de fundamento la pretensión tercera principal de la demanda, contenida en el capítulo I “Pretensiones referidas a la naturaleza del contrato celebrado y ejecutado”. En consecuencia, prospera el medio de defensa denominado excepción perentoria “ausencia de abuso del derecho en las cláusulas de prepago”

SEPTIMO: Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, no se realizó durante la ejecución del contrato, el pago del 20% previsto en las cláusulas a que se refiere el punto anterior. No prospera en consecuencia el medio de defensa denominado excepción perentoria “excepción de pago de la cesantía comercial”.

OCTAVO: Declarar que por el hecho de la terminación del contrato, COMCEL está obligada a pagarle a CONCELULAR la prestación prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

NOVENO: Declarar que prospera la excepción de compensación formulada en el acápite tercero como excepción subsidiaria por la parte demandada en el escrito de contestación, con el alcance y efecto señalado en la parte motiva de esta providencia.

DECIMO: Como consecuencia de las declaraciones precedentes, condenar a COMCEL a pagarle a CONCELULAR la cantidad neta de DOS MIL CUATROCIENTOS SEIS MILLONES TRESCIENTOS CUATRO MIL SETENTA Y CUATRO PESOS M/CTE (\$2.406.304.074), suma sobre la cual se causarán intereses de mora liquidados a la máxima tasa legal comercial autorizada, desde la fecha de terminación del contrato y hasta la realización del pago. Intereses que a 30 de noviembre de 2006 ascienden a la suma de UN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS MILLONES TRESCIENTOS OCHENTA Y UN MIL SEISCIENTOS SESENTA Y SEIS PESOS M/CTE (\$1,472,381,666).

DECIMO PRIMERO: Abstenerse de efectuar pronunciamiento acerca del mérito de la pretensión principal sexta del capítulo I “Pretensiones referidas a la naturaleza del contrato celebrado y ejecutado”, por cuanto está llamada a prosperar la pretensión cuarta formulada en ese mismo capítulo.

DECIMO SEGUNDO: Declarar que COMCEL está obligada a indemnizarle a CONCELULAR los daños previstos en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, cuya entidad y cuantía se establecieron en el proceso.

DECIMO TERCERO: Como consecuencia de la declaración precedente y por el concepto en ella indicado, condenar a COMCEL a pagarle a CONCELULAR, dentro de los tres días siguientes a la ejecutoria de este laudo, la cantidad de CIENTO SIETE MILLONES CIENTO VEINTIUN MIL CUATROCIENTOS SETENTA Y DOS PESOS (\$107.121.472), suma ésta que, incluye el reajuste por depreciación monetaria calculado hasta el 31 de octubre de 2006. Vencido el plazo concedido, sobre dicha suma se causarán intereses de mora liquidados a la máxima tasa legal comercial autorizada.

DECIMO CUARTO: Declarar que es válida y produjo la plenitud de sus efectos, la cláusula 5 “Vigencia del Contrato” numeral 5.1. del contrato que suscribieron las partes con fecha 17 de marzo de 1999.

DECIMO QUINTO: Como consecuencia de la declaración anterior, desestimar por falta de fundamento, la pretensión primera principal del

capítulo II “Pretensiones principales referidas a la renovación del contrato de agencia comercial”.

DECIMO SEXTO: Declarar que por justa causa imputable a COMCEL, CONCELULAR dio por terminado unilateralmente el contrato a partir del 4 de mayo de 2004, razón por la cual no prosperan las defensas denominadas excepciones perentorias de “Inexistencia de una justa causa por parte de CONCELULAR para dar por terminado el contrato” y de “contrato no cumplido”.

DECIMO SEPTIMO: Declarar que CONCELULAR ejerció válidamente el derecho que le otorga el artículo 1326 del Código de Comercio y por lo tanto estaba autorizada para retener la cantidad de DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL QUINIENTOS CINCUENTA MILLONES DE PESOS (\$259.654.550), motivo por el cual no prospera la primera pretensión formulada en el capítulo petitorio de la demanda de reconvención.

DECIMO OCTAVO: Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la obligación de restituir la suma anterior a cargo de CONCELULAR se extinguió por compensación y en consecuencia no está llamada a prosperar la segunda pretensión formulada en la demanda de reconvención.

DECIMO NOVENO: Por las razones expuestas en la parte motiva de este Laudo, declarar que es nula de nulidad absoluta la cláusula 16 “Efectos de la Terminación” numeral 16.4 del contrato suscrito por las partes el 17 de marzo de 1999.

VIGESIMO: Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia desestimar por falta de fundamento las pretensiones cuarta y quinta del Capítulo III pretensiones principales “referidas a la terminación unilateral del contrato por justa causa”.

VIGESIMO PRIMERO: Declarar que, conforme a lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, COMCEL incumplió el contrato suscrito con

CONCELULAR el 17 de marzo de 1999 por: i) no haber pagado el valor total de las comisiones pactadas; ii) haber disminuido unilateralmente el monto de las comisiones pactadas; iii) no haber pagado las comisiones ya causadas, al momento de la terminación del contrato, y iv) trasladar indebidamente a CONCELULAR costos correspondientes a consultas a centrales de riesgo.

VIGESIMO SEGUNDO: Reconocerle fundamento parcialmente a la pretensión segunda del capítulo IV pretensiones principales “referidas al incumplimiento del contrato de agencia comercial” y, en consecuencia, declarar que debido al incumplimiento del contrato, COMCEL está obligada a pagar a la demandante, CONCELULAR, i) el valor de las comisiones por activación causadas y no pagadas a la terminación del contrato, y ii) la diferencia entre el menor valor pagado a título de comisiones de residual y el monto que tenía derecho a recibir CONCELULAR por el mismo concepto.

VIGESIMO TERCERO: Declarar fundada la defensa que bajo la denominación “Transacción y Pago” formuló la parte convocada en el escrito de contestación a la demanda.

VIGESIMO CUARTO: Condenar a COMCEL a pagarle a CONCELULAR, como consecuencia de la declaración precedente vigésimo segunda y por los conceptos en ella indicados, de conformidad con los cálculos efectuados en la parte motiva de esta providencia, la cantidad de CUATROCIENTOS SETENTA Y SIETE MILLONES OCHENTA Y OCHO MIL OCHOCIENTOS SEIS PESOS (\$477.088.806), junto con los intereses de mora que en el futuro se causen desde el 1º de junio de 2004 y hasta cuando el pago total se realice, liquidados a la máxima tasa comercial autorizada, intereses que a la fecha del presente laudo ascienden a DOSCIENTOS OCHENTA Y TRES MILLONES CIENTO TREINTA Y CUATRO MIL NOVECIENTOS NOVENTA PESOS M/CTE (\$283.134.990).

VIGESIMO QUINTO: Declarar que de conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, COMCEL únicamente incurrió en abuso, al predisponer en el contrato suscrito con CONCELULAR el 17 de marzo de 1999, cláusulas que en razón de su contenido injustificadamente

desequilibrado se declararán total o parcialmente nulas en el aparte dispositivo subsiguiente.

VIGESIMO SEXTO: Declarar que con el alcance señalado en la parte motiva de esta providencia son nulas de nulidad absoluta y, por lo tanto, en la medida de la invalidez que las afecta no producen efectos entre las partes, las siguientes cláusulas y estipulaciones contenidas en el contrato de 17 de marzo de 1999 celebrado entre las partes: cláusula 14 Marcas párrafo último, cláusula 12 Indemnización, Anexo F Acta de Conciliación, Compensación y Transacción, y Anexo G, Plan de Descuentos del Distribuidor por la Compra y Distribución del Producto Prepago Amigo

VIGESIMO SEPTIMO: Declarar que por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia son nulos de nulidad absoluta y, en consecuencia, no produjeron efectos entre las partes, los Numerales 4° y 5° del Anexo f. Acta de Conciliación, Compensación y Transacción, al igual que la Cláusula 17, Limitación de Responsabilidad del Contrato concertado entre las partes con fecha 17 de marzo de 1999.

VIGESIMO OCTAVO: Declarar que las demás cláusulas y estipulaciones contenidas en el contrato celebrado entre las partes con fecha 17 de marzo de 1999, impugnadas por la convocante en la segunda de las pretensiones del Capítulo V pretensiones principales “referidas a la declaratoria del abuso del derecho y del abuso de la posición dominante” son válidas y produjeron entre las partes la plenitud de sus efectos jurídicos.

VIGESIMO NOVENO: Desestimar por notoria falta de fundamento, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la pretensión cuarta del Capítulo V, Pretensiones principales “referidas a la declaratoria del abuso del derecho y del abuso de la posición dominante...”.

TRIGESIMO: Desestimar por falta de fundamento la pretensión quinta contenido en el Capítulo V, Pretensiones principales “referidas a la declaratoria del abuso del derecho y del abuso de la posición dominante...”.

TRIGESIMO PRIMERO: Desestimar por improcedente, de conformidad con las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la pretensión sexta del Capítulo V, Pretensiones principales “referidas a la declaratoria del abuso del derecho y del abuso de la posición dominante...”.

TRIGESIMO SEGUNDO: Desestimar por falta de fundamento la excepción de pago de lo no debido formulada por la parte demandada en el escrito de contestación a la demanda.

TRIGESIMO TERCERO: Condenar a COMCEL. a pagar a CONCELULAR en liquidación por concepto de costas la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES SETECIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS VEINTE PESOS (\$360.713.220), de conformidad con lo dicho sobre el particular en la parte motiva de esta providencia.

TRIGESIMO CUARTO: Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

TRIGESIMO QUINTO: Ordenar que en la oportunidad de ley, se protocolice este expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y se rinda por el Presidente cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización.

TRIGESIMO SEXTO: Visto el informe secretarial de la fecha, infórmese al Juzgado Dieciocho Civil del Circuito de Bogotá, acerca de la existencia y el estado actual de este proceso.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE

CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS
Presidente

JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA
Árbitro

GABRIEL JAIME ARANGO RESTREPO
Árbitro

HENRY SANABRIA SANTOS
Secretario