

## INDICE

### I. ANTECEDENTES

1. Contratos origen de las controversias	1
2. El Pacto Arbitral	1
3. El Trámite del Proceso Arbitral	1
4. Término de duración del proceso	5
5. Presupuestos Procesales	5
6. Partes Procesales	6
7. Apoderados judiciales	7
8. Pretensiones de la parte convocante	7
9. Hechos de la demanda	10
10. Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada contra la demanda	11

### II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

1. Pretensión Tercera	11
1.1. Relaciones Contractuales Pactadas	13
1.2. Las cuestiones de la esencia del contrato de agencia mercantil	13
1.3. Eficacia Probatoria de los Libros y papeles del comerciante	24
2. Pretensión Primera	37
3. Pretensión Segunda	39
4. Pretensión Cuarta	53
5. Pretensión Quinta	55
6. Pretensión Sexta	57
7. Pretensión Séptima	59
8. Pretensión Octava	60
9. Pretensión Novena	62
10. Pretensión Décima	62
11. Congruencia de la Sentencia	62
12. Las Excepciones Propuestas	62
13. Tacha del Testimonio del Sr. Jaime Correa Álvarez	63
14. Costas	64

### III. PARTE RESOLUTIVA 65

## LAUDO ARBITRAL

**Bogotá D.C., veintisiete (27) de marzo de dos mil nueve (2009)**

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre **GLOBAL.COM LTDA.** y **GLOBAL TAT LTDA.**, de una parte, y **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.** antes **BELLSOUTH COLOMBIA S.A.**, de la otra, respecto a las controversias derivadas de los Contratos No. C-0128-03 de junio de 2003 y C-0306-03 de octubre de 2003, previo un recuento sobre los antecedentes y demás aspectos preliminares del proceso.

### A. ANTECEDENTES

#### 1. Contratos origen de las controversias.

- 1.1. Contrato No. C-0128-03 del 9 de junio de 2003, que obra en el expediente a Folios 2 a 19 Cuaderno de Pruebas N° 1.
- 1.2. Contrato No. C-0306-03 del 14 de octubre de 2003, que obra en el expediente a Folios 20 a 35 Cuaderno de Pruebas N° 1.

#### 2. El Pacto Arbitral

En los contratos mencionados en el punto anterior, las partes pactaron arbitraje en las Cláusulas 11.2 de idéntico contenido, que obran en el expediente a folios 13 y 31 del Cuaderno Pruebas No. 1, en los siguientes términos:

*“11.2. Cláusula Compromisoria.- Toda diferencia que surja entre **Bellsouth** y el **Distribuidor** en la interpretación del presente contrato, su ejecución su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, estará integrado por tres (3) árbitros abogados en Colombia, decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes.”*

#### 3. El trámite del proceso arbitral.

**3.1. La convocatoria del Tribunal arbitral:** El veintinueve (29) de enero de 2008 el Dr. Juan Pablo Medrano Supelano, en su calidad de apoderado de Global.Com.Ltda y Gobal TAT Ltda. presentó ante en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, solicitud de designación de árbitros. Posteriormente el día cinco (5) de marzo de 2008 radicó demanda arbitral.

**3.2. Designación de los árbitros:** En seguimiento a lo acordado, las partes de común acuerdo designaron a los doctores **FLORENCIA LOZANO REVEIZ**, **ENRIQUE VARGAS LLERAS** y **FABIO SILVA TORRES** como árbitros para integrar el Tribunal. Informados de su nombramiento los doctores **FLORENCIA LOZANO REVEIZ** y **FABIO SILVA TORRES** aceptaron el cargo. El doctor **ENRIQUE VARGAS LLERAS** puso de presente un conflicto de intereses con la parte

convocada por lo cual se procedió a designar al doctor **DELIO GOMEZ LEYVA**, primer árbitro suplente, quien aceptó el cargo.

**3.3. Instalación:** Previas citaciones por parte del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, a los árbitros y a las partes y conforme con lo dispuesto en el art. 142 del D. 1818/98, el Tribunal se instaló el dieciocho (18) de abril de 2008 en sesión realizada en dicho Centro, audiencia a la cual asistieron los Doctores **JUAN PABLO MEDRANO SUPELADO** en su calidad de apoderado judicial de la parte convocante y **JOSE ROBERTO SÁCHICA MENDEZ** en su calidad de apoderado judicial de la parte convocada (Acta N° 1, folios 308 y 309). En ella se designó como Presidente del Tribunal a la doctora **FLORENCIA LOZANO REVEIZ** y como Secretaria a la doctora **LAURA BARRIOS MORALES**, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo, ante el Tribunal.

**3.4. Admisión de la demanda y notificación:** En audiencia de fecha veinticuatro (24) de abril de 2008 el Tribunal admitió la demanda. En esa misma fecha se le notificó personalmente a la parte convocada el auto admisorio de la demanda y se le entregaron copias de la demanda y sus anexos (Acta de Notificación Folio 324 Cuaderno Principal No. 1).

**3.5. Contestación de la demanda:** Dentro del término legal y por conducto de apoderado especial, la parte convocada dio contestación a la demanda presentada, se opuso a las pretensiones y formuló excepciones de mérito. El Tribunal ordenó correr traslado de éstas; la parte convocante, con escrito de diez (10) de marzo de 2008, lo recorrió y solicitó pruebas.

**3.6. Honorarios y gastos del proceso:** En audiencia del tres (3) de junio de 2008, el Tribunal fijó las sumas correspondientes a honorarios de los árbitros, de la secretaria y las partidas de administración del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y otros gastos del proceso, las cuales fueron pagadas oportunamente por las partes.

**3.7. Audiencia de conciliación:** El dos (2) de julio de 2008 se llevó a cabo la audiencia de conciliación con asistencia de los representantes legales de las partes y sus apoderados, sin lograrse acuerdo alguno sobre las controversias formuladas, razón por la cual se declaró fracasada y concluida la fase conciliatoria (Acta No. 5 Folios 515 a 520 del Cuaderno Principal No.1).

**3.8. Primera audiencia de trámite:** El mismo dos (2) de julio de 2008 se dio inicio a la primera audiencia de trámite. En dicha audiencia se dio cumplimiento a las formalidades previstas por artículo 147 del Decreto 1818 de 1998; el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias entre **GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA.** por una parte y **TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.** por otra parte, derivadas de los Contratos No. C-0128-03 de junio de 2003 y C-0306-03 de octubre de 2003, con fundamento en las cláusulas compromisorias contenidas en estos. Así mismo, el Tribunal fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses, y suspendió la primera audiencia de trámite para que las partes tuvieran la oportunidad de modificar su solicitud de pruebas (Acta 5 a folios 515 a 520 Cuaderno. Principal N° 1)

**3.9. Decreto de pruebas:** En audiencia de nueve (9) de julio de 2008 el Tribunal profirió el decreto de las pruebas solicitadas por las partes en la demanda, en la contestación de la demanda y en la solicitud de pruebas adicionales. Así mismo el Tribunal señaló fechas para la práctica de las diligencias, les concedió a las partes cinco días para designar los peritos de común acuerdo y declaró finalizada la primera audiencia de trámite (Acta 6, folios 521 a 528 Cuaderno Principal N° 1).

### **3.10. Instrucción del proceso:**

#### **3.10.1. La prueba documental:**

Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante con la demanda que obran en el expediente, y con el escrito mediante el cual recorrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas por la convocada. Igualmente se agregaron al expediente los documentos aportados por la convocada, relacionados en la contestación de la demanda, que obran en el expediente, así como los aportados por el testigo Jaime Serrano Wagner.

#### **3.10.2. Inspecciones Judiciales**

Por solicitud de ambas partes se decretó inspección judicial en las oficinas de Telefónica Móviles Colombia ubicadas en la Calle 100 No. 7-33. Las partes desistieron de la prueba y en consecuencia la inspección no se llevó a cabo (Actas No. 8 y 9 Folios 573 Cuaderno Principal No.1 y Folio 6 Cuaderno Principal No.2 ).

#### **3.10.3. Dictámenes periciales.-**

Por solicitud de la parte convocante se decretó un dictamen pericial para ser rendido por perito con conocimientos financieros, contables y de auditoría. Al no llegar las partes a un acuerdo en el nombramiento del perito el Tribunal mediante auto de fecha quince (15) de julio de 2008 designó a la perito Esperanza Ortiz Bautista quien se posesionó el trece (13) de agosto siguiente, entregó su dictamen el catorce (14) de noviembre y las correspondientes aclaraciones y complementaciones el veintidós (22) de diciembre. El dictamen no fue objetado.

Por solicitud de la parte convocada se decretó un dictamen pericial para ser rendido por perito experto en mercadeo. Al no llegar las partes a un acuerdo en el nombramiento del perito el Tribunal mediante auto de fecha quince (15) de julio de 2008 designó al perito Jorge Torres Lozano quien se posesionó el trece (13) de agosto siguiente, entregó su dictamen el catorce (14) de octubre y las correspondientes aclaraciones y complementaciones el veinte (20) de noviembre siguiente. El dictamen no fue objetado.

#### **3.10.4. Testimonios.**

En audiencia de trece (13) de agosto de 2008 rindieron testimonio los señores José Félix de Castro, Gerardo González Arenas, Mauricio Giraldo Mejía, Armando Campo Martínez y Alexander Ortega Lozano (Acta No. 7 Folios 552 a 558 Cuaderno Principal No.1). En sesión de catorce (14) de agosto se escucharon los testimonios de Diego Andrés Salazar y Jaime Correa Álvarez, éste último fue tachado por la parte convocada (Acta No. 8 Folios 570 a 574 Cuaderno Principal No.1). En audiencia de veintiuno (21) de agosto de 2008 el Tribunal recibió los testimonios de Stella Medina Tovar, Diana Carolina Cárdenas Figueredo, Javier Hernández Hernández y Cielo Amanda González (Acta No. 9 Folios 1 a 6 Cuaderno Principal No.2). En sesión de veintisiete (27) de agosto de 2008 rindieron testimonio los señores Jaime Serrano Wagner, Luis Fernando Tovar, Amadeo Cortés Gacharná y Lisandro Meneses Ordóñez (Acta No. 10 Folios 11 a 16 Cuaderno Principal No.2). El cinco (5) de noviembre rindieron testimonio los señores Arcenio Ferrer Correa y Alirio Soto Torres (Acta No. 12 Folios 35 a 39 Cuaderno Principal No.2). El siete (7) de noviembre rindieron testimonio los señores Yoli Peña Ardila y Mario Escobar Castaño (Acta No. 13 Folios 48 a 51 Cuaderno Principal No.2). El dieciocho (18) de noviembre rindió testimonio el señor José Antonio Martínez (Acta

No. 14 Folios 54 a 57 Cuaderno Principal No.2). Finalmente el tres (3) de diciembre de 2008 el Tribunal recibió el testimonio del señor Juan Pedro Araújo (Acta No. 15 Folios 71 a 76 Cuaderno Principal No. 2).

Las partes desistieron de los testimonios de Daniel Vargas, Iván Mauricio Vélez, William Quiroga, Javier Forero, Miguel Angel González, Carlos Alberto López, Absalón Reyes, Alexander Soto, Wilson Javier Rojas, Oscar Cabrera, Israel Cárdenas y Camilo Gutiérrez. Estos desistimientos fueron admitidos por el Tribunal.

El traslado de las versiones escritas de los testimonios rendidos se efectuó mediante auto de veintidós (22) de enero de 2009 y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente. Las partes no presentaron observaciones.

### **3.10.5. Interrogatorio de Parte**

El Tribunal decretó y practicó interrogatorio de parte a la señora MARTHA ELENA RUIZ, representante legal de la convocada y al señor LUIS ANTONIO BENAVIDES, representante legal de la parte convocante, los cuales se practicaron el tres (3) de diciembre de 2008 (Acta No. 15 Folios 71 a 76 Cuaderno Principal No. 2) . De las transcripciones correspondientes se corrió traslado a las partes y se agregaron a los cuadernos de pruebas del expediente y no presentaron observaciones.

### **3.11. Alegatos de Conclusión**

Recaudado así el acervo probatorio, el Tribunal en sesión de fecha veintisiete (27) de febrero de 2009 llevó a cabo audiencia de alegaciones, en la que cada una de las partes formuló oralmente sus planteamientos finales y entregó un memorial escrito de los mismos, que forma parte del expediente (Acta N° 17, folios 117 y 118 Cuaderno Principal N° 2). Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en tal oportunidad.

## **4. Término de duración del proceso.**

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se inició el día dos (2) de julio de 2008 (Acta 5) y finalizó el **nueve (9) de julio de 2008** (Acta 6). Por solicitud de las partes el proceso se suspendió en las siguientes fechas:

Del 17 de julio al 12 de agosto de 2008 (27 días) Acta 6.

Del 28 de agosto al 12 de octubre de 2008 (46 días) Acta 10

Del 23 de diciembre de 2008 al 13 de enero de 2009 (22 días) Acta 15

Del 3 al 24 de febrero de 2009 (22 días) Acta 16

De acuerdo a lo anterior, el término de este proceso va hasta el **6 de mayo de 2009**

## **5. Presupuestos Procesales.**

El Tribunal encuentra cumplidos los requisitos indispensables para la validez del proceso arbitral y que las actuaciones procesales se desarrollaron con observancia de las previsiones legales; no se advierte causal alguna de nulidad y por ello puede dictar Laudo de mérito, el cual se profiere en derecho.

En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

**5.1. Demanda en forma:** La demanda cumplió los requisitos exigidos por el artículo 75 del C. de P. C. y normas concordantes, y se ajustó a lo previsto por el artículo 82 del C. de P.C. en particular al inciso 2º del numeral 3º. Por lo anterior, en su oportunidad, el Tribunal la sometió a trámite.

**5.2. Competencia:** Conforme se declaró por Auto de dos (2) de julio de 2008 proferido en la primera audiencia de trámite (Acta N° 5) el Tribunal es competente para conocer y decidir en derecho las controversias entre GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA. y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., con fundamento en la Cláusula compromisoria comprendida en los contratos No. C-0128-03 de junio de 2003 y C-0306-03 de octubre de 2003.

**5.3. Capacidad:** Tanto la parte convocante como la convocada, son sujetos plenamente capaces para comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto en la documentación estudiada no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos.

## **6. Partes Procesales.**

### **6.1. Convocantes:**

- **GLOBAL.COM LTDA.** es una sociedad comercial, de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Pasto que obra en el expediente (folios 13 a 16 del cuaderno principal No. 1), tiene su domicilio en Pasto, fue constituida mediante escritura pública N° 3995 del 25 de octubre de 2001, otorgada en la Notaría Tercera de Pasto. Comparece al proceso a través del señor **LUIS ANTONIO BENAVIDES** en su calidad de representante legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.
- **GLOBAL TAT LTDA.** es una sociedad comercial de conformidad con el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Pasto que obra en el expediente (folios 17 a 20 del cuaderno principal No. 1), tiene su domicilio en Pasto, fue constituida mediante escritura pública N° 3105 del 29 de agosto de 2003, otorgada en la Notaría Tercera de Pasto. Comparece al proceso a través del señor **LUIS ANTONIO BENAVIDES** en su calidad de representante legal, quien otorgó el poder para la actuación judicial.

### **6.2. Convocada:**

**TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.**, antes **BELLSOUTH COLOMBIA S.A.** es una sociedad comercial que, según consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá (folios 7 a 12 del cuaderno principal No. 1) está domiciliada en Bogotá, fue constituida mediante escritura pública N° 3359 del 23 de octubre de 1997 de la Notaría 35 del círculo notarial de Bogotá, y reformada en varias oportunidades. Comparece al proceso a través de la Sra. **MARTHA ELENA RUIZ DIAZ-GRANADOS**, en su calidad de Representante Legal quien otorgó el poder para la actuación judicial.

## 7. Apoderados judiciales.

Por tratarse de un proceso de mayor cuantía y de un arbitramento en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas por abogados; la parte convocante por el doctor **JUAN PABLO MEDRANO SUPELANO** y la parte convocada por el doctor **JOSE ROBERTO SACHICA**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

## 8. Pretensiones de la parte convocante:

La parte convocante, en la demanda visible a folios 132 a 164 del Cuaderno Principal 1, formuló las siguientes pretensiones:

### **“PRINCIPALES**

#### **DECLARATIVAS:**

1. *Que se declare que entre la sociedad demandada TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y las sociedades GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA se celebró y ejecutó sin interrupción y produjo sus efectos una única relación contractual entre el 9 de junio de 2.003 y el 30 de septiembre de 2.007, fecha en que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. lo dio unilateralmente por terminado. (...)*
2. *Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones contraídas en el marco de la relación contractual mencionada en la pretensión primera anterior y sus respectivas modificaciones, generando a su favor y de modo objetivamente contrario a la buena fe y la equidad en su calidad de PRINCIPAL respecto de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, ventajas no razonables y carentes de proporción, entre otras materias, por las siguientes razones:*

2.1. INCUMPLIMIENTOS RELACIONADOS CON LA ASIGNACIÓN DE LOS TERRITORIOS EN LOS CUALES EL DISTRIBUIDOR DEBÍA DESARROLLAR SU GESTIÓN DE PROMOCIÓN E INTERMEDIACIÓN: (...)

2.2. INCUMPLIMIENTOS RELACIONADOS CON LA MODIFICACIÓN UNILATERAL, ARBITRARIA Y ABUSIVA IMPUESTA POR TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. A GLOBAL TAT LTDA DE LOS MÁRGENES DE REMUNERACIÓN CON BASE EN LOS CUALES PRETENDIÓ RETRIBUIR LA GESTIÓN DE PROMOCIÓN, INTERMEDIACIÓN Y PUESTA EN EL MERCADO DE LAS TARJETAS PREPAGADAS DE TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. (...)

3. *Que se declare -según su verdadera naturaleza jurídica- la calificación que en derecho corresponde a la relación contractual que entre las partes existió, con base en los hechos y las pruebas que se acreditarán; en la forma como las partes ejecutaron materialmente las recíprocas prestaciones y en la naturaleza, los elementos y las obligaciones esenciales de la relación contractual que ellas sostuvieron. (...)*
4. *Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte en su relación contractual con GLOBAL. COM LTDA Y GLOBAL TAT LTDA, en el contexto preciso de los incumplimientos denunciados en la pretensión quinta anterior, incurrió además en la explotación abusiva de la situación de dependencia económica en que éstas se encontraban en virtud de los contratos individualizados en la pretensión primera anterior, (i) al establecer, dentro de la vigencia de la relación contractual, en su propio y exclusivo interés un esquema de distribución comercial abiertamente lesivo para GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA que rompió y atropelló abusivamente su labor de promoción, intermediación y comercialización al imponer una estructura de territorios abierto a nivel nacional para todos los distribuidores, irrumpiendo en consecuencia todos los nuevos actores sobre la clientela conquistada y sostenida estable e ininterrumpidamente por las demandantes entre los años de 2.003 a 2.006, lo que les impidió por tanto percibir oportuna, equilibrada y razonablemente su contraprestación, llevándola finalmente a una situación de iliquidez que determinó la cesación de su actividad comercial, unida indisolublemente a las deficiencias en su capacidad de operación y (ii) al reducir unilateral y sistemáticamente el esquema remunerativo del contrato al que tenían derecho a percibir GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, según las propias estimaciones y proyecciones*

formuladas por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. desde el principio de la relación contractual.

5. Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., de manera contraria a los deberes de la lealtad y buena fe a que se encontraba legalmente obligada en su calidad de PRINCIPAL respecto de GLOBAL TAT LTDA, dio antijurídica y reprochablemente por terminada la relación contractual vinculante entre las partes emanada del contrato C-0306-03 denominado por imposición de la demandada como de DISTRIBUCIÓN, de fecha 14º de octubre de 2.003, al amparo de la Cláusula Octava, denominada "Término", que se transcribe así: (...)
6. Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. procedió para efectos de dar por terminado el contrato celebrado con GLOBAL TAT LTDA abusando del ejercicio de su posición de parte fuerte respecto de GLOBAL TAT LTDA, de manera completamente arbitraria, abusiva y contraria a los deberes de respeto, buena fe, equilibrio y lealtad negocial inherentes a los contratos de colaboración empresarial, ejecutando en perjuicio de GLOBAL TAT LTDA las reprochables y antijurídicas conductas abusivas de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. que a espacio se desarrollarán en los hechos de esta demanda, y que fueron entre otras las siguientes: (...)
7. Que en derecho se declare por el Tribunal en el laudo arbitral que la terminación unilateral del contrato que existió entre GLOBAL TAT Ltda. TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. afectó en materia grave los derechos e intereses de GLOBAL TAT LTDA, así como que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. procedió unilateralmente para dicho efecto sin que existiese de su parte justa causa para hacerlo.
8. Que se declare que le asiste a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA el derecho a exigir, según el régimen de la responsabilidad contractual, y en el contexto preciso de cual sea la calificación jurídica solicitada del Tribunal en la pretensión tercera anterior, el pago de todas las indemnizaciones y prestaciones establecidas por la ley para el evento en que, sin mediar justa causa, el empresario principal decida ponerle fin al contrato usurpando abusivamente la clientela obtenida, desarrollada y sostenida por las convocantes.
9. Que declare el Tribunal, para el caso en que de la calificación y el encuadramiento de los contratos que existieron entre GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA con TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, que GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA tienen derecho a la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1.324 del Código de Comercio.
10. Que declare el Tribunal, para el caso en que de la calificación y el encuadramiento del contrato que existió entre GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL. TAT LTDA con TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, y particularmente por las circunstancias de modo y tiempo en que ha tenido lugar la terminación del contrato invocadas en las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima anteriores, que GLOBAL. COM LTDA Y GLOBAL TAT LTDA tienen derecho a la prestación establecida en el inciso 2º del artículo 1.324 del Código de Comercio.

**DE CONDENA:**

1. Que se le condene a pagar, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, durante el período en que se ejecutó materialmente el contrato celebrado entre las partes y hasta la fecha de su terminación unilateral por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., de conformidad con su verdadera naturaleza jurídica, según lo pedido en la pretensión cuarta principal declarativa anterior, el valor al que GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA tenían derecho objetiva, equivalente, estable, razonable y comercialmente en el contexto de este mercado, y a consecuencia de lo pedido en la pretensión principal segunda anterior a percibir a título de legítima contraprestación por la actividad que desplegó en beneficio de su principal desde la perspectiva de lo que debió ser el EQUILIBRIO CONTRACTUAL, referido éste principalmente a las modificaciones arbitrarias, unilaterales y abusivas al régimen remunerativo del contrato que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. manipuló, incumplió, explotó y por lo tanto irrespetó injustificadamente en detrimento de la legítimos derechos contractuales de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA durante el tiempo del contrato.
2. Que se le condene, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, a indemnizar a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA por los perjuicios y las pérdidas causadas durante la vigencia de la relación entre las partes a consecuencia de lo pedido en la pretensión principal segunda anterior, referida a la modificación arbitraria y unilateral de los territorios asignados a GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TATA LTDA, al levantar la exclusividad de los mismos pactada -en contravención a la propia estipulación contractual- para abrirla para todo el territorio nacional como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte en su relación contractual con GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, al incurrir la convocada en la explotación abusiva de la situación de parte fuerte en virtud de la relación materia de la presente controversia.

3. *Que se le condene, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, a indemnizar a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA por las PÉRDIDAS OPERACIONALES causadas a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA como consecuencia de las mismas violaciones infringidas por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. que afectaron gravemente la actividad comercial en exclusiva de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA en favor de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. todo ello como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte en su relación contractual con GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA en la relación materia de la presente controversia incluyendo, pero sin que se limite a ellos, los derivados de la liquidación de personal de GLOBALTEL; de la liquidación de los contratos con sus subdistribuidores; del cierre de las oficinas, sucursales y establecimientos en donde funcionaban los puntos de venta y las correspondientes sanciones e indemnizaciones por la terminación anticipada de los contratos de arrendamiento respectivos; de la pérdida de la parte no amortizada de los bienes, equipos y materiales adquiridos por GLOBAL. COM LTDA y por GLOBAL. TAT LTDA para la ejecución del contrato, así como lo que tuvieron que invertir GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA en la apertura los puntos en que operaron todas las ciudades de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA.*
4. *Que se le condene a indemnizar, de acuerdo con lo que se pruebe en el proceso, a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA a consecuencia de la arbitraria e injusta revocación que del contrato hizo TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. en perjuicio de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, quienes, habiendo cumplido fielmente sus obligaciones, crearon y sostuvieron durante la vigencia de la relación para la convocada UNA CLIENTELA ESTABLE, PERFECTAMENTE IDENTIFICABLE Y REPRESENTATIVA DE UNOS INGRESOS VERDADERAMENTE SIGNIFICATIVOS DURANTE ESE TIEMPO CONTRACTUAL, ingresos cuyo único y exclusivo beneficiario para el presente y para el futuro es y será TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. los cuales son y serán igualmente representativos para ella. Así, habrá de considerar especialmente la condena a que se refiere la presente pretensión que a GLOBAL.COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA les fue arrebatada una organización de enorme valor que quedó y quedará a disposición de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., representada en significativas inversiones, resultando GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA abusivamente desposeídas por virtud de la usurpación de que fue objeto por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. del fruto de su trabajo de años a consecuencia de la reprochable terminación del contrato, causante de significativos y lesivos perjuicios para GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA. Considerará finalmente la condena a que se refiere la presente pretensión que a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA por virtud de este proceder de la convocada en derecho le corresponde la compensación económica que aquí se pide (i) por obtener la convocada ventajas económicas no razonables del trabajo de GLOBAL. COM LTDA y de GLOBAL TAT LTDA (ii) por sufrir GLOBAL TAT LTDA injustificadamente perjuicios patrimoniales y (iii) por haberse revocado a GLOBAL TAT LTDA el contrato por hechos abusivos que no le fueron imputables.*
5. *Que se le condene a pagar a favor de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA para el caso en que de la calificación y el encuadramiento del contrato que existió entre ellas y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, la prestación establecida en el inciso 1º del artículo 1.324 del Código de Comercio.*
6. *Que se le condene a pagar a favor de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, para el caso en que de la calificación y el encuadramiento del contrato que existió entre ellas y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, la prestación establecida en el inciso 2º del artículo 1.324 del Código de Comercio, en el contexto de las circunstancias de modo y tiempo en que se desencadenó la terminación del contrato, en los términos de las pretensiones principales declarativas quinta, sexta y séptima anteriores.*
7. *Que se le condene a pagar a favor de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA la corrección monetaria y los intereses moratorios de acuerdo con la ley.*
8. *Que se le condene a pagar a favor de GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA la totalidad de las costas y gastos de este proceso arbitral de mayor cuantía, incluidas las agencias en derecho.*

### **SUBSIDIARIAS**

#### **DECLARATIVAS:**

1. *Que se declare que entre la sociedad demandada TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y las sociedades GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA se celebraron, ejecutaron y produjeron sus efectos, con el mismo objeto dos relaciones contractuales entre (i) El 9 de junio de 2.003 y el 13 de julio de 2.005, en lo que tiene que ver con GLOBAL. COM LTDA y (ii) Entre el 14 de octubre de 2.003 y el 30 de septiembre de 2.007, fecha a partir de la cual TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. notificó a*

GLOBAL. TAT LTDA que operaría la terminación unilateral del contrato, anunciada expresamente mediante comunicación del 23 de julio de 2.007.

2. Que se declare -según su verdadera naturaleza jurídica- la calificación que en derecho corresponde a las dos relaciones contractuales que entre las partes existieron, con base en los hechos y las pruebas que se acreditarán; en la forma como las partes ejecutaron materialmente las recíprocas prestaciones y en la naturaleza, los elementos y las obligaciones esenciales de las relaciones contractuales que ellas sostuvieron.
3. Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. incumplió las obligaciones contraídas por ella mediante los dos contratos mencionados.
4. Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. en desarrollo de dichas dos relaciones (i) obtuvo ventajas económicas no razonables y carentes de proporción del trabajo de GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, en ejercicio de su posición de parte fuerte en su relación contractual con ambas, incurriendo además en la explotación abusiva de la situación de dependencia económica en que se encontraba GLOBAL TAT LTDA(ii) impetró injustificadamente perjuicios patrimoniales a GLOBAL TAT LTDA(iii) revocó el contrato celebrado con GLOBAL TAT LTDA por hechos que no le fueron imputables, procediendo sin que mediara justa causa imputable a GLOBAL TAT LTDA, usurpando abusivamente la organización y la clientela que para la comercialización de sus productos creó y sostuvo GLOBAL TAT LTDA, quedando por tanto impunemente a su disposición para continuar TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. explotándola comercialmente, dejando a GLOBAL TAT LTDA injustamente desposeída del fruto de su trabajo de años.

#### **DE CONDENA:**

1. Que se le condene a pagar el valor al que GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA tenían derecho objetiva, equivalente, estable, razonable y comercialmente en el contexto de este mercado, a percibir a título de legítima contraprestación por la actividad que desplegaron en beneficio de su principal desde la perspectiva de lo que debió ser el EQUILIBRIO CONTRACTUAL, referido éste principalmente a (i) la modificación abusiva del régimen remuneratorio de ambas relaciones jurídicas Tarifa Plena Vigente para el tiempo de cada una de las dos relaciones jurídicas que las partes sostuvieron y a (ii) la modificación arbitraria y unilateral de los territorios asignados a GLOBAL. COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, al levantar la exclusividad de los mismos pactada -en contravención a la propia estipulación contractual- para abrirla para todo el territorio nacional como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte en su relación contractual con GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA.
2. Que se condene a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. a pagar a favor de GLOBAL TAT LTDA la indemnización íntegra de perjuicios sufridos por ésta – incluido el daño emergente y el lucro cesante- como consecuencia de la terminación del segundo de los contratos demandado sin mediar justa causa por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., condena que habrá de ser extensiva a haber usurpado TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. abusiva e ilegalmente la clientela construida por GLOBAL TAT LTDA durante la vigencia del contrato.
3. Que se condene a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., con base en la pretensión subsidiaria segunda declarativa, a la totalidad de las prestaciones e indemnizaciones que le reconozca la ley colombiana a los contratos que se desprendan de la calificación y encuadramiento que se pide del Tribunal a que se refiere dicha pretensión subsidiaria declarativa.
4. Que sobre los montos de las condenas anteriores, se obligue a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. a pagar a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA la corrección monetaria y los intereses moratorios, de acuerdo a la ley.
5. Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, las costas y expensas – incluidas las agencias de derecho- de este proceso.”

#### **9. Hechos de la demanda:**

La parte convocante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a folios 110 a 181 del Cuaderno Principal N° 1, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión.

## **10. Excepciones de mérito formuladas por la parte convocada contra la demanda:**

El apoderado de la convocada en la contestación de la demanda, a folios 435 a 442 del Cuaderno Principal N° 1, formula las siguientes excepciones de mérito:

1. Inexistencia de los incumplimientos
2. Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas
3. Tratamiento en condiciones uniformes para todos los agentes de la red de ventas de la convocada
4. Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante
5. Inexistencia de abuso de posición dominante
6. Compensación
7. Pago
8. El contrato celebrado y ejecutado no es de agencia comercial
9. Contrato no cumplido
- 10.No hay excepción No. 10
- 11.Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar
- 12.Inexistencia de abuso contractual

## **II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL**

De la reseña anterior, se advierte que son diversas las pretensiones de la parte convocante, de las cuales, considera el Tribunal que la que constituye el núcleo central de la controversia planteada, está referida a la naturaleza jurídica de la relación contractual convenida, pues a su alrededor giran las demás y, por sobre todo, las condenas económicas. Así, pues, con base en esta apreciación, se abordará su examen, a partir de la tercera (3), que a su letra dice:

### **1. PRETENSIÓN TERCERA**

*“Que se declare – según su verdadera naturaleza jurídica – la calificación que en derecho corresponda a la relación contractual que entre las partes existió, con base en los hechos y las pruebas que se acreditarán; en la forma como las partes ejecutaron materialmente las recíprocas prestaciones y en la naturaleza, los elementos y las obligaciones esenciales de la relación contractual que ellas sostuvieron”.*

Y agrega:

*“ 3.3.1.Corresponderá valorar al Tribunal si en el caso presente se dio el compromiso de promoción, expresamente contemplado por el artículo 1317 del Código de Comercio. En efecto en el instrumento que expresa el contrato celebrado pero sobre todo expresamente a lo largo de su ejecución, queda claro que GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, adquirieron frente a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., una incontrovertible obligación sujeta a presupuestos, meta de ventas y sometida a premios por la superación de estas y castigos cuando no se alcanzaran, lo cual innegablemente implica “el encargo de promover o explotar negocios” del llamado empresario, utilizando textualmente las expresiones del mencionado artículo 1317. Mal podría sostenerse que solo tuvo lugar una seria*

*independiente de operaciones de compraventa, en la que GLOBAL .COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA podían o no comprar y recolocar en el mercado, sino que existió claramente un compromiso contractual de hacerlo dentro de los parámetros señalados por el productor del servicio que se utilizaba mediante las tarjetas prepago, de tal manera que no haber efectuado los pedidos correspondientes, no haber atendido las cuotas negociadas, habría constituido un incumplimiento del contrato a cargo de GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA. Es así mismo evidente que estas no actuaron como un adquirente cualquiera, sino como un adquirente comprometido, llegando a ser uno de los distribuidores más importantes de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., dentro de un escenario de absoluta estabilidad en el tiempo y en las zonas asignadas. Tampoco resultaría posible sostener que GLOBAL .COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA no actuaron “por cuenta de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA” si se considera que utilizaban los signos distintivos comerciales de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.; que tuvieron acceso a su tecnología, obligándose a guardar los secretos derivados de este uso; que recibieron partidas dinerarias importantes para promover la imagen, no exactamente de GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, sino de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.; que negociaron autorizaciones para establecer canales adicionales de reventa; que uniformaron al personal que empleaba con una indumentaria claramente distintiva de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., etc. Todo lo anterior es bien diciente de que si existió ese elemento que la doctrina ha derivado, sin que este anunciado por la ley, del encuadramiento del contrato de agencia dentro de un título relativo al mandato, lo cual obliga a buscar un vinculo que ate con alguna forma de representación, no vinculante ante terceros, al agente con el agenciado. Ir mas allá en las relaciones que existieron entre TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. y GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, es exigir elementos que no responden a la estructura del contrato de agencia comercial. Quizás el problema más incidente sería la circunstancia de que GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, realizaron adquisiciones en firme, con lo cual se da entrada a una doctrina de nuestra corte de hace cerca de 10 años, no reproducida en sus ultimas decisiones, enderezadas al análisis de elementos distintivos del contrato. “Este aspecto implica introducir al contrato de agencia un elemento no querido por la ley; como que es muy difícil encontrarle fundamento en los textos de nuestro Código de Comercio; distinguir allí en donde el legislador no consideró necesario hacerlo; propiciar que por este camino, que solamente busca dar lugar a un mayor interés de la gente en sus gestiones, se burlen las finalidades del contrato de agencia. Que exista una enajenación en firme o no son apenas circunstancias comerciales que no desfiguran lo fundamental: el agente, por cuenta del agenciado, se ha obligado a promover la colocación en el mercado de sus productos o servicios, de una manera estable e independiente y dentro de un enmarcamiento geográfico y unos objetos determinados para esta promoción. Entre otras cosas, la distinción entre adquisiciones en firme o no, contradice una remisión expresa del Código de Comercio, que en su artículo 1330 sostiene que al contrato de agencia le serán aplicables, en lo pertinente, las normas del título III del mismo libro, que claramente se refieren al contrato de suministro. Como , entonces, sostener que la enajenación en firme, que es muy propia del contrato de suministro de bienes, como que las normas respectivas siempre hablan de “ precio”, que es un termino propio de la compraventa, cuyas reglas pueden aplicarse a las prestaciones aisladas ( artículo 980), desvirtúa el contrato de agencia?. Pretender que no se debe existir un desplazamiento de los riesgos del agenciado al agente, es olvidar que ambos son comerciantes, que lo propio del ejercicio del comercio es la asunción de riesgos y que la gente es comerciante “independiente”. En todo*

*caso, el problema de los riesgos es materia que las partes deben regular por sí mismas y no parece en forma alguna ser un elemento esencial del contrato de agencia, ni siquiera de su naturaleza” (Laudo arbitral JM PREPAGOS Vs. COMCEL, Cámara de Comercio de Bogotá)”.*

Se trata con la anterior sustentación, a juicio del Tribunal, de otorgar a la relación contractual pactada el alcance de agencia, pues como se dice “*si en el caso presente se dio el compromiso de promoción, expresamente contemplado por el artículo 1317 del Código de Comercio*”; tarea que asume el fallador previo conocimiento de lo pactado por las partes.

### **1.1. Las Relaciones Contractuales Pactadas**

Las relaciones contractuales pactadas, con idéntico texto, entre Telefónica Móviles Colombia S.A. y Global. Com Ltda. y Global TAT Ltda., señalan en sus cláusulas primera, cuarta y quinta, que:

**Primera:** Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, BELLSOUTH a **suministrar tarjetas prepagadas a título de compraventa** y el distribuidor a adquirirlas y a pagar su precio en la oportunidad convenida, y a venderlas a terceras personas en las condiciones estipuladas en el presente contrato.

#### **Cuarta (...)**

4.1. Precio y pago: “El precio de cada tarjeta prepagada será su valor facial o nominativo, que incluye IVA aplicable, menos un descuento del 10%. BELLSOUTH podrá otorgar voluntariamente al distribuidor descuentos adicionales sobre el precio de cada tarjeta prepagada; en tal caso, estos descuentos podrán ser suprimidos o modificados en cualquier momento por BELLSOUTH, sin que el distribuidor pueda invocar su otorgamiento anterior, así fuese por amplio plazos, para pedir que se mantengan (...).

#### **Quinta:**

5.6. Comerciante independiente al efectuar la venta de tarjetas prepagadas, **el distribuidor actuará como sociedad comercial independiente con su propia organización y los elementos, con plena autonomía y máxima diligencia y ética.**

Serán de cargo del distribuidor los riesgos de su empresa mercantil y de la comercialización y la reventa, **en la que actuará en nombre propio y por cuenta propia.** Las partes declaran y reconocen que por virtud del presente contrato no se otorga al distribuidor la representación de BELLSOUTH. **De igual manera no se contrata al distribuidor, ni podrá este, por virtud del contrato, actuar expresa o tácitamente, como mandatario, representante, comisionista, agente, factor o corredor de BELLSOUTH, estándole prohibidos actos que supongan esa relación.**

### **1.2. Las cuestiones de la esencia en el contrato de agencia mercantil según la doctrina y la jurisprudencia.**

Frente a las cláusulas cuyo texto, según lo aprecia el Tribunal, no debería dar lugar a interpretación distinta que a la contemplada en el artículo 1618 del Código Civil, según la cual, si:

“Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras”<sup>1</sup>

Sin embargo, para la parte convocante, tales textos, tienen un alcance mayor, al considerar que la **distribución** a términos de la parte final del artículo 1317 del Código de Comercio, imponen calificar la relación jurídica que existió entre las partes en el proceso arbitral, como agencia comercial, según lo indicado en el 3.3.1., transcrito.

Por tanto, para el Tribunal siguiendo lo ordenado por el artículo 1501 del Código Civil, habrá de determinarse si es de la esencia del contrato de agencia mercantil el “actuar en nombre o por cuenta del empresario”, para lo cual atenderá lo previsto en el artículo 230 de la Constitución, y acogerá, sobre el particular, lo ya dicho por la doctrina y jurisprudencia, según la importante reseña que nos presenta el Doctor Armando Bonivento Jiménez en su obra Contratos Mercantiles de Intermediación, al considerar:

#### “3.4. LA ACTUACIÓN POR CUENTA DE OTRO

La exigencia de este elemento no aparece expresamente en la definición propuesta por el artículo 1317 que venimos comentando, al contrario de lo que ocurría con el proyecto de Código de Comercio de 1958, que a la letra decía: “Por el contrato de agencia una persona asume en forma independiente y de manera establece el encargo de promover o explotar, *por cuenta de otro*, negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada (art. 1227; el subrayado es mío)”.

Independientemente, por ahora, de la controversia sobre si es o no elemento esencial de la agencia, la actuación por cuenta de otro, como concepto jurídico involucrado en la noción misma de mandato, hace referencia, como aspecto primordial, a una consideración según la cual los efectos de los actos y negocios realizados por el intermediario (encargado), así no sea representante, se trasladan, o se deben trasladar, a la órbita patrimonial del dueño del negocio, de manera que es éste quien está llamado a asumir los riesgos (pérdida de la mercancía o cartera morosa, por ejemplo) y de las ventajas (aumento de precios de venta al público, por ejemplo) de las operaciones efectuadas por aquél. Adelantando, en algo, lo que será objeto de desarrollo posterior, habría que decir que, dentro de este contexto, la agencia comercial – si se sostuviese la tesis de que estamos ante un elemento esencial- excluiría la posibilidad de promoción o explotación de negocios por cuenta propia, así medien labores de fabricación y distribución de productos inicialmente radicados en cabeza del agenciado.

**Lo que ocurre –no sobra insistir- es que las consecuencias de asumir una u otra posición, vale decir, o exigir la actuación por cuenta de cómo un elemento esencial de la agencia comercial, tienen hondo calado, particularmente cuando se trate de examinar la aplicación de régimen legal de esta modalidad contractual a figuras que involucran fenómenos de distribución de bienes en interés de otro, pero que asumen, en la doctrina universal e incluso en la ley, denominaciones específicas diferentes, como el suministro con distribución, la concesión, la franquicia, etc.** El punto central de la controversia, pues, es el que tiene que

---

<sup>1</sup> Según Luis Claro Solar, en Explicaciones del Derecho Civil Chileno y Comparado, Vol.6, Pag. 17 ED. Jurídica de Chile, 1979: “ Debe admitirse, por regla general, que las palabras de que los contratantes se han servido, expresan con exactitud su pensamiento; y por consiguiente, cuando el sentido de estas palabras es evidente y razonable, no hay ningún elemento de prueba que pueda hacer conocer con mayor seguridad la voluntad de las partes”.

ver con el carácter esencial o no de que la actuación del intermediario – potencial agente- sea realizada por cuenta del interesado –potencial agenciado-. En su expresión mas elemental: de lo que se trata es de saber si puede haber agencia comercial cuando un comerciante asume, en forma independiente, el encargo de promover o explotar negocios de un empresario, como agente o representante, o como fabricante o distribuidor de sus productos, aunque no se actúe, desde el punto de vista jurídico, por cuenta de ese empresario, o si por el contrario, la tipificación legal de la agencia exige, además de la existencia del encargo, la independencia y la estabilidad, que la gestión del comerciante intermediario sea realizada por cuenta del pluricitado empresario. ¿Cuáles son las posiciones que se defienden en torno a tan fundamental tópico?

### 3.4.1. Posiciones en la doctrina

En esta materia, eminentemente controvertible, la doctrina se mueve entre vertientes que defienden tesis totalmente contrapuestas, con argumentos, las más de las veces, de gran contenido y profundidad. De una parte, se sostiene por un sector –mayoritario, quizá-, que la actuación del comerciante *por cuenta* del empresario es elemento esencial de la agencia comercial y que, por ende, su ausencia impide la configuración de dicha modalidad contractual. De la otra, se afirma por otro sector que la actuación *por cuenta de*, no es elemento esencial del contrato de agencia, de esta manera que el mismo puede existir, produciendo plenos efectos, con la sola concurrencia de los otros presupuestos ya suficientemente identificados.

Dentro de la misma tesis, el raciocinio mas o menos explicito en que se soporta está directamente relacionado con una consideración sólida: el legislador mercantil colombiano, a diferencia de lo que ocurre en otros ordenamientos foráneos, consagró la agencia comercial como una modalidad particular del contrato de mandato, y éste no puede concebirse sino a través de la existencia de un encargo que acepta una persona para realizar negocios jurídicos *por cuenta de otra* (artículo 1262 del Código de Comercio). En la segunda corriente, la argumentación se basa en un análisis literal –y autónomo- de la definición específica que de agencia trae el artículo 1317, antes nombrado, en el cual no se menciona expresamente el elemento controvertido –actuación *por cuenta de*- y se advierte, al contrario, la posibilidad de concebir la actuación del ‘agente’ en dos planos diferentes: como fabricante o distribuidor de los productos de dicho empresario, sin que sea menester, bajo esta óptica, que la actividad se despliegue por cuenta de quien hace el encargo.

Sin el ánimo de extendernos demasiado en el análisis pormenorizando de las tesis expuestas, vale la pena destacar apartes de las afirmaciones que se hacen alrededor de la cuestión, porque ilustran, al rompe, la dimensión de la controversia.

Por ejemplo, en la línea de la primera posición reseñada, se advierte:

**“En cuanto a la distribución, actividad que se encuentra incluida dentro del término promoción o explotación de negocios, podrá ser objeto del contrato de agencia cuando se efectúa por cuenta de otra parte. La anterior circunstancia permite distinguir el contrato de agencia del llamado contrato de concesión o distribución”<sup>2</sup>**

---

<sup>2</sup> GOMEZ MEJÍA, Jaime Alberto. *Contratos Mercantiles*. Ediciones Anaké, Bogotá, 1980, Pág. 194.

**“...Cuando un comerciante adquiere directa y periódicamente mercancías de otro para venderlas, no se está ante un contrato de agencia comercial, a pesar de que ese comerciante promueva o distribuya la mercancía adquirida, ya que el elemento ‘por cuenta de otro’ ha desaparecido”<sup>3</sup>**

Con relación a la segunda posición, también se esgrimen argumentos con ahínco. En alusión directa a las tesis anteriores, se dice:

**“Nada mas erróneo. El objeto del contrato de agencia no es la actuación del agente por cuenta del agenciado. Si se lee atentamente el artículo 1317 del C. de Co., con ánimo desprevenido y no imbuido por tratadistas foráneos, se podrá apreciar que el objeto del contrato, es decir el fin o motivo del mismo, es que el comerciante independiente, cumpla con el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional. Pero que haya un encargo no significa ni puede entenderse como que el encargado tenga que obrar por cuenta o a nombre del encargante; y tan es así, que la disposición citada, en su segunda parte dice cómo debe cumplirse ese encargo: ‘*Como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo*’ (subrayo). Entonces, por las voces mismas del legislador se puede comprender que el encargo **puede** ser para actuar como representante o también como distribuidor y/o como fabricante sin que **tenga** entonces que ser como tal”.**

“La conjunción ‘o’ que usa el legislador es disyuntiva, nunca copulativa, y como tal denota separación, diferencia o alternativa. Por esto también está errado el segundo autor citado. El profesor RAMIRO RENGIFO, cuando pretende distinguir entre la distribución por agente y la distribución en nombre propio, para sostener que sólo la primera puede ser objeto del contrato de agencia pretendiendo con ello demostrar que la agencia requiere, como elemento de su esencia, el que se actúe como representante del productor, con lo cual incurre en el sofisma conocido como **ex rebus** que consiste en atribuir a la distribución por agente de una calidad que no es propia de su esencia como es la de actuar el distribuidor por cuenta del productor<sup>4</sup>

En verdad, la falta de claridad se refleja, incluso, en el análisis conceptual que hace el profesor PEREZ VIVES cuando, hablando de las diferencias entre el mandato mercantil común y la agencia comercial, reconoce explícitamente el carácter de ésta como modalidad específica de aquél, y se sostiene que el agente desarrolla una actividad por cuenta ajena, pero, líneas después, afirma que mientras que el mandatario actúa por cuenta y riesgo del mandante, el agente lo hace por cuenta y riesgo propios, aunque en beneficio del empresario.

Así condensa su pensamiento:

**“Los elementos característicos de la **agencia comercial** son: -1º. Constituye una forma de intermediación. -2º. El agente tiene su propia empresa y la dirige con INDEPENDENCIA. -3º. La actividad del agente se encamina a **promover o explotar negocios en determinado territorio**, esto es, a CONQUISTAR, AMPLIAR O RECONQUISTAR UN MERCADO en beneficio del principal. -4º. Por esencia esa actividad requiere de una ESTABILIDAD”.**

---

<sup>3</sup> CARDOZO LUNA, Hernando. *La Agencia Comercial en el Derecho Mercantil Colombiano*. Bogotá, S.E., S.F., pág 9.”

<sup>4</sup> Concepto de GUSTAVO DE GREIFF, publicado en DERECHO COLOMBIANO, Tomo 48, 1983.”

“Por ello se ha dicho que el **agente comercial** desarrolla una actividad por cuenta ajena pero mediante el ejercicio de una empresa propia existente de por sí, que por lo general se hace manifiesta por medio de la apertura de oficinas u otros locales para las comunicaciones necesarias con la casa para la cual obra y con la clientela respectiva”.

“De allí, que en el ‘Tratado del Derecho Comercial’ de BOLLAFFIO, ROCCO Y VIVANTE (T.II, V. II) el profesor RAMELLA haya definido al agente como aquella persona que ‘ejerciendo profesionalmente y de modo independiente la propia industria, asume el encargo permanente de una o varias casas mercantiles de tratar a concluir negocios de comercio en nombre y por cuenta de ellas’ ”.

“Las anteriores características de la **agencia comercial** se hallan en la ley alemana de agosto 6 de 1953 (art. 84), en el Código Japonés de 1951 (art.46 y ss.) y en la ley suiza de febrero 4 de 1949 (art. 418)”.

“Además, con base en ellas los Códigos Civil italiano (art. 1742) y de Comercio Colombiano (art. 1317), han celebrado la definición de esta figura jurídica”.

“La tendencia a considerar la **agencia comercial** como una forma de mandato, es notoria en Francia y en los Estados Unidos”.

“No obstante, las diferencias entre una y otra figura son evidentes. En primer lugar y aunque tanto el mandatario como el agente reciban un encargo, el objeto de éste es diferente y el alcance de la **intermediación** diverso en uno y otro caso. En la agencia comercial, la promoción y explotación de negocios que desarrolla el agente tienen por fin conquistar, ampliar o reconquistar para el principal un mercado, meta que no persigue el mandatario, aun en el caso de que se le hubieran confiado varios negocios de un mismo mandante, pues ejecutados éstos, el lazo entre el mandante y mandatario y entre éste y su ocasional cliente se extingue. En tanto que el agente busca crear una clientela para las cosas o servicios que distribuye, coloca o promueve por encargo del principal o empresario; de allí la **estabilidad** de esta forma de intermediación, en contraste con la transitoria actividad del mandatario. Y el hecho de que terminado el contrato de agencia, subsistan las relaciones entre el principal y la clientela formada por el agente, en beneficio de aquel”.

“Además el mandatario obra POR CUENTA Y RIESGO del mandante (arts. 2142 y 2184, C. Civil; arts 1262 y 1287, C. de Co. Vigente), en tanto que el agente lo hace POR SU CUENTA Y RIESGO (Art. 1323, C. de Co. Vigente), si bien en beneficio principal o empresario”<sup>5</sup>.

“En síntesis, pues, conforme a lo expuesto, en medio de lo eminentemente controvertible del tema, la doctrina nacional refleja la existencia de posiciones antagónicas e irreconciliables, que constituyen, en sí mismas, un elemento de juicio sobre la ponderación que exige el tratamiento de la cuestión”.

### **3.4.2. Tratamiento jurisprudencial**

También en medio de la controversia, resulta importante destacar que el desarrollo del tema en la jurisprudencia patria, dentro del contexto propio de los casos

---

<sup>5</sup> Concepto de PEREZ VIVES, Álvaro, publicado en DERECHO COLOMBIANO, tomo 28, 1973.

particulares que en su momento se analizaban, se orienta, sin duda alguna, en el sentido de excluir la posibilidad de agencia comercial cuando quiera que se esté ante la actuación de un comerciante que distribuye bienes propios –que actúa por cuenta propia-, adquiridos del empresario que se los suministra.

Con todo, aceptando la vigencia de una línea de pensamiento con rasgos comunes, es preciso poner de precedente que se notan ciertos matices diferentes en el planteamiento y tratamiento de la cuestión en los fallos de casación conocidos sobre el tema, circunscritos, básicamente, a dos sentencias del 2 de diciembre de 1980, y a la más reciente providencia del 31 de octubre de 1995, todas emanadas de la Corte Suprema de Justicia.

En rigor, el énfasis de la primera jurisprudencia en comento (los dos fallos del 2 de diciembre de 1980) se monta sobre el examen de la incidencia del dominio o propiedad de los bienes objeto de distribución respecto de la tipificación legal de la agencia mercantil, para concluir –repetimos- que no puede ésta existir cuando el intermediario distribuye productos propios, lo que, entendemos, de alguna manera tiene sustento en la calificación de la agencia como modalidad del mandato, o en cualquier caso, bajo la consideración de la necesidad, para su estructuración jurídica, de la actuación del encargado *por cuenta* del encargante. Son varios los pasajes, en las sentencias prenombradas, que reflejan este aserto y que evidencian el sustrato del análisis del Alto Tribunal:

*“En el caso de que el agente comercial tuviera, en forma independiente y estable, el encargo de promover, como distribuidor del ramo de pinturas, la enajenación de los productos de determinada fábrica en el territorio previamente demarcado, entonces su actividad se concentraría en conquistar nuevamente clientela para la firma cuyos productos se ha encargado de distribuir, o en reconquistar la vieja clientela, o en conservar la actual o en aumentarla; pero resultaría claro que las pérdidas que pudieran arrojar las ventas de los productos agenciados correrían por cuenta del fabricante o empresario y no las cargaría el agente, desde luego que por el contrato de agencia, como se deduce de lo dispuesto por la reglamentación legal colombiana, el agente asume el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo, ya como representante o agente de un empresario nacional o extranjero, ya como fabricante o distribuidor ‘de uno o varios productos del mismo’. Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona no ejecuta actividad de agente comercial, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios”*

*“La diferencia es bien clara: al distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como cualquiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que el dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que el agente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después de que sean suyos, lo beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicarían una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, entonces, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios”.*

Significa lo anterior, recapitulando, que la tesis jurisprudencial expuesta, aun dentro de su particular enfoque, se acompasa con la concepción rigurosa de la agencia comercial como una modalidad de mandato mercantil, que exige para su

configuración, por lo tanto, además de los elementos esenciales indiscutibles varias veces enunciados, la presencia de una actuación del comerciante –presunto agente- *por cuenta* del empresario- presunto agenciado- en la labor de fabricación o distribución de los productos de éste.

En forma mas explicita, aunque con otras connotaciones que destacaremos cuando abordemos el tema de la relación de la agencia comercial con otras figuras afines o similares, la Corte, en sentencia del 31 de octubre de 1995, aludió directamente a la actuación *por cuenta de* como elemento tipificador de la entidad contractual en cuestión:

*“Pero también, ese mismo comerciante, en desarrollo de su actividad mercantil, puede recibir, mediante el contrato de agencia, el encargo específico de ‘promover o explotar negocios’ del empresario ‘en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional’ (artículo 1317 C. Co.), lo que, como atrás quedó expuesto, representa para aquel comerciante-agente la obligación de actuar **por cuenta del empresario** en forma permanente e independiente, en las actividades de adelantar por iniciativa propia, y obtener en la zona...”*

Y en el mismo ámbito jurisprudencial, pero con génesis en el campo de la justicia arbitral –en la cual, hay que decirlo, el tema de los “contratos de distribución” está teniendo mucho mas desarrollo-, puede decirse que es clara la tendencia a afianzar la posición de considerar la agencia comercial como una modalidad o especie de mandato mercantil, y en consonancia con ello, a entender que la *actuación por cuenta de* sí es un elemento esencial para la tipificación de aquella entidad negocial.

Así, por ejemplo, en el laudo proferido con fecha 19 de febrero de 1997 dentro del proceso arbitral de Daniel J. Fernandez & Cia. Ltda. Contra Fiberglass Colombia S.A. –Tribunal integrado por los doctores ERNESTO GAMBOA MORALES, MARÍA CLARA MICHELSEN SOTO Y CARLOS ENRIQUE MARÍN VÉLEZ-, se afirmó sobre el particular:

*“Como la agencia es un a forma de mandato esto significa la actuación por cuenta de otro. Aunque no debemos soslayar algunas tesis que sostienen que el elemento **la actuación por cuenta de** no es de la esencia del contrato de agencia, somos de la opinión de que esta modalidad contractual exige la actuación del agente por cuenta del agenciado...”* (la subraya es del texto).

Sobre el mismo punto, varios pasajes del laudo proferido en el tramite arbitradle Prebel S.A. contra L’Oreal, calendado el 23 de mayo de 1997 –Tribunal integrado por los doctores HERNANDO TAPIAS ROCHA, WILLIAM SALAZAR LUJÁN Y FRANCISCO ZULETA HOLGUÍN-, recogen con reiteración el planteamiento formulado:

*“El contrato de agencia se encuentra regulada (sic) en el Capítulo Quinto, penúltimo del Título XIII del Libro Cuarto del Código de Comercio, relativo al mandato comercial. Los demás capítulos de este Título se refieren, el primero, a generalidades del contrato; el segundo a los derechos y obligaciones del mandatario y del mandante, el tercero a la extinción del mandato; el cuarto, dividido en varias secciones, a la comisión y el quinto (sic) y último de este título, a la preposición”.*

*“No dice el Código de Comercio que sea la agencia comercial una variedad o especie del contrato de mandato, como ocurre por el contrario con la comisión y la preposición –en medio de las cuales se ubica- entendida la comisión como una especie de mandato por el cual se encomienda a una persona que se dedica profesionalmente a ello, la ejecución de uno o varios negocios, en nombre propio pero con cuenta ajena, y descrita la preposición como una forma de mandato cuyo objeto es la administración de un establecimiento de comercio o de una parte o ramo de la actividad del mismo. Sin embargo, la sola inclusión de las reglas propias de la agencia mercantil dentro del título del mandato, entre estas dos típicas expresiones del mandato comercial, muestra también cómo, desde el punto de vista de la ley, es la agencia en primer lugar una variedad del contrato de mandato comercial”.*

(...)

*“Se reitera de este modo que así no lo haya dicho expresamente el Código de Comercio para la agencia comercial, resulta ser esta figura de la intermediación comercial una variedad del contrato del mandato”.*

(...)

*“De esta manera, cuando el artículo 1317 del Código de Comercio precisa lo que ha de entenderse por agencia comercial, no queda en duda en cuanto a que esta modalidad del contrato de mandato se caracteriza por ser un encargo que un comerciante confiere a otro, quien por la aceptación asume la obligación correspondiente, esto es, la de promover o explotar por cuenta de aquél algunos o todos los negocios del primero”.*

(...)

*“Prácticamente todas las normas del mandato comercial muestran aplicaciones del principio conforme al cual todo mandatario obra por cuenta y en interés del mandante, pero en la reglamentación de la agencia comercial resulta explícito el elemento por cuenta, como explicación de las siguientes normas correlativas a las que antes se transcribieran del proyecto de 1958, o sean en su orden los artículos 1317, 1318, 1319, 1320 del Código de Comercio, pero destaca sobre los demás el texto del artículo 1321...”*

(...)

*“De lo dicho se infiere que no puede ser considerado como mandatario y mucho menos como agente comercial quien no asuma la obligación de hacer algo para otro, sino para sí mismo, esto es, quien obra por cuenta propia, o sea tomando para sí los riesgos de las operaciones que ejecute”.*

En la misma línea, en el laudo arbitral de marzo 31 de 1998, dictado en la controversia planteada por Supercar Ltda contra la Sociedad de Fabricación de Automotores Sofasa S.A. –Tribunal integrado por los doctores CARLOS HOLGUIN HOLGUIN, BEATRIZ LEYVA DE CHEER y CARLOS ENRIQUE MARIN VELEZ, quien salvó el voto-, se lee sobre el particular:

*“Lo que ocurre es que hay elementos de la agencia que son comunes con otros contratos, como la independencia y autonomía del agente, propia también del contrato de concesión y la promoción de la clientela, que es propia además de los contratos de suministro, de concesión, etc. Pero la*

*existencia de rasgos comunes entre algunas o varias figuras de comercialización no excluye que cada una de ellas tenga su propia identidad y que sólo cuando se cumplan todos sus elementos esenciales puede configurarse el contrato de que se trate. Por ello el Tribunal estima que dentro de los elementos esenciales de la agencia se encuentra que el agente actúe como mandatario del empresario, que éste es el sentido de la definición dada en el art., 1317 del C. de Co., y que ello implica no asumir los riesgos de las operaciones que tienen que operar en favor o en contra del mandante”.*

*“Aunque el tema ha sido objeto de controversia, como se vio atrás, para el Tribunal no cabe duda de que el contrato de agencia implica un mandato. En otras palabras se trata de una especie de mandato”.*

### **3.4.3. Nuestra Opinión**

Aunque no podemos desconocer, obviamente, la seriedad de los planteamientos que sustentan la tesis según la cual el elemento de actuación ‘por cuenta de’ no es de la esencia del contrato de agencia mercantil, pensamos que la conclusión acertada es la contraria: la tipificación legal de la agencia comercial, entre nosotros, exige la actuación del agente *por cuenta* del agenciado.

Sin entrar en consideraciones de conveniencia sobre cuál debería ser la regulación legal sobre la materia, estrechamente ligadas, por lo demás, a la equilibrada aplicación de fundamentales principios de justicia y equidad, tema intrínsecamente complejo en nuestro sentir, lo cierto es que encontramos una realidad jurídica irrefutable, y suficiente –pensamos- para encuadrar cabalmente la discusión: el Código de Comercio tipificó la agencia comercial como una modalidad –al lado de la comisión y la preposición- del contrato de mandato mercantil, a la luz del cual, con presencia de los elementos propios de la modalidad específica en cuestión (encargo de promover o explotar, independencia y estabilidad), es imprescindible la actuación del intermediario –agente en este caso- por cuenta de quien realiza el encargo –agenciado en nuestra hipótesis-, de modo que se debe concluir que estamos ante un elemento que sí es de la esencia de la forma contractual *sub-examine*. Por fuera de esa consideración, la relación contractual vinculada a actividades de intermediación en el campo de la fabricación y distribución de bienes de un empresario, no podrá calificarse con el rótulo de la agencia comercial y deberá analizarse, bien como otra forma contractual típica (suministro con distribución, por ejemplo), o como una modalidad contractual atípica, no por ello desprovista, así sea contenido diferente, de reconocimiento legal.

Nótese, eso sí, que se exige que el agente actúe *por cuenta de otro* y no *en nombre de otro*. La primera formulación, como es bien sabido, hace referencia a un fenómeno general de intermediación; la segunda, implica un fenómeno específico de representación que no es, como veremos, de la esencia del contrato de agencia. El agente, en síntesis, *tiene* que obrar por cuenta del agenciado, pero puede o no hacerlo en su nombre. Puede o no ser su representante.

Y actuar *por cuenta de otro*, en la estructura legal del contrato de mandato –civil y comercial, y en la agencia como especie de éste- exige, inexorablemente para nosotros, que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se trasladen o se deban trasladar a aquel por cuya cuenta se actúa (mandante o agenciado). Así lo ponen de presente, repetidamente, diferentes textos legales como los contenidos en los artículos 2173, 2178, 2181, 2182, y 2183 del Código Civil, y 1265 y 1268 del Código de Comercio; así lo tiene averiguado, de tiempo atrás, la jurisprudencia de la Corte Suprema de

Justicia<sup>6</sup>; así lo entiende, en forma que nos aparece generalizada, la doctrina nacional<sup>7</sup>.

También conviene anotar, que así como es palpable la diferencia entre la actuación *en nombre de* y la que es *por cuenta de*, parece igualmente clara la distinción –en el sentido jurídico que les propio en la orbita del mandato- que debe hacerse entre el alcance y significado de estos conceptos y la actuación *en interés de*, como que bien puede ocurrir que en una relación jurídica la actividad desplegada por un sujeto sea, de cualquier manera, de *interés* de otra, sin que se esté obrando *por cuenta* ni *en nombre* de esa otra. Es que, en el contexto que nos interesa, no resulta extraño que cualquiera que sea la modalidad utilizada de comercialización o distribución a través de terceros –calidad predicable tanto del agente como del mero distribuidor-, el fabricante o productor conserve, en diferente grado si se quiere, legítimo interés en todo lo que se relaciona con el objetivo último de su actividad: la colocación del producto en el consumidor final. Al productor o fabricante tienen porque interesarle aspectos como el precio de venta al público en general, el comportamiento del mercado en el que se desarrolla la intermediación los mecanismos de publicidad y mercadeo utilizados en la labor de conquista de la clientela, la conservación del prestigio de la marca que se explota, etc., y nada de eso significa por sí mismo, desde el punto de vista del perfil jurídico de la relación, que cuando se presente injerencia en ese sentido, el intermediario esté obrando *por cuenta*, ni *en nombre*, del empresario fabricante o productor.

Entonces, una cosa es obrar *en nombre* de otro; distinto es hacerlo *por cuenta* de otro; y, finalmente, también diferente es actuar *en interés* de otro. Lo primero, propio de la verdadera representación, puede o no darse en el contrato de mandato y en la agencia entre sus especies y supone que los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados por el intermediario (mandatario o agente) se radican directamente en cabeza del interesado (mandante o agenciado) como si éste los hubiese realizado; lo segundo, elemento esencial del mandatario y de la agencia como especie suya, exige que, al final, es la orbita patrimonial del interesado (mandante o agenciado), y no la del intermediario (mandatario o agente), en la que se radican o deben radicarse los efectos jurídicos y económicos de los actos realizados, y lo tercero, que no es elemento tipificante o individualizador del mandato, incluidas sus especies, simplemente permite advertir que un sujeto puede tener interés en los actos realizados por otro, aunque ese otro no actúe ni por cuenta, ni en nombre de aquel que, por distintas razones, conserva ese interés en el desarrollo de la actividad de éste, lo que bien puede justificar su intervención, en algún grado, en la gestión desplegada por el intermediario.

Esta concepción de agencia, recogida por nuestro ordenamiento mercantil, se separa de la consignada en la ley italiana. En efecto, el artículo 1742 del C.C. foráneo dice que “*Por el contrato de agencia una parte asume de manera estable el encargo de promover, por cuenta de la otra mediante retribución, la conclusión de contratos en una zona determinada*”. Como puede verse, a pesar de tener algunos elementos comunes con la noción de nuestro artículo 1317, la estabilidad y la actuación por cuenta de otro, por ejemplo, tiene un alcance mucho más concreto desde el punto de vista del objeto del encargo. El agente, en el marco de la ley italiana, no tiene facultad para concluir negocios por cuenta del agenciado, a menos que se le autorice expresamente, ni para distribuir productos de aquél, sólo puede promoverlos. Es la regla general sobre la cual se edifica la reglamentación del contrato. Esta consideración deberá tenerse en cuenta, pues jugará papel

<sup>6</sup> En este sentido pueden consultarse sentencias de junio 17 de 1937, febrero 16 de 1938, agosto 18 de 1958 y marzo 3 de 1978.

<sup>7</sup> Con distintas palabras, hay plena coincidencia de fondo en los estudios de VALENCIA ZEA, ARTURO; GOMEZ ESTRADA, CESAR; ESCOBAR SANIN, GABRIEL; SUESCUN MELO, JORGE; ARRUBLA PAUCAR, JAIME ALBERTO; RENGIFO, RAMIRO; GOMEZ MEJIA, JAIME ALBERTO; CARDENAS, JUAN PABLO; y BONIVENTO FERNANDEZ, JOSE ALEJANDRO.

importante, en nuestro parecer, cuando miremos lo concerniente a la relación agencia comercial – contrato de suministro.

La cuestión, pues, no radica ni se agota, en sí misma, en la determinación de si el comerciante intermedia con productos propios o ajenos –formalmente hablando-, sino en la ineludible consideración de precisar si en su gestión de promoción, explotación o distribución, tal comerciante actúa por cuenta del empresario –en el sentido jurídico de la expresión- o por su propia cuenta. **Y sin perjuicio de la respetabilidad de la tesis doctrinaria contraria, creemos que la primera hipótesis se constituye en elemento esencial de la agencia comercial, de modo que, tenida como modalidad específica de mandato – en nuestro sentir, así lo impone el ordenamiento legal-, o examinada como contrato autónomo –parecería ser la inclinación de la jurisprudencia de la Corte del 31 de octubre de 1995, recién citada-, la agencia mercantil se configurará sólo si la labor de promoción o explotación del comerciante, en forma estable e independiente, se realiza *por cuenta del empresario de quien se recibe el encargo correspondiente*”<sup>8</sup>. (negrillas no son del texto)**

Para el Tribunal, la anterior reseña representa afortunada expresión de la interpretación que la doctrina y jurisprudencia nacionales han dado al contenido y alcance del artículo 1317 del Código de Comercio, ya que en diversos pronunciamientos particulares y decisiones judiciales como los citados, se han concretado y precisado los desarrollos económicos que instrumentan el contrato de agencia mercantil, los alcances de la relación entre las partes, sus obligaciones y la manera como se asumen para su desempeño, y, lo fundamental, los elementos característicos de este contrato, que lo distinguen de otros de intermediación que, igualmente, cumplen función fundamental en la permanente actividad de los empresarios para colocar bienes y servicios en el mercado, a fin de satisfacer necesidades de los consumidores.

En consecuencia, cuando la norma en materia de análisis incluye la “**distribución**”, **no puede tomarse el ejercicio de esta en su normal desarrollo como agencia**, pues si el empresario al agente le encarga distribuir sus productos, y asume el compromiso contractual por cuenta de aquel, y tiene el encargo de vender, sin adquirir el producto, no efectúa inversión alguna, y su retribución será la pactada, no la utilidad que proviene de la diferencia entre el precio de compra y el de venta, se trata aquí de distribución en los términos de la precitada disposición.

Considera el Tribunal, que cuando la disposición en cita se inicia afirmando que: “Por medio del contrato de agencia (...) como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como **fabricante o distribuidor**”, esta última sin lugar a duda, adquiere el significado de agencia, cuando se desempeña con los demás elementos propios de esta; pues debe aceptarse que, no hay agencia por aproximación, se requiere actuar con sus propios elementos, para ser calificada como tal.

El tratadista argentino, Osvaldo J. Marzorati, deslinda de manera exacta el rol que desarrollan el agente y el distribuidor al afirmar:

*“Ambos, distribuidor y agente, venden mercadería ajena. Pero el agente lo hace por cuenta y orden del principal: la relación jurídica en la cual se apoya su vínculo con el fabricante es el mandato. En cambio, el distribuidor vende a nombre propio y por su cuenta, facturando al*

<sup>8</sup> Bonivento Jiménez José Armando, Contratos Mercantiles de Intermediación, II. Edición Ed. Libería del Profesional año 1999. Pag. 140-152.

***cliente y lucrando con la diferencia. Habitualmente no fija el precio del producto, derecho que se reserva el fabricante, salvo los pequeños fabricantes, a quienes el distribuidor les fija o conviene el precio de compra y todo lo que éste pueda vender en exceso de ese precio base constituye el margen o ganancia del distribuidor.***

***El agente y el distribuidor son formalmente independientes. El primero es un representante del fabricante, o incluso del propio distribuidor. Este último, en cambio, compra y vende en forma repetida y masiva del fabricante, pero a nombre y por cuenta propia. Es el hecho de que el distribuidor actúa en nombre propio lo que permite distinguirlo del agente de comercio. El distribuidor, que actúa en nombre e interés propios, compra al productor y vende a otros comerciantes o directamente al consumidor las mercaderías adquiridas.***

*La distinta perspectiva del distribuidor, que consiste en la consecución de móviles propios al comprar y vender por su cuenta, a diferencia del agente, ha sido destacada por la doctrina europea para negarle en muchos casos el derecho a una indemnización en caso de rescisión sin causa o anticipada prevista contractualmente.*

*En efecto, la mayor independencia del distribuidor ha determinado que en múltiples instancias, tanto en Italia como en Alemania, Holanda Suiza o Francia, se le denegara el derecho a una compensación, aunque con ciertas excepciones que la jurisprudencia ha considerado”<sup>9</sup>.*

Por tanto, debe el Tribunal avanzar hacia el comportamiento de las partes en el registro numérico de sus relaciones contractuales, para arribar a conclusión sobre el particular.

### **1.3. Eficacia probatoria de los libros y papeles del comerciante.**

La materia esta regulada por los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil. El valor probatorio reconocido a los libros de contabilidad se fundamenta en que estos, como lo enseña el maestro Vivante le “suministran al comerciante una noticia exacta de su gestión; le proporciona una prueba de sus derechos en las controversias con los otros comerciantes, a la vez que una prueba para sus acreedores, de lo que contienen en contra propia; ofrecen las noticias necesarias para determinar su responsabilidad penal en el caso de quiebra, facilitar las liquidaciones, las participaciones, la rendición de cuentas entre socios y herederos, determinar la verdadera fecha de los contratos y descubrir los fraudes que el comerciante quiere hacer a sus acreedores, disimulando una parte del activo o pagando a un acreedor con perjuicio de los demás. El llevar libros fue primero una costumbre de todo comerciante ordenado y luego se hizo obligatorio y fue reglamentado por la ley, en el interés general del comercio.<sup>10</sup>

De esta manera el maestro de maestros compendia el por qué el alcance probatorio de los libros de contabilidad, pues, ciertamente, constituye la prueba documental que arroja o facilita un mayor alcance en la materia, al abarcar tan diversos aspectos con los cuales tiene relación el comerciante, y que al tener expresión monetaria, esta se encuentra como memoria en los libros de contabilidad.

<sup>9</sup> Osvaldo J. Marzorati, Sistemas de Distribución Comercial Ed. Astrea 1992, Pag. 70.

<sup>10</sup> Vivante César Instituciones de Derecho Comercial, TR Ruggero Mazzi, Ed. Hispania, Madrid, 1982, P 54.

Así, pues, en los Códigos de Comercio y de Procedimiento Civil, se establece como principio que los libros de comercio constituyen plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre si, principio que se restringe, no es absoluto, al condicionarse a que en aquellos se cumplan determinados y precisos requisitos, a saber:

1. Que estén llevados en legal forma, vale decir, que cumplan con los requisitos formales – inscripción en el registro mercantil – y con los de fondo, registro cronológico de las operaciones con base en comprobantes debidamente elaborados y soportados, de tal manera que sean, como lo exige el artículo 48 del Código de Comercio, la “historia clara, completa y fidedigna de los asientos individuales y el estado general de los negocios” y, así mismo, “facilite el conocimiento y prueba” de la historia de las operaciones realizadas. Es obvio que se establezca este presupuesto, porque una contabilidad llevada en libros sin inscribir, carecen de fecha cierta, a fin de comprobar si las operaciones se asentaron oportunamente, o en donde existan tachaduras, borrones o interlineaciones, pues no ofrecen certeza sobre la realidad de las operaciones asentadas, ni sobre los comprobantes y documentos de soporte.

2. Deben carecer de alteración en los asientos, de intercalaciones en su texto, de raspaduras, borrones, mutilaciones, etc., porque si se incurre en ellas, se sanciona al desconocer su valor probatorio a favor del comerciante. Por ello, se facilita la corrección de errores en los cuales se pueda incurrir al asentar las operaciones, mediante “un nuevo asiento en la fecha en que se advierte”.

3. Debe existir identidad entre el asiento y los comprobantes, como lo exige la norma contable – Art. 124 del D: 2649 de 1991- a menos que, como lo señala el artículo 59 del Código de Comercio, carezcan de eficacia probatoria en favor del comerciante obligado a llevarlos. Esta correspondencia entre asientos y documentos que los respaldan es, sin lugar a dudas, entre los muchos, uno de los más destacados aciertos de la regulación vigente; porque, ciertamente, el asiento no puede ser considerado aislado, como expresión monetaria se impone el integrarlo con el comprobante que le sirve de soporte, pues en este radica la esencia del alcance probatorio. Por ello se exige que se elabore antes de efectuarse el registro, y se advierte que – Art. 51 del C. Co- “harán parte integrante de la contabilidad todos los comprobantes que sirvan de respaldo a las partidas asentadas en los libros, así como la correspondencia directamente relacionada con los negocios”.

Se impone, por tanto, que al examinar la contabilidad, no se limite el examen únicamente a los asientos, debe abarcar los comprobantes y la correspondencia, a fin de verificar la correlación que se exige.

Esta prueba documental adquiere especial relevancia en los conflictos, bien entre comerciantes, o entre estos y quienes carecen de tal calidad, razón por la cual, el ordenamiento jurídico le asigna especial tratamiento.

**En efecto, se establece, en primer lugar, como regla general, que en los asuntos que los comerciantes debatan entre si, bien en asuntos civiles o mercantiles, los libros y papeles constituyen plena prueba, siempre que estén llevados en legal forma.** Es apenas racional esta formulación, porque los libros constituyen prueba de los derechos del comerciante, pero, a su vez, prueba a favor de sus acreedores, pues al existir concordancia entre el registro contable y los documentos de soporte, el cual debe ser elaborado de conformidad con la realidad económica de la operación que la origina, es lógico que el valor probatorio que se le

asigna sea de doble vía: en favor y en contra. De ahí, que el contenido del artículo 271 de C de P.C, disponga el valor que se le asigna, pues, “al comerciante no se le admitirá prueba que tienda a desvirtuar lo que resultare en sus libros”; con lo cual se reviste a la contabilidad de seriedad y de certeza, indispensable como prueba documental, para adquirir el reflejo exacto de las operaciones realizadas.

En segundo lugar, en controversias mercantiles con personas carentes de la calidad de comerciantes, el alcance probatorio se atenúa, reduciéndose a un principio de prueba por escrito a favor del comerciante, por lo que su alcance probatorio deberá ser reforzado con otras pruebas –Art. 69 de C de Co-. Restricción que descansa en el hecho de carecer la contraparte de libros para confrontar su contenido y como lo señala Ripert, “nadie puede crearse un título para si mismo y la persona no comerciante no posee libros que puedan servir para controlar los del comerciante.<sup>11</sup>.”

Conforme a lo anterior, el Código de Comercio, al igual que el Código de Procedimiento Civil, sientan algunas hipótesis para las controversias entre comerciantes, así:

1. Si los libros de ambas partes están ajustados a las prescripciones legales y concuerdan entre si, se decidirá conforme al contenido de sus asientos. Esta situación facilita, desde luego, la labor del fallador, porque la coincidencia entre los asientos arroja luz en el aspecto probatorio a favor del demandante, por lo que decidirá atendiendo su contenido.

2. Si los libros de ambas partes se ajustan a la ley, pero sus asientos no concuerdan, se decidirá teniendo en cuenta que los libros y papeles de comercio constituyen una confesión. Se le otorga este alcance de confesión, la cual es, como con acierto lo señala el tratadista Narváez García, “una prueba preconstituida que se considera veraz en virtud de que normalmente nadie la establece en contra de sus propios intereses y en favor de otro sin haber un motivo para ello. Y si el empresario pretende presentar una situación aparente, cobra vigor el principio de que nadie puede invocar a su propio favor su propio dolo<sup>12</sup>.”

Porque, en realidad de verdad, cuando el comerciante registra sus operaciones efectúa un reconocimiento de estas, las considera ciertas, reconocimiento por lo demás espontáneo y enmarcado dentro de la más amplia libertad. Luego, si con posterioridad lo afirmado por su contraparte coincide con lo expresado en los libros “no se admitirá prueba que tienda a destituir lo que resultare de sus libros” – art. 271 C.P.C.-; porque repugna a la lógica que esa verdad pudiera desvirtuarse; cuando ella, con idéntica fuerza y valor, sirve de medio de defensa a la parte contraria.

3. Si los libros de una de las partes no están ajustados a la ley, se decidirá conforme a los de la contraparte que los lleve debidamente, si aquella no aduce plena prueba que destruya o desvirtúe el contenido de tales libros. Se sanciona drásticamente la contabilidad irregular al no reconocerle ningún valor probatorio, pero, al mismo tiempo se impone y defiere la prueba a los libros de quien los lleva regularmente, no por ello, se impide que el afectado pueda desvirtuar el contenido de tales libros.

---

<sup>11</sup> Ripert Georges, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tr. De Felipe de Solá Cañizales, Tipografía Editora Argentina, Buenos Aires, 1954, p 291”

<sup>12</sup> Narváez García, José Ignacio, Derecho Mercantil Colombiano, Parte General, V.1, Ed. Inversiones Bonnet & Cia S.C, 1971, P 220.

4. Si los libros de ambas partes no se ajustan a las prescripciones legales, se prescindirá totalmente de ellos y solo se tomarán en cuenta las demás pruebas allegadas al juicio.

El valor probatorio de los libros se sustenta en el hecho de estar llevados de acuerdo con la ley, de lo contrario, carecen de el, porque “ hacen fe en lo procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma”, y el juez o el funcionario hará constar los hechos y los asientos verificados y, además, del estado general de la contabilidad o de los libros, con el fin de apreciar si se llevan conforme con la ley, y en consecuencia, reconocerles o negarles el valor probatorio respectivo.

5. Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquella, sin admitir prueba en contrario, “Salvo que aparezca -art. 288 C.P.C.- probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificada de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale”.

En esta hipótesis se consagra la sanción mas drástica para el comerciante que no lleva contabilidad, porque al quedar deferida la prueba a los libros de la contraparte, no se le acepta ninguna prueba tendiente a desvirtuar su contenido. Se observa, como en la hipótesis tercera, que la ley adopta una postura diferente para quien la lleva irregularmente, facilitándole las herramientas probatorias para destruir o desvirtuar el contenido de los libros de la parte que los lleva ajustado con la ley. **En esta forma se resalta el celo legal por el cumplimiento de la obligación, quizás por constituir obligación de hacer, y su inejecución se torna en desacato del ordenamiento jurídico, cuya razón de ser, al imponerla, descansa en la defensa de un interés general, que se concreta en lograr orden en el desarrollo de la actividad económica; la gestión privada adquiere trascendencia, su gestión y su dinámica hacen parte del orden publico económico, que corresponde preservar de manera adecuada al Estado.**

La Corte Constitucional al decidir sobre la constitucionalidad de la expresión “Sin admitir prueba en contrario” contenida en el numeral quinto del art. 70 del Código de Comercio, expresó:

“En efecto, el legislador ha decidido que por virtud de esta norma, en un proceso judicial entre comerciantes en el que se discutan asuntos que deben constar en los libros de contabilidad, el juez se atenderá a los datos suministrados por el libro del comerciante cumplido, pero no admitirá que el comerciante que no lleva libros de contabilidad pruebe por vía distinta. **La adecuación de la medida a los fines previstos por la Carta reside en el hecho de que si la ley permitiera que el comerciante que no lleva libros de contabilidad probara hechos contables por vías distintas, lo que sucedería en la practica seria la eliminación tajante de la obligación de todo comerciante de llevar libros de contabilidad.**

La Corte Constitucional ha resaltado en las primeras partes de esta providencia que la obligación de llevar contabilidad regular es una obligación capital en el ejercicio de la profesión comercial. Ha subrayado igualmente que la obligación de llevar libros de contabilidad en debida forma constituye la columna vertebral del sistema probatorio en materia mercantil. Ha reconocido además que la información contenida en los libros de comercio constituye confesión del comerciante que los lleva de manera regular. Inicialmente

preciso que la obligación de llevar libros de contabilidad constituye el deber que con mayor eficacia permite a la sociedad y al Estado garantizar el ejercicio transparente de la actividad comercial, el control con fines de estabilidad social y la verificación de los datos necesarios para la imposición de cargas publicas. En tal medida, **eliminar la presunción de veracidad de los libros de comercio del comerciante que los lleva cumplidamente, permitiendo que quien no lleva contabilidad o se rehusó a presentarla ofrezca pruebas adicionales de sus asertos, es tanto como eliminar la obligación de llevar los libros de comercio.**

**En la práctica, la eliminación de la prohibición de probar en contrario de los libros de un comerciante cumplido otorga a los comerciantes la posibilidad de no llevar libros de comercio, pues les permite enfrentar el proceso judicial con papeles privados, con documentos que no están obligados a presentar o con libros personales no constitutivos de la contabilidad, lo cual hecha por la borda todo el sistema de eficacia probatoria de los libros de comercio y, de paso, elimina una de las obligaciones mas importantes en el ejercicio de la actividad comercial.** Ciertamente, la inveterada obligación de llevar libros de contabilidad desaparece si quien pretende alegar un hecho contable puede probarlo por una vía distinta al registro en el libro de comercio.

Por la misma vía, la declaratoria de inexecutable de la norma acabaría de tajo con el eje central del sistema de eficacia probatoria de los libros de comercio, que descansa en el reconocimiento del valor probatorio pleno de los libros que se llevan legalmente. Admitir que tras el incumplimiento del comerciante que no lleva contabilidad, este puede probar su aserto sobre la base de otros papeles o documentos, es despojar a los libros del comerciante cumplido de su categoría de plena prueba. El desconocimiento de esa calidad invertiría la lógica del sistema de valoración probatoria en el que se inserta la **norma acusada pues obligaría a considerar que también los libros de comercio o papeles que se llevan de manera irregular constituyen prueba idónea<sup>13</sup>.**” (Negrillas fuera del texto)

6. Si una parte ofrece estar a lo que conste en los libros de la otra y esta no los lleva, los oculta o los lleva irregularmente, se decidirá conforme a las hipótesis anteriores -Art. 71-73 C.Co.-.

Aquí el código plantea la solución a través de diversas hipótesis a saber: si no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá de acuerdo a la cuarta, pero si la lleva de forma irregular, conforme con la tercera.

Por lo demás, si alguien utiliza la contabilidad como medio de prueba, se entiende que pone a disposición del juez sus propios libros, permitiéndose así, la integración de la prueba y, fundamentalmente, la aplicación de las hipótesis antes analizadas.

De igual manera, como lo señala el artículo 72 del C. Co, la fe debida a los libros es indivisible, en razón al reconocimiento de que los registros contables es confesión anticipada, así lo ha reafirmado la Corte Constitucional al señalar que el “contenido de los libros de comercio constituye una confesión del comerciante que los lleva e impide que el mismo pruebe en contrario de lo que ha consignado en ellos. Este principio se vincula con aquel que solo confiere valor de plena prueba a los libros llevados de manera regular, **por lo que debe entenderse que solo la contabilidad que se lleva** de manera regular constituye plena prueba. Así se deriva

<sup>13</sup> Sentencia de treinta de enero 2008, M.P. Dr. Marco Gerardo Monroy Cabra.

el mismo inciso primero del artículo 271 del C.P.C. previamente citado.” Sentencia de la Corte Constitucional antes citada.

Todo este marco teórico está representado en las cifras extractadas de los libros de contabilidad de la parte convocante y convocada, que presenta el dictamen pericial en las cuales se concreta la prueba preconstituida, de unas ventas y descuentos, de unas compras, las cuales confirman que la relación jurídica desarrollada entre TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., de una parte, y GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, por la otra, es un contrato de distribución. En efecto, en el dictamen se indicó:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL COM LTDA.</b>
6- 2003	\$149.950.000
7- 2003	\$251.070.000
8- 2003	\$252.624.154
9- 2003	\$294.600.000
10- 2003	\$412.590.000
11- 2003	\$239.320.000
12- 2003	\$254.890.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$1.855'044.154</b>

**“Pregunta No. 1.**

Valor de las ventas de TELEFÓNICA a las sociedades convocantes año 2003”.

**Respuesta:**

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.COM LTDA, durante el años 2003, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a un mil ochocientos cincuenta y cinco millones cuarenta y cuatro mil ciento cincuenta y cuatro pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

A su vez el valor de las compras de GLOBAL .COM LTDA, a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a un 1.580.885.055, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a BELLSOUTH</b>
6- 2003	\$ 123.513.815
7- 2003	\$ 211.369.500
8- 2003	\$ 215.775.500
9- 2003	\$ 262.335.500
10- 2003	\$ 351.072.500
11- 2003	\$ 203.422.000
12- 2003	\$ 213.396.240
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$1.580`885.055</b>

**Pregunta No. 2:**

Valor de las ventas de TELEFONICA a las sociedades convocantes año 2004.

**Respuesta:**

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.COM LTDA., durante el año 2004, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a un mil ochocientos ochenta y cinco millones doscientos cincuenta y ocho mil trescientos veinte pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL COM LTDA.</b>
1- 2004	\$246.068.320
2- 2004	\$252.030.000
3- 2004	\$198.050.000
4- 2004	\$173.630.000
5- 2004	\$115.510.000
6- 2004	\$88.320.000
7- 2004	\$93.830.000
8- 2004	\$121.500.000
9- 2004	\$145.760.000
10- 2004	\$172.120.000
11- 2004	\$145.150.000
12- 2004	\$133.290.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$1.885'258.320</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL.COM LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a un mil seiscientos once millones ochocientos tres mil cuatrocientos cuarenta y cinco pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a BELLSOUTH</b>
1- 2004	\$193.502.500
2- 2004	\$218.901.905
3- 2004	\$168.155.240
4- 2004	\$148.939.000
5- 2004	\$98.188.600
6- 2004	\$76.401.600
7- 2004	\$77.738.400
8- 2004	\$101.328.000
9- 2004	\$128.265.800
10- 2004	\$154.193.600
11- 2004	\$130.037.600
12- 2004	\$116.151.200
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$1.611'803.445</b>

**Pregunta No. 3:**

Valor de las ventas de TELEFONICA a las sociedades convocantes año 2005”.

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.COM LTDA., durante el año 2005, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a setecientos sesenta y siete millones trescientos sesenta y nueve mil seiscientos cuatro pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL COM LTDA.</b>
1- 2005	\$146.220.000
2- 2005	\$174.680.000
3- 2005	\$156.920.000
4- 2005	\$137.150.000
5- 2005	\$110.920.000
6- 2005	\$41.479.604
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$767'369.604</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL.COM LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a un mil doscientos setenta y tres millones setecientos ochenta y tres mil cien pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

Mes Año	Compras a BELLSOUTH
1- 2005	\$128.673.600
2- 2005	\$153.718.400
3- 2005	\$138.380.000
4- 2005	\$247.392.800
5- 2005	\$261.301.300
6- 2005	\$344.317.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$1.273'783.100</b>

(...)

En resumen y comparativamente la gráfica siguiente recoge las cifras referidas anteriormente y presentadas en estas tablas, así:

Mes Año	Compras BELLSOUTH a	Mes Año	Ventas a GLOBAL.COM LTDA.
6- 2003	\$123.513.815	6- 2003	\$149.950.000
7- 2003	\$211.369.500	7- 2003	\$251.070.000
8- 2003	\$215.775.500	8- 2003	\$252.624.154
9- 2003	\$262.335.500	9- 2003	\$294.600.000
10- 2003	\$351.072.500	10- 2003	\$412.590.000
11- 2003	\$203.422.000	11- 2003	\$239.320.000
12- 2003	\$213.396.240	12- 2003	\$254.890.000
1- 2004	\$193.502.500	1- 2004	\$246.068.320
2- 2004	\$218.901.905	2- 2004	\$252.030.000
3- 2004	\$168.155.240	3- 2004	\$198.050.000
4- 2004	\$148.939.000	4- 2004	\$173.630.000
5- 2004	\$98.188.600	5- 2004	\$115.510.000
6- 2004	\$76.401.600	6- 2004	\$88.320.000
7- 2004	\$77.738.400	7- 2004	\$93.830.000
8- 2004	\$101.328.000	8- 2004	\$121.500.000
9- 2004	\$128.265.800	9- 2004	\$145.760.000
10- 2004	\$154.193.600	10- 2004	\$172.120.000
11- 2004	\$130.037.600	11- 2004	\$145.150.000
12- 2004	\$116.151.200	12- 2004	\$133.290.000
1- 2005	\$128.673.600	1- 2005	\$146.220.000
2- 2005	\$153.718.400	2- 2005	\$174.680.000
3- 2005	\$138.380.000	3- 2005	\$156.920.000
4- 2005	\$247.392.800	4- 2005	\$137.150.000
5- 2005	\$261.301.300	5- 2005	\$110.920.000
6- 2005	\$344.317.000	6- 2005	\$41.479.604
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$4.466'471.600</b>	<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$4.507'672.078</b>

En relación con las preguntas 1 a 5 de las ventas y compras de GLOBAL TAT LTDA, el dictamen arroja la siguiente información:

**“Pregunta No. 1:**

“Valor de las ventas de TELEFÓNICA a las sociedades convocantes 2003”.

**Respuesta:**

El valor de las ventas de TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.TAT LTDA., durante el año 2003, reportado en los libros de contabilidad de la

**Tribunal de Arbitramento Global.Com Ltda. y Global TAT Ltda. Vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.**  
**Laudo Arbitral**

primera, en pesos corrientes, asciende a novecientos dieciocho millones ciento cincuenta mil pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL TAT LTDA.</b>
10- 2003	\$65.320.000
11- 2003	\$308.030.000
12- 2003	\$544.800.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$918'150.000</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL. TAT LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a setecientos cincuenta y cuatro millones setenta y seis mil treinta y seis pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.</b>
10- 2003	\$50.774.105
11- 2003	\$253.724.311
12- 2003	\$449.577.620
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$754'076.036</b>

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.TAT LTDA., durante el año 2004, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a ocho mil ochocientos treinta millones doscientos sesenta mil ochocientos noventa y cinco pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL TAT LTDA.</b>
1- 2004	\$434.160.895
2- 2004	\$426.170.000
3- 2004	\$500.960.000
4- 2004	\$830.020.000
5- 2004	\$716.440.000
6- 2004	\$736.790.000
7- 2004	\$815.190.000
8- 2004	\$854.090.000
9- 2004	\$825.750.000
10- 2004	\$796.590.000
11- 2004	\$817.270.000
12- 2004	\$1.076.830.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$8.830'260.895</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL. TAT LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a siete mil cuatrocientos noventa y siete millones ochocientos trece mil setecientos cuarenta y cuatro pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.</b>
1- 2004	\$366.060.917
2- 2004	\$356.554.191
3- 2004	\$387.017.982
4- 2004	\$664.920.019
5- 2004	\$600.601.035

**Tribunal de Arbitramento Global.Com Ltda. y Global TAT Ltda. Vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.**  
**Laudo Arbitral**

6- 2004	\$641.715.600
7- 2004	\$689.428.600
8- 2004	\$742.236.200
9- 2004	\$718.559.000
10- 2004	\$695.851.800
11- 2004	\$696.041.000
12- 2004	\$938.827.400
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$7.497'813.744</b>

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL.TAT LTDA., durante el año 2005, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a dieciocho mil seiscientos setenta y cinco millones quinientos sesenta y dos mil doscientos setenta y tres pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

Mes Año	Ventas a GLOBAL TAT LTDA.
1- 2005	\$1.243.900.000
2- 2005	\$1.495.190.000
3- 2005	\$1.172.510.000
4- 2005	\$1.593.270.000
5- 2005	\$1.983.750.000
6- 2005	\$1.978.630.000
7- 2005	\$1.858.020.000
8- 2005	\$1.575.460.000
9- 2005	\$1.792.400.000
10- 2005	\$1.345.942.273
11- 2005	\$1.236.310.000
12- 2005	\$1.400.180.000
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$18.675'562.273</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL. TAT LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, en pesos corrientes, asciende a catorce mil setecientos ochenta y cinco millones ochocientos cuarenta y cuatro mil ochocientos cincuenta pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

Mes Año	Compras a TELEFONICA COLOMBIA S.A. MOVILES
1- 2005	\$1.054.198.000
2- 2005	\$987.193.000
3- 2005	\$983.311.000
4- 2005	\$1.104.018.600
5- 2005	\$1.406.130.200
6- 2005	\$1.519.766.950
7- 2005	\$1.513.397.600
8- 2005	\$1.363.850.400
9- 2005	\$1.255.408.000
10- 2005	\$1.239.000.400
11- 2005	\$1.106.564.800
12- 2005	\$1.253.005.900
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$14.785'844.850</b>

**Tribunal de Arbitramento Global.Com Ltda. y Global TAT Ltda. Vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.**  
**Laudo Arbitral**

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL TAT LTDA., durante el año 2006, reportado en los libros de contabilidad de la primera, asciende a doce mil ciento cincuenta y cinco millones trescientos veinte mil pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL TAT LTDA.</b>
1- 2006	\$1.158.230.000
2- 2006	\$696.420.000
3- 2006	\$1.063.050.000
4- 2006	\$1.153.780.000
5- 2006	\$1.739.760.000
6- 2006	\$92.320.000
7- 2006	\$715.720.000
8- 2006	\$1.105.890.000
9- 2006	\$1.400.190.000
10- 2006	\$1.318.410.000
11- 2006	\$662.580.000
12- 2006	\$1.048.970.000
Total en \$Ctes.	<b>\$12.155'320.000</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL TAT LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, asciende a once mil cuatro millones seiscientos veinte mil doscientos pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.</b>
1- 2006	\$979.418.150
2- 2006	\$686.370.100
3- 2006	\$962.060.250
4- 2006	\$1.044.170.900
5- 2006	\$1.574.482.800
6- 2006	\$83.549.600
7- 2006	\$647.726.600
8- 2006	\$1.064.180.450
9- 2006	\$1.210.935.250
10- 2006	\$1.204.817.100
11- 2006	\$597.487.800
12- 2006	\$949.421.200
Total en \$Ctes.	<b>\$11.004'620.200</b>

El valor de las ventas de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la sociedad GLOBAL TAT LTDA., durante el año 2007, reportado en los libros de contabilidad de la primera, asciende a siete mil cuatrocientos sesenta millones doscientos noventa y cinco mil seiscientos veinte pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL TAT LTDA.</b>
1- 2007	\$1.222.400.000
2- 2007	\$806.555.000
3- 2007	\$893.804.000
4- 2007	\$774.704.000

**Tribunal de Arbitramento Global.Com Ltda. y Global TAT Ltda. Vs. Telefónica Móviles Colombia S.A.**  
**Laudo Arbitral**

5- 2007	\$1.014.322.300
6- 2007	\$836.466.000
7- 2007	\$748.294.000
8- 2007	\$830.736.952
9- 2007	\$337.180.188
10- 2007	-\$4.166.820
11- 2007	\$0
12- 2007	\$0
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$7.460'295.620</b>

A su vez el valor de las compras de GLOBAL. **TAT** LTDA., a la sociedad TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., durante el mismo año, reportado en los libros de contabilidad de la primera, asciende a seis mil ochocientos veinte y tres millones novecientos setenta y seis mil doscientos cincuenta pesos, como mes a mes se detalla a continuación:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a TELEFONICA COLOMBIA S.A. MOVILES</b>
1- 2007	\$1.112.384.000
2- 2007	\$733.965.050
3- 2007	\$813.361.640
4- 2007	\$720.538.000
5- 2007	\$909.071.800
6- 2007	\$761.184.060
7- 2007	\$680.947.540
8- 2007	\$762.489.910
9- 2007	\$330.034.250
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$6.823'976.250</b>

En resumen y comparativamente la gráfica siguiente recoge las cifras referidas anteriormente y presentadas en estas tablas, así:

<b>Mes Año</b>	<b>Compras a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.</b>
10- 2003	\$50.774.105
11- 2003	\$253.724.311
12- 2003	\$449.577.620
1- 2004	\$366.060.917
2- 2004	\$356.554.191
3- 2004	\$387.017.982
4- 2004	\$664.920.019
5- 2004	\$600.601.035
6- 2004	\$641.715.600
7- 2004	\$689.428.600
8- 2004	\$742.236.200
9- 2004	\$718.559.000
10- 2004	\$695.851.800
11- 2004	\$696.041.000
12- 2004	\$938.827.400

<b>Mes Año</b>	<b>Ventas a GLOBAL TAT LTDA.</b>
10- 2003	\$65.320.000
11- 2003	\$308.030.000
12- 2003	\$544.800.000
1- 2004	\$434.160.895
2- 2004	\$426.170.000
3- 2004	\$500.960.000
4- 2004	\$830.020.000
5- 2004	\$716.440.000
6- 2004	\$736.790.000
7- 2004	\$815.190.000
8- 2004	\$854.090.000
9- 2004	\$825.750.000
10- 2004	\$796.590.000
11- 2004	\$817.270.000
12- 2004	\$1.076.830.000

Mes Año	Compras a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.
1- 2005	\$1.054.198.000
2- 2005	\$987.193.000
3- 2005	\$983.311.000
4- 2005	\$1.104.018.600
5- 2005	\$1.406.130.200
6- 2005	\$1.519.766.950
7- 2005	\$1.513.397.600
8- 2005	\$1.363.850.400
9- 2005	\$1.255.408.000
10- 2005	\$1.239.000.400
11- 2005	\$1.106.564.800
12- 2005	\$1.253.005.900
1- 2006	\$979.418.150
2- 2006	\$686.370.100
3- 2006	\$962.060.250
4- 2006	\$1.044.170.900
5- 2006	\$1.574.482.800
6- 2006	\$83.549.600
7- 2006	\$647.726.600
8- 2006	\$1.064.180.450
9- 2006	\$1.210.935.250
10- 2006	\$1.204.817.100
11- 2006	\$597.487.800
12- 2006	\$949.421.200
1- 2007	\$1.112.384.000
2- 2007	\$733.965.050
3- 2007	\$813.361.640
4- 2007	\$720.538.000
5- 2007	\$909.071.800
6- 2007	\$761.184.060
7- 2007	\$680.947.540
8- 2007	\$762.489.910
9- 2007	\$330.034.250
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$40.866'331.080</b>

Mes Año	Ventas a GLOBAL TAT LTDA.
1- 2005	\$1.243.900.000
2- 2005	\$1.495.190.000
3- 2005	\$1.172.510.000
4- 2005	\$1.593.270.000
5- 2005	\$1.983.750.000
6- 2005	\$1.978.630.000
7- 2005	\$1.858.020.000
8- 2005	\$1.575.460.000
9- 2005	\$1.792.400.000
10- 2005	\$1.345.942.273
11- 2005	\$1.236.310.000
12- 2005	\$1.400.180.000
1- 2006	\$1.158.230.000
2- 2006	\$696.420.000
3- 2006	\$1.063.050.000
4- 2006	\$1.153.780.000
5- 2006	\$1.739.760.000
6- 2006	\$92.320.000
7- 2006	\$715.720.000
8- 2006	\$1.105.890.000
9- 2006	\$1.400.190.000
10- 2006	\$1.318.410.000
11- 2006	\$662.580.000
12- 2006	\$1.048.970.000
1- 2007	\$1.222.400.000
2- 2007	\$806.555.000
3- 2007	\$893.804.000
4- 2007	\$774.704.000
5- 2007	\$1.014.322.300
6- 2007	\$836.466.000
7- 2007	\$748.294.000
8- 2007	\$830.736.952
9- 2007	\$333.013.368
<b>Total en \$Ctes.</b>	<b>\$48.039'588.788</b>

Cuaderno de Pruebas No. 2

Por las consideraciones que anteceden, el Tribunal en la parte decisoria del laudo, denegará las pretensiones declarativas, 3, 8, 9 y 10, y las de condena 5 y 6, dando a su vez, prosperidad a la excepción de “inexistencia de agencia comercial”.

Para el análisis de las demás pretensiones, se seguirá el orden propuesto en la demanda.

## 2. PRETENSION PRIMERA

*“Que se declare que entre la sociedad demandada TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., y las sociedades GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, se celebró y ejecutó sin interrupción y produjo sus efectos una única relación contractual entre el 9 de junio de 2003 y el 13 de julio de 2005, respecto de la primera y desde el 14 de octubre de 2003 hasta el 30 de septiembre de 2007, en relación con la segunda, fecha en que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. lo dio unilateralmente por terminado”.*

Por la información contable presentada para atender la anterior pretensión, debe llegarse, según lo aprecia el Tribunal, a conclusión distinta a la pretendida por la parte convocante. En efecto, como comerciantes colectivos y con autonomía jurídica, llevaban contabilidad independiente. En los hechos de la demanda – página 25- se dice: “Los contratos suscritos por GLOBAL .COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA con TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A, contemplan un termino inicial y una vez vencido dicho termino se extendería por **tiempo indefinido** – negrillas son del texto-. Y se agrega: En la estipulación 8.1. de ambos contratos, se expresó que cualquiera de las partes podría darlo por terminado en cualquier tiempo. (...)”

Afirmaciones que, para el Tribunal, son coincidentes con los textos de las relaciones contractuales pactadas las cuales expresan:

Contrato No. **C-0128-03**, celebrado entre GLOBAL. COM LTDA y BELLSOUTH-hoy TELEFONCA MOVILES COLOMBIA S.A.- en sus dos primeras cláusulas se estipuló:

**Cláusula Primera, Objeto de Contrato.-** Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, **BellSouth** a suministrar Tarjetas Prepagadas a título de compraventa y el **Distribuidor** a adquirirlas y a pagar su precio en la oportunidad convenida, y a venderlas a terceras personas, en las condiciones estipuladas en el presente contrato.

**Cláusula Segunda, Características de las Tarjetas Prepagadas y del Servicio TMC.-**

2.1. **Las Tarjetas Prepagadas:** El material y diseño de cada Tarjeta Prepagada, las instrucciones y plazo para su utilización, las condiciones de seguridad, las tarifas de las comunicaciones que permite establecer y el valor facial o nominal de cada una de las Tarjetas Prepagadas son prerrogativa de **BellSouth**, de su exclusivo resorte y de su libre adopción o ejecución, y así lo acepta el **Distribuidor**. Las Tarjetas Prepagadas permiten establecer comunicaciones mediante la utilización de una plataforma tecnológica de capacidad limitada, cuya definición, tecnología y demás características son de resorte exclusivo de **BellSouth** y a cuya modificación o ampliación de capacidad no esta obligada **BellSouth**.

Por su parte, en el Anexo 5.2. se estipuló:

El **Distribuidor** se compromete a que solo venderá Tarjetas Prepagadas para el canal de Maneros (Vendedores ambulantes quienes deberán contar con todos los permisos que exijan las autoridades competentes en estas Regiones, y la responsabilidad de cualquier sanción que se ocasionen por el incumplimiento, será única y exclusivamente del Distribuidor, exonerando de la misma a BellSouth) en la

zona Sur Occidente de Colombia Departamentos de Cauca, Nariño y Valle, excepto la ciudad de Tuluá.

Y en el Contrato No. C- 0306-03 celebrado entre GLOBAL TAT LTDA y BELL SOUTH COLOMBIA S.A. – Hoy TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A.-, en sus cláusulas primera y segunda, se pactó:

**Cláusula Primera, Objeto de Contrato.** Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, **BellSouth** a suministrar Tarjetas Prepagadas a título de compraventa y el **Distribuidor** a adquirirlas y a pagar su precio en la oportunidad convenida, y a venderlas a terceras personas, en las condiciones estipuladas en el presente contrato.

**Cláusula Segunda, Características de las Tarjetas Prepagadas y del Servicio TMC.-**

- 2.1. **Las Tarjetas Prepagadas:** El material y diseño de cada Tarjeta Prepagada, las instrucciones y plazo para su utilización, las condiciones de seguridad, las tarifas de las comunicaciones que permite establecer y el valor facial o nominal de cada una de las Tarjetas Prepagadas son prerrogativa de **BellSouth**, de su exclusivo resorte y de su libre adopción o ejecución, y así lo acepta el **Distribuidor**. Las Tarjetas Prepagadas permiten establecer comunicaciones mediante la utilización de una plataforma tecnológica de capacidad limitada, cuya definición, tecnología y demás características son de resorte exclusivo de **BellSouth** y a cuya modificación o ampliación de capacidad no esta obligada **BellSouth**.

Por ello, estas coincidencias, considera el Tribunal, se confirman con la pluralidad empleada por el apoderado de la parte convocante al interrogar a la representante legal de la parte convocada, preguntando así:

Dr. Medrano. Pregunta 1: Diga como es cierto si o no que los contratos C-0128-3 y C- 306-3, sucritos entre GLOBAL y BELLSOUTH correspondieron a un contrato standard de condiciones uniformes utilizado de manera general por BellSouth para la vinculación de distribuidores de Tarjetas Prepagado?

Dra. Ruiz. **Es cierto y aclaro que se trata de dos contratos con dos personas jurídicas independientes, una es GLOBAL.COM y otra es GLOBAL TAT, por lo que la pregunta se formula haciendo referencia a un GLOBAL, y aquí hay que precisar que dentro de su razón social hay una diferencia teniendo en cuenta que son dos personas jurídicas diferentes y eran contratos con condiciones que podríamos decir relativamente similares y uniformes en cuanto a lo que tenía que ver con distribución de productos prepagos.**

Dr. Medrano. **Aclaro la pregunta en que yo hice mención a dos contratos y los identifiqué con sus dos números.**

Dra. Ruiz: **Si dos contratos identificados con dos números y suscritos con GLOBAL, entonces aquí lo importante es hablar de dos contratos identificados con sus dos números y precisando dos personas jurídicas independientes GLOBAL.COM y GLOBAL TAT.**

Así, pues, a juicio del Tribunal, se impone concluir que se trata de dos relaciones contractuales, por lo cual la pretensión principal impetrada no esta llamada a prosperar; por el contrario, debe concederse prosperidad a la primera subsidiaria declarativa solicitada y por consiguiente, se declarará que se celebraron dos relaciones contractuales.

### **3. PRETENSION SEGUNDA**

*“Que se declare que TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones contraídas en el marco de la relación contractual mencionada en la pretensión primera anterior – segunda en la presente versión- y sus respectivas modificaciones, generando a su favor y de modo objetivamente contrario a la buena fe y la equidad en su calidad de Principal respecto de GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA. ventajas no razonables y carentes de proporción, entre otras materias por las siguientes razones:*

*2.1. “Incumplimientos relacionados con la asignación de los territorios en los cuales el distribuidor debía desarrollar su gestión de promoción e intermediación, y*

*2.2. “INCUMPLIMIENTOS RELACIONADOS CON LA MODIFICACIÓN UNILATERAL, ARBITRARIA Y ABUSIVA IMPUESTA POR TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A. A GLOBAL TAT LTDA DE LOS MARGENES DE REMUNERACION CON BASE EN LOS CUALES PRETENDIÓ RETRIBUIR LA GESTIÓN DE PROMOCIÓN, INTERMEDIACIÓN Y PUESTA EN EL MERCADO DE LAS TARJETAS PREPAGADAS DE TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.”.*

Y en los hechos relativos a los incumplimientos indicados, la parte convocante manifestó:

“En verdad, GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA, gestionaron la promoción y explotación de negocios para las Tarjetas Prepagadas de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA, de manera sucesiva e indefinida, como además se lo exigía la estipulación 5.4. del contrato, con un alto grado de estabilidad en su relación hasta cuando TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA adoptó diversas medidas consistentes en: La variación de los descuentos; apertura de territorios mediante la introducción de forma inconsulta de otros distribuidores en forma masiva en la zona previamente asignada a GLOBAL TAT; presencia de otros distribuidores en las zonas de GLOBAL, con el listado de clientes de esta ultima, suspensión súbita e intempestiva en el suministro de Tarjetas; concesión de condiciones preferenciales a otros distribuidores, etc, que remató con la decisión unilateral y sin justa causa de dar por terminado el contrato, o si se quiere, sin que existiere incumplimiento grave e injustificado de las obligaciones a cargo del determinado distribuidor.(...)”

La parte convocada, por su parte, al contestar la demanda, expresó:

“Me opongo, así mismo, a la declaración de incumplimiento en cabeza de Telefónica, pues aparte de no ser cierta la presentación que la demanda le da a los presuntos incumplimientos de mi poderdante, lo que se probará en el curso del trámite es que quienes incumplieron con las metas y objetivos contractuales fueron GLOBAL.COM y GLOBAL TAT LTDA. Tal circunstancia,

como se sabe, impide la prosperidad de una pretensión de incumplimiento pues el contratante incumplido no cuenta con legitimación para la declaración de incumplimiento de su contratante”.

Sobre estos dos cargos con relación al desarrollo de las relaciones contractuales pactadas, se dispuso en los contratos:

Contrato No. C-0128-03, celebrado con Global.com Ltda.

4.1. “Precio y pago. – El precio de cada Tarjeta Prepagada será su valor facial o nominativo, que incluye el IVA aplicable, menos un descuento no condicionado del diecisiete punto sesenta y tres (17.63%). **BellSouth** podrá otorgar voluntariamente al **Distribuidor** descuentos adicionales sobre el precio de cada Tarjeta Prepagada; en tal caso, éstos descuentos podrían ser suprimidos o modificados en cualquier momento por **BellSouth** sin que el **Distribuidor** pueda invocar su otorgamiento anterior, así fuese por amplio plazos, para pedir que se mantengan. El **Distribuidor** deberá hacer su pago de contado, al momento de ser entregado un despacho, o dentro del plazo adicional que **BellSouth** le otorgue por escrito. El plazo de pago adicional que **BellSouth** le otorgue al **Distribuidor** podrá ser modificado para cualquier pedido anterior y no puede ser invocado por el **Distribuidor** para exigir éstos y otros plazos adicionales en futuros pedidos. En caso de mora, la cual se producirá al vencimiento del plazo de pago y sin necesidad de reconvención privada o judicial, a la cual renuncia expresamente el **Distribuidor**, éste reconocerá y pagará a **BellSouth** intereses de mora liquidados sobre la suma de dinero insoluto a la tasa máxima permitida por la ley, así como los costos de la cobranza judicial o extrajudicial. Adicionalmente, si el **Distribuidor** incurriese en mora en el pago a **BellSouth**, ésta podría dar por terminado unilateralmente y con justa causa este contrato sin necesidad de notificación o reconvención judicial. (...)

4.2. Modificación del Precio.- Las partes podrán acordar modificaciones al precio de venta de las Tarjetas Prepagadas o a la forma de calcularlo. Para tal efecto, las partes **acuerdan que estas modificaciones se tendrán por aceptadas y serán obligatorias para ellas** si **BellSouth** las comunica por escrito al **Distribuidor** las objete mediante escrito presentado a más tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que **BellSouth** le comunique la propuesta. (...)

5.2. Territorio.- El **Distribuidor** se compromete a que solo venderá Tarjetas Prepagadas en la zona especificada en el Anexo 5.2. – *Territorio*, que hace parte integral del presente contrato. El **Distribuidor** se compromete a que sus subdistribuidores sólo venderán Tarjetas Prepagadas en la zona, y en las condiciones a él autorizadas. El **Distribuidor** declara de manera expresa en este documento que son de su pleno conocimiento las características comerciales y de seguridad de la zona en que venderá Tarjetas Prepagadas.

5.3. No exclusividad.- **BellSouth** no estará obligada a exclusividad y por consiguiente, queda expresamente entendido que tiene absoluta libertad para contratar servicios de intermediación comercial, diferentes o iguales o similares a los que contrata con el **Distribuidor** en el presente documento, aún en la misma zona o territorio y para la venta de las Tarjetas Prepagadas, sin que el **Distribuidor** tenga derecho a pago alguno por este motivo. De igual manera queda expresamente entendido que **BellSouth** podrá adelantar directamente, sin limitación alguna, actividades de comercialización de cualquiera de sus productos, en la misma u otra zona u territorio. Por otra parte, el **Distribuidor**

conserva su autonomía para dedicarse a la misma u otras actividades con otros empresarios, siempre que no exista conflicto entre esas otras actividades y sus obligaciones con BellSouth”.<sup>14</sup>

Por su parte, en el contrato C- 0306-03 celebrado con GLOBAL TAT LTDA en las cláusulas 4.1, 4.2, 5.2, y 5.3, se regularon iguales aspectos, con excepción del porcentaje de descuento del diecisiete punto sesenta y tres por ciento (17.63%), que se estableció como descuento en la cláusula numero 4.1.

En primer lugar, en lo concerniente a las ampliaciones del territorio, advierte el Tribunal, que el ejercicio de tal facultad está expresamente pactada en la cláusula 5.3., antes transcrita, por lo que no admite ser calificado de ilegal o arbitrario. Así lo reconoce la Representante Legal de la convocada al responder la pregunta No. 14, de su interrogatorio:

“Diga como es cierto si o no que Telefónica el día 3 de mayo/06 decretó la apertura de territorios para los distribuidores y por consiguiente la supresión de las denominadas zonas de responsabilidad inicialmente asignadas?

Dra. Ruiz: Nuevamente aquí digo si es cierto que hubo una apertura, vuelvo a recabar sobre la fecha, no tengo la fecha exacta y la compañía dentro de sus políticas comerciales de redefinición y reorganización o redireccionamiento de los mercados en función de lo que es la competitividad y las circunstancias prácticas que se dan forzadas por externalidades o por como se está dando la comercialización de sus productos al interior mismo de lo que es la compañía toma y hace diferentes cambios, se que uno de esos cambios fue la apertura de territorios, pero todo después migrando hacia un modelo, realmente hacia donde ha caminado la compañía usualmente es a tener una exclusividad desde la perspectiva no sólo del territorio sino la venta exclusiva de su producto para que eso sea lo que prime en el mercado.

En qué momento se ha dado específicamente eso de la apertura del territorio no sabría cuál es la fecha, pero se que sí la compañía tiene dentro de sus políticas y dentro de sus posibilidades y prerrogativas de reorganización de mercado redefinición de esquemas bajo los cuales se hace la comercialización de sus productos”.

Aprecia el Tribunal, que en efecto, las modificaciones las exigía la realidad del mercado; por ello, la parte convocante, lo solicitó, como se prueba con la respuesta dada por el Representante Legal de los convocantes a la pregunta No 8 de su interrogatorio:

“Diga como es cierto si o no que a lo largo de la relación contractual GLOBAL. COM y GLOBAL TAT solicitaron la ampliación de las zonas a ellos asignadas originalmente?

Señor Benavides: Unas solicitamos otras nos las dieron porque es que por ejemplo en Bogotá Unidas no pudo seguir, entonces venga y se pelearon entre ellos, cómo así que ustedes van a traer un distribuidor de Pasto si es distribuidor es nuestro, decía el coordinador de BellSouth en el Valle, ese es un distribuidor nuestro, cómo se lo van a llevar a Bogotá, si ustedes se lo llevan a Bogotá me va a descuidar la zona de Nariño, cosa que nunca ocurrió, teníamos la capacidad de hacerlo.

---

<sup>14</sup> Cuaderno de Pruebas No. 1.

Algunas las pedimos obviamente, uno como empresario quiere y esta tratando de que le den un poquito más de territorio, de aplicar sus conocimientos, lo que viene haciendo desde un tiempo atrás en más áreas y áreas buenas, con el fin de ser más eficiente y tener unos ingresos mejores y lo mismo ya con Bogotá fue una cosa que fue muy interesante y fue una de las operaciones más grandes de todas las ciudades que teníamos y en donde con mayor ahínco y con mayor respeto a la estructura de distribución que se nos había encomendado hicimos el trabajo porque en Bogotá no se había hecho ningún esfuerzo grande por parte de todos los distribuidores de hacer la distribución real y efectiva con todo el proceso y procedimiento científico que requería BellSouth.

Cuando nos trajeron a nosotros a Bogotá, los otros distribuidores se pellizcaban ah, es que esto sí es así, obviamente que nos costó mucha sangre entrar a tener una presencia fuerte y permanente en la zonas con la clientela, antes era difusa, todo el mundo la atendía cuando quería eso les fuimos dando un poco de forma a esa distribución en Bogotá y les dimos el ejemplo a todos los demás a hacer un trabajo, en fin esa es la realidad”.<sup>15</sup>

Sobre los beneficios de la apertura del territorio para la distribución, el dictamen pericial sobre el mercado, señaló:

“5. El perito ilustrará al Tribunal, indicando cuáles eran los beneficios para los distribuidores con la apertura de las zonas de mercado y cuales fueron las justificaciones comerciales de Telefónica para la adopción de la medida”.

**“La medida adoptada por TELEFÓNICA fue justificada teniendo en cuenta que los distribuidores manejaban un esquema cerrado para MOVISTAR y otro para los demás operadores, pese a lo cual, no se cumplía en la práctica ya que los distribuidores vendían los productos en territorios diferentes a los asignados originalmente.**

**Al eliminar las limitaciones que tenía el esquema cerrado que se venía manejando, se facilitó la entrada del producto de TELEFÓNICA a sitios en los cuales estaba llegando con mayores facilidades la competencia, permitiendo al distribuidor vender, bajo la modalidad de venta directa, o a través de intermediarios, con lo cual se lograba colocar mayores volúmenes sin restricción geográfica, con menores costos de distribución”.** – Negrillas no son del texto-<sup>16</sup>.

Como lo señala el perito, la medida favorecía la actividad de los distribuidores, pues tenían un mayor número de usuarios con posibilidades de demandar los productos de Telefónica. Ciertamente, en una actividad tan competida se requiere, por parte de quienes pretendan obtener la decisión favorable de los destinatarios de sus productos o servicios, de agresiva participación en el mercado, pues éste se gana con calidad y precios, lo cual exige cubrir la atención a una población mayor, para lograr así, que la marca entre a satisfacer un elevado número de demandantes; cuando esto se logra, el resultado se traduce en beneficios económicos, tanto para el empresario, como para el distribuidor. Es inaceptable, desde luego, pretender imponer un monopolio en la distribución, porque de lograrse se afectaría al destinatario final de los bienes y servicios, o sea, al consumidor, el cual requiere se le dispense la mayor protección.

Por lo segundo, esto es, las modificaciones al precio de la venta de Tarjetas, este aspecto también se acordó en la Cláusula Cuarta, al señalar que “las partes acuerdan que estas modificaciones se tendrán por aceptadas y serán obligatorias

<sup>15</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5.

<sup>16</sup> Cuaderno de Pruebas No. 2.

para ellas, si BellSouth las comunica por escrito al Distribuidor, indicándole la fecha de vigencia de las mismas, **a menos que el Distribuidor las objete mediante escrito presentado a mas tardar dentro de los tres (3) días siguientes a la fecha en que BellSouth le comuniqué la propuesta**". –Negrillas no son del texto-

Aprecia el Tribunal que las modificaciones al precio de venta de las Tarjetas, si bien las podría realizar el vendedor de las mismas, de acuerdo a lo pactado, la vigencia del nuevo precio se condicionó a la aceptación del Distribuidor, al disponerse "a menos que el **Distribuidor las objete** (...); objeciones a las modificaciones que no están acreditadas en el proceso; en consecuencia, las efectuadas, cumplieron con lo pactado en el contrato.

La parte convocante en su alegato de conclusión, al ampliar las críticas a la cláusula en estudio, señaló:

"Como se ha manifestado reiteradamente en diversos libelos producidos a lo largo de este proceso arbitral, la determinación de la retribución o remuneración debe ser determinada de antemano en el contrato y por supuesto, su modificación debe ser **materia de acuerdo** entre las partes, como corolario de lo dispuesto en el Artículo 1602 del Código Civil que consagra el principio de normatividad de los contratos, y, según el cual: *"Todo contrato es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales"* ( Se destaca).

Pues bien, anteriormente, se transcribió la cláusula 4.2. que establecía el procedimiento para la modificación de los descuentos, íntimamente relacionados con las 4.1. que permitía aún suprimirlos.

Respecto de tales estipulaciones, es preciso reiterar que la buena fe que propugna por mesura, equilibrio y razonabilidad en el proceder de los contratantes ha de estar presente desde las tratativas del respectivo negocio hasta la etapa de ejecución o satisfacción de los compromisos adquiridos por los contratantes.

Si bien, se ha dicho que la estabilidad en los contratos de agencia comercial y de distribución no la determina el plazo, aseveración que puede resultar cierta tan solo en un plano puramente teórico, pues la evidencia es que para que el agente o distribuidor, pueda involucrarse en una relación contractual de este tipo, le demanda la realización de inversiones en locales, personal, medios de transporte; erogaciones todas ellas que, para cualquier empresario, determinan un período de retorno de esas inversiones y que dependerá del rendimiento o rentabilidad que esta le reporte, lo que permitiría establecer una duración mínima del contrato, como una medida consecuente con esas expectativas de retorno o de rentabilidad económica y que, a decir verdad, viene a ser el reflejo del carácter conmutativo del contrato y que impone persistencia en el vínculo por un determinado tiempo por parte de ambas partes.

Por lo expuesto, resulta censurable que en contratos relativos a la comercialización de productos y/o servicios se deje en manos de una de las partes la suerte de la relación contractual, y cuando es un aspecto tan crucial, como resulta siendo, la contraprestación económica en un contrato de naturaleza mercantil".

(...)

**“ La doctrina tradicional en Colombia ha sostenido que el objeto de un contrato no puede quedar al arbitrio de una de las partes. La regla del Artículo 1865 del Código Civil colombiano dice: “No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes”, lo cual es expresión de un principio general aplicable a todos los contratos. Máxime si en el derecho colombiano, una prestación esencial del contrato, como lo es la remuneración del agente no puede quedar a arbitrio de una de las partes (Art. 1537 del C.C).**

En consecuencia, **no tiene sustento jurídico alguno aseverar que en nuestra legislación positiva, la determinación del precio pueda dejarse en manos de una de las partes**, por cuanto la regla de Artículo 1865 de nuestro Código Civil, no deja resquicio de duda alguno. El precio no puede estar a discreción de una de las partes”<sup>17</sup>

Por su parte, se anota que en el dictamen pericial sobre mercado al referirse el perito al ciclo de vida de un producto, y su relación con el valor facial de las Tarjetas, al atender las preguntas 1 y 4, indicó:

**“1. El perito deberá ilustrar al Tribunal acerca de las etapas del ciclo de vida de un producto, haciendo especial énfasis en el caso de un producto tecnológico como son las tarjetas prepagadas que comercializa y vende Telefónica. Señalará, para tal efecto, si el paso de una fase o etapa a otra implica un cambio de margen de descuento en el valor facial de las tarjetas”.**

El ciclo de vida se refiere, en términos generales, a la duración de un bien o servicio tangible y/o intangible en el mercado de acuerdo con la demanda y necesidades de los consumidores.

Para precisar este comportamiento se dice que:

*“...un producto es un complejo de atributos tangibles e intangibles e incluso el embalaje, color, precio, prestigio del fabricante y del vendedor, que el vendedor, que el comprador puede aceptar como algo que ofrece satisfacción a sus deseos o necesidades...”*

(Stanton 2003, pp 118)

La demanda de un producto en particular se explica en las siguientes cinco etapas o ciclos de vida:

- 1ª. Etapa: Introducción
- 2ª. Etapa: Desarrollo o crecimiento
- 3ª. Etapa: Madurez
- 4ª. Etapa: Declinación
- 5ª. Etapa: Desaparición.

En la primera etapa de *introducción* se aprecia que la inversión debe ser alta, mientras que las ventas muestran unos niveles bajos. Esto implica, prácticamente, que las utilidades sean nulas o negativas. En la segunda etapa de *Crecimiento*, se tiene que una rentabilidad positiva y en permanente ascenso debido al incremento constante de las ventas. En la

<sup>17</sup> Álvaro Pérez Vives, Teoría General de las Obligaciones, T.1, pag. 258.

tercera etapa *Madurez*, la rentabilidad alcanza sus mayores indicadores, al igual que en las ventas pero no mantiene su crecimiento constante. En la cuarta etapa de *Declinación*, las ventas tienden a mostrar un descenso permanente, lo cual va asociado a una caída de las utilidades que tienden a ser nulas. En la quinta y última etapa de *Desaparición*, ventas y rentabilidad son prácticamente nulas.

(...)

Finalmente es pertinente precisar que no todos los productos cumplen su ciclo pasando por todas las etapas, ya que existen casos en que por ineficacia de las estrategias comerciales y/o situaciones particulares del mercado, se puede pasar, por ejemplo, de la introducción a la declinación y desaparición, o bien de la etapa de crecimiento a la declinación y desaparición.

En épocas actuales, de entornos cambiantes y desarrollo permanente de la tecnología, las etapas del ciclo de vida de un producto, tienden a reducirse en su duración a través del tiempo. Influyen para ello:

- Factores tecnológicos
- Entorno Jurídico
- La acción de la competencia
- El cambio del comportamiento de los consumidores.

Es procedente recalcar que, a partir de la madurez, el paso de una fase o etapa a la siguiente implica una disminución en el margen de utilidad esperado lo cual, en el caso de las Tarjetas Prepago, lleva necesariamente a una disminución del margen de descuento en el valor facial de las Tarjetas.

(...)

**“4. El perito deberá ilustrar al Tribunal acerca de la forma como se determina la rentabilidad de los sistemas prepagados de comunicación, como las tarjetas prepago de Telefónica, y si en los descuentos entregados a los distribuidores, es procedente la utilización de variables para el cálculo, tales como el ARPU, la EBITDA marginal, el margen antes del costo de adquisición, el costo de adquisición de clientes, los gastos operacionales, y los gastos de inversión de red, entre otros”.**

El margen bruto en la comercialización de productos de los sistemas prepagados de comunicación, como las tarjetas prepago, equivale al descuento recibido de Telefónica para el Distribuidor en la compraventa correspondiente, menos el descuento ofrecido al subdistribuidor en los puntos de venta. El margen se obtiene al descontar el valor anterior los costos operacionales.

Las variables citadas en la pregunta como con ARPU, EBITDA, márgenes antes y después del costo de adquisición, gastos de inversión de red, entre otros, son conceptos propios del operador, asociados a sus ingresos operacionales que provienen de los recaudos obtenidos con las tarifas pagadas por los usuarios.

Estos indicadores no tienen ninguna relación con el Distribuidor cuyo modelo de operación se limita a la compraventa del producto del cual, como ya se dijo, deriva una utilidad representada por la diferencia entre el precio de

compra y el de venta de las tarjetas prepago. Debe señalarse que el IVA que graba el servicio de comunicación celular es asumido por el Operador”.

Sobre las modificaciones a los márgenes de descuento, la Representante Legal de Telefónica al responder la pregunta No. 5, de su interrogatorio señaló:

**“Pregunta No. 5.** Diga como es cierto si o no que Telefónica Móviles Colombia varió o modificó unilateralmente los márgenes o niveles de descuento que reconoció a la sociedad GLOBAL .COM y GLOBAL TAT, durante el tiempo de su relación contractual?

Dra. Ruiz. En relación con la pregunta se hacen modificaciones y el contrato establece la prerrogativa de hacer modificaciones en la remuneración, ahí es importante advertir que se establece un mecanismo o un procedimiento bajo el cual proceden esas modificaciones, es una prerrogativa que esta establecida en el contrato y que conocen las partes y sin embargo no obstante la cual el contratista o el distribuidor tiene la posibilidad de objetar y tiene un plazo para objetarlo cuando este le es informado, de forma tal que si no lo objeta se entiende que ha sido aceptado, eso se comunica y tiene unos plazos dentro de los cuales el distribuidor tiene la posibilidad de objetarlo”.

Dr. Medrano. Con la venia del Tribunal, quisiera pedirle si lo considera pertinente, ponerle de presente a la Representante Legal que las preguntas que estoy formulando son de carácter asertivo.

Dra. Lozano. Creo que la Doctora es abogada y ha utilizado en cuatro de las cinco preguntas si y ha aclarado –sic-. Pero doctora recuerde que son preguntas asertivas, o sea tiene que contestar si o no y aclarar lo que tenga que aclarar.

Dra. Ruiz. Perfecto, es cierto y aclaro que la modificación unilateral que se efectúa se efectúa- sic- haciendo prerrogativas de la potestad que se establece en los contratos para proceder a la modificación de ese descuento y a la vez también es importante resaltar, que de la misma norma le asiste al distribuidor la prerrogativa o la opción de estar en desacuerdo con lo mismo, para el caso particular manifestaciones que no se dieron”

Observa el Tribunal que la respuesta dada por la Representante Legal de la sociedad convocada, corresponde al desarrollo de lo pactado, pues no hubo objeción a los descuentos; por consiguiente, podían entrar a regir, como ley para las partes.

Para el Tribunal la facultad para efectuar las modificaciones al precio de las tarjetas no solo estaba acordada en la relación jurídica bajo estudio, sino que, además, se ejerció cumpliendo el procedimiento allí previsto, y por sobre todo, que estas modificaciones surgen de la necesidad de acomodar los precios a las variables tecnológicas del producto, como se explica en el dictamen de mercado. Tema sobre el cual, se ha pronunciado recientemente la justicia arbitral, al abordarlo en modificaciones unilaterales a las comisiones en el contrato de agencia mercantil, interpretación, que para el Tribunal, procede en cuanto a los descuentos en un contrato de distribución. Sobre el particular, en efecto, se dijo:

“En cuanto a la específica facultad para la modificación unilateral de la remuneración, cabe precisar que hasta hace tres lustros, en los regímenes jurídicos de orientación civilista, se prohibían las estipulaciones que le daban a una de las partes la prerrogativa de definir discrecionalmente los precios y

remuneraciones que habrían de aplicarse en desarrollo de las relaciones negociales. Se decía al respecto que estos pactos introducían en el vínculo obligatorio un elemento de indeterminación respecto de una prestación esencial, la que en buena parte quedaba privada de contenido material, por lo cual se consideraba nulo el contrato por indeterminación del objeto, dado que se dejaba al arbitrio de una parte la determinación de las condiciones económicas del negocio.

Fue así como la jurisprudencia francesa, para reprimir esos poderes excesivos otorgados a uno de los contratantes, y con el fin de evitar los abusos frente al estado de indefensión del otro, ensanchó el alcance de las nulidades por indeterminación del objeto para incluir en él la hipótesis que nos ocupa<sup>18</sup>, con apoyo en lo previsto en los artículos 1.129 y 1.591 del Código Civil. El primero de tales artículos dispone que “la cuota de la cosa puede ser incierta con tal que pueda ser determinada”, y el segundo, que “el precio de venta debe ser determinado e indicado por las partes”, disposición que corresponde al artículo 1.864 del Código Civil colombiano, debiéndose agregar que el artículo 1.865 de la misma obra prohíbe que se deje “el precio al arbitrio de uno de los contratantes”.

Según la interpretación de la Jurisprudencia Francesa, de los mencionados artículos se deduce que el objeto de las obligaciones debe ser cierto, es decir, determinado, requisito que hizo extensivo a todos los contratos y cuya inobservancia afectaba la validez del negocio. En este sentido, la nulidad por indeterminación del objeto, no se generaba propiamente por un defecto estructural –pues existía acuerdo de voluntades sobre la forma de definir el precio o la remuneración a través de la determinación de una de las partes- sino por una exigencia que obedecía al propósito de proteger al contratante que en cierta medida había quedado a merced del otro, preservando así el equilibrio contractual.

No sobra precisar que esta tesis fue acogida expresamente en decisiones arbitrales en Colombia, como se observa, por ejemplo, en el laudo proferido el 1º de julio de 1.992 en el proceso de la sociedad Roberto Cavelier & Cía. Ltda. contra la Flota Mercante Grancolombiana.

Con todo, la jurisprudencia dentro de este marco conceptual, admitía que el precio no era fijado arbitrariamente –reconociendo la validez de la estipulación- cuando la parte que gozaba de la atribución la ejercía dentro de límites objetivos, señalados en el contrato mismo, sobre los cuales el juez podía llevar a cabo un control efectivo.

La tendencia descrita, que prevaleció durante muchos años, fue abandonada por la jurisprudencia debido a la necesidad de permitir la operatividad de mecanismos ágiles y flexibles para la determinación de precios y remuneraciones en contratos de larga duración, que deben afrontar la constante volatilidad de las condiciones económicas y para no impedir a las empresas reacciones oportunas y eficaces frente a los cambios del mercado y a las acciones de los competidores.

La nueva doctrina, que ha sido consagrada legislativamente en diversos regímenes jurídicos, se gestó en cuatro sentencias de la Corte de Casación Francesa, todas expedidas el 1º de diciembre de 1995, en virtud de las cuales se permite que, en los contratos marco, los precios o remuneraciones sean

---

<sup>18</sup> Jacques Ghestin. *Traité de Droit Civil. Les Obligations*, pág. 587 y ss.; y Jacques Ghestin et Marc Bilian. *Les prix dans les contrats de longue durée*, pág. 11 y ss.

determinados por una de las partes, quedando a cargo del juez la verificación de si se ejerció esa atribución legítimamente o por el contrato, si se ejerció de manera abusiva.

Con esta tesis se modificó la forma y la oportunidad de brindar protección al contratante que queda sometido a las condiciones económicas definidas por el otro, pues tal protección no consiste ya en el establecimiento de un requisito para la validez del negocio (la determinación del objeto) sino en el análisis ulterior del comportamiento del contratante que ostenta la facultad de fijar las condiciones económicas para determinar -a la luz del principio de la buena fe- si ejerció las atribuciones con razonabilidad, o si lo hizo con exceso, es decir, con abuso de sus prerrogativas.

Al respecto, en una de las cuatro decisiones aludidas se precisó que *“cuando un contrato prevé la conclusión de contratos posteriores, la indeterminación del precio de estos contratos en el convenio inicial no afecta, salvo disposiciones legales particulares, la validez de aquellos (...)”*<sup>19</sup>.

En otro de estos fallos se puntualizó que *“la cláusula de un contrato de franquicia haciendo referencia a la tarifa vigente el día de los pedidos de suministro (...) no afecta la validez del contrato (...)”*<sup>20</sup>.

Según los comentaristas, la jurisprudencia citada *“admite de manera manifiesta que un convenio-marco escapa a la nulidad cuando encierra una cláusula que reenvía a la tarifa del proveedor”*<sup>21</sup>.

El contrato marco, matriz o normativo previene la celebración y ejecución de otros contratos, que habrán de regirse por las pautas generales señaladas por aquél. El rasgo principal del contrato normativo consiste en determinar el contenido mínimo o pleno de otros contratos ulteriores, que se celebrarán entre las mismas partes o entre una de ellas y uno o varios terceros.<sup>22</sup> Así las cosas, son contratos marco, entre otros, los de agencia, distribución y suministro.

Ahora bien, ha de puntualizarse que la aludida regla general para los contratos marco -vale decir, la que admite su validez cuando en ellos se pacta que se observará la tarifa que el proveedor tenga vigente en cada operación- es aplicable, según la jurisprudencia francesa, *“salvo disposiciones legales particulares”*, que den un tratamiento especial al requisito de la determinación del precio. Dentro de estos casos que se exceptúan se cita el contrato de venta, toda vez que el citado artículo 1.591 exige que el precio sea determinado, lo que mantiene este requisito como una condición de validez<sup>23</sup>. Aún así, para un sector de la doctrina, *“una cláusula que confía a la voluntad unilateral de una de las partes la determinación del precio sería suficiente para responder a las exigencias del artículo 1591 (...)”* Con todo, sentencias posteriores han mantenido el tradicional criterio de la determinación del precio para el contrato de venta<sup>24</sup>.

Dentro del marco de este debate, se distingue *“entre las ventas concluidas en aplicación de un contrato-marco y las demás. Al tratarse de las primeras, la solución liberal prevalece: la exigencia de un precio determinado o determinable*

<sup>19</sup> Henri Capitant, Francois Terré, Yves Laquette. Los grandes fallos de la jurisprudencia civil francesa. T.II. Obligaciones. Librería Ediciones del Profesional Ltda. Pág. 44

<sup>20</sup> Op. Cit. Pág. 44

<sup>21</sup> Op. Cit. Pág. 53

<sup>22</sup> Franceso Messineo. Contrato Normativo, ENC. Giuffrè, X, Milano, 1962.

<sup>23</sup> Op. Cit. Pág. 57

<sup>24</sup> OP. Cit. Pág. 471

*se satisface incluso cuando una cláusula prevé que el precio debe fijarse por referencia a la tarifa del proveedor*<sup>25</sup>.

Recientes decisiones arbitrales colombianas han seguido esta línea de pensamiento<sup>26</sup>, apoyándose en la reseña de las legislaciones que permiten que una parte fije unilateralmente las condiciones económicas de los contratos; y teniendo en cuenta la evolución antes explicada de la jurisprudencia francesa, para concluir que en Colombia tampoco se prohíbe en forma general esa clase de estipulación. Se ilustra esta deducción con el artículo 969 del Código de Comercio, el cual prevé, dentro del marco del contrato de suministro, que es caracterizadamente de larga duración, que una de las partes –el consumidor– defina la cuantía del suministro.

Cabe mencionar que también en el ordenamiento colombiano existen disposiciones particulares que, para ciertos contratos, fijan reglas especiales relativas a la determinación del precio, las cuales deben ser rectamente interpretadas y aplicadas.

Al respecto han de traerse a colación las normas especiales del Código de Comercio Colombiano, relativas a la determinación del precio en la compraventa y en el suministro, las cuales son muy similares, exigiendo ambas que dicho precio sea determinado o determinable.

En este sentido el artículo 920, dispone para la venta: “*no habrá compraventa si los contratantes no convienen en el precio o en la manera de determinarlo*”.

Por su parte el artículo 970, para el suministro, contempla la hipótesis de que las partes señalen el precio del suministro en el todo o para cada prestación, o que fijen “*en el contrato la manera de determinarlo sin acudir a un nuevo acuerdo de voluntades (...)*”

En los dos casos, dada la autorización explícita a los contratantes para definir “*la manera*” de determinar el precio, es posible que lo hagan atribuyéndole a uno de ellos la facultad de fijarlo, aplicando para ello, por ejemplo, los valores establecidos en las listas de precios vigentes en una determinada época.

Pero es sin duda indispensable para que una parte cuente con esa facultad, que se le haya atribuido en el contrato de manera expresa y puntual, es decir, para el específico propósito de que determine y modifique los precios que han de observarse en desarrollo de la relación comercial. En otras palabras, esa prerrogativa no puede inferirse de cláusulas que otorguen facultades generales equívocas o imprecisas, ni mucho menos del silencio de los contratantes al respecto.

Esto se deduce de las disposiciones del derecho comparado, pero sobre todo es absolutamente claro en la legislación colombiana.

En efecto, en los principios de contratación de Unidroit, se dispone en el artículo 5.7 que “*2. cuando el precio que debe ser fijado por una parte es manifiestamente irrazonable, sea sustituido por un precio razonable.*”.

<sup>25</sup> Op. Cit. Pág. 472.

<sup>26</sup> Laudo arbitral de Comcelulares FM Vs. Comcel del 14 de diciembre de 2006.

De igual forma, el Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos, artículo 2-305 establece que *“cuando el precio debe ser fijado por el vendedor o por el comprador, el mismo debe ser fijado de buena fe”*<sup>27</sup>.

Lo propio dispone el artículo 305 del Código Civil Alemán, a cuyo tenor *“cuando la prestación debe ser determinada por una de las partes contratantes, debe considerarse en la duda, que esta determinación debe hacerse de manera equitativa”*<sup>28</sup>.

Todas estas normas denotan que se requiere una disposición legal o un pacto contractual específico, que habilite a una parte para fijar las condiciones, pues estas son las únicas hipótesis en que “el precio debe ser fijado” por uno de los contratantes.

En el caso colombiano, los indicados artículos 920 y 970 del Código de Comercio se refieren al evento de que las partes pacten “la manera” de determinar el precio.

Según el Diccionario de la Lengua Española, “manera” significa *“modo con que se ejecuta o acaece algo”*. Y “modo” en su segunda acepción es el *“procedimiento o conjunto de procedimientos para realizar una acción”*.

De estos conceptos se infiere que se requiere de una atribución contractual puntual o concreta para que uno solo de los contratantes pueda establecer el precio. Esa es la única forma de observar la exigencia de que se precise la manera de fijarlo, pues de lo contrario, no podría decirse que se ha estipulado un procedimiento o un modo específico de llevar a cabo esa tarea.

Si bien las normas bajo análisis se refieren a los contratos de compraventa y suministro, no es menos cierto que se ha hecho extensiva la exigencia de contar con una atribución específica para modificar unilateralmente las remuneraciones en contratos de intermediación como la agencia comercial.

Así lo ha entendido la jurisprudencia arbitral nacional, pues, frente a cláusulas ambiguas invocadas como fuente de facultades de modificación unilateral de las condiciones económicas, se concluyó que *“el contrato no le asignó a la Convocada una facultad clara y expresa de modificación de las comisiones que pudiese ejercer unilateralmente, lo que explica que prácticamente en todos los casos, (La Convocada) solicitó el consentimiento de la Convocante cuando, con ocasión de la adopción de los planes de venta, modificaba las comisiones del Anexo A.”*<sup>29</sup>.

En igual sentido se pronunció otro tribunal arbitral al señalar que *“de la cláusula no se infiere con claridad que (La Convocada) pudiera modificar las comisiones”,* agregando 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 (...).”*<sup>30</sup>

Así mismo en otro laudo y ante la ausencia de facultad explícita se precisó: *“como por ninguna parte del contrato aparece la atribución de (La Convocada) para modificar unilateralmente las comisiones pactadas o para excluir determinados productos o servicios de la base de cálculo de las mismas, habrá*

<sup>27</sup> Laudo arbitral de Comcelulares FM Vs. Comcel del 14 de diciembre de 2006.

<sup>28</sup> Laudo arbitral de Comcelulares FM Vs. Comcel del 14 de diciembre de 2006.

<sup>29</sup> Laudo arbitral de Comcelulares FM Vs. Comcel del 14 de diciembre de 2.006.

<sup>30</sup> Laudo arbitral de Concelular Vs. Comcel del 1 de diciembre de 2.006.

*de concluirse que más que en un abuso de una facultad, se incurrió en un incumplimiento contractual.”<sup>31</sup>*

Adicionalmente, no sobra precisar que, según antecedentes arbitrales nacionales, no puede existir en ningún caso atribución modificatoria unilateral en ausencia de estipulación expresa, ni siquiera por consideraciones prácticas derivadas del cambio permanente de las condiciones del mercado, según se observa en la siguiente cita:

*“(…) Lo que el Tribunal estima preciso enfatizar es que el carácter dinámico de la vida de los negocios y de las relaciones contractuales que de ellas se generan, no pueden servir de base por sí solo para concluir que una de las partes puede modificar a su arbitrio su relación obligatoria. En efecto para que pueda existir la facultad para uno de los contratantes de determinar diversos aspectos de la relación es necesario que tal prerrogativa le haya sido conferida por el contrato o por el ordenamiento, y en todo caso que la misma se ejerza de forma correcta teniendo en cuenta los principios que inspiran el control del abuso del derecho.”<sup>32</sup>*

En Francia la necesidad de contar o no con una atribución específica para tales modificaciones ha dado lugar a un arduo debate que aún no ha concluido.

Al respecto se ha manifestado, para resolver la polémica, que *“existiría una costumbre en virtud de la cual, incluso en ausencia de una cláusula con referencia a la tarifa del proveedor, el precio sería determinado por el proveedor cuando un convenio prevé la conclusión de contratos posteriores”* (contrato marco). Otros comentaristas muestran su escepticismo frente a esta interpretación, puntualizando que tal análisis causa perplejidad, pues explican que *“acorralada durante 25 años por la alta jurisdicción y sistemáticamente anulada, la cláusula de la referencia a la tarifa del proveedor se convertiría no solamente en lícito, sino que en caso de silencio de las partes, se impondría a aquellas”<sup>33</sup>*.

En Colombia es evidente que la solución de presumir la existencia de la facultad no es procedente, pues no hay una costumbre que la respalde y que pueda ser demostrada en los términos del artículo 6 del Código de Comercio. Tampoco podría decirse que la facultad de modificación unilateral subyace implícitamente en los contratos, para concluir que si no se pacta expresamente, surgiría como un elemento de la naturaleza de los actos jurídicos, es decir, como uno de aquellos efectos que *“aún a falta de estipulación, se producen espontáneamente opera legis”<sup>34</sup>*. Tales elementos naturales, según las voces del artículo 1.501 del Código Civil, son los que se entienden pertenecerle al contrato, sin necesidad de una cláusula especial.

No existe en la legislación colombiana ningún respaldo para concluir que la facultad de modificación unilateral se encuentra implícita en las relaciones negociales o en algunas de ellas, pues en ningún contrato la ley faculta a una de las partes para determinar unilateralmente los precios o la remuneración, como si lo hace de manera expresa en el contrato de suministro, dándole al consumidor la facultad de definir, dentro de los límites estipulados, la cantidad del mismo; pero ello no ocurre para la fijación del precio (Art. 969 del Código de Comercio).

<sup>31</sup> Laudo arbitral de Cell Point Vs. Comcel del 18 de marzo de 2.002.

<sup>32</sup> Laudo arbitral de Comcelulares Vs. Comcel de 14 de diciembre de 2.006.

<sup>33</sup> Henri Capitant, Francois Terré, Yves Lequette. Op. Cit. Pág. 54.

<sup>34</sup> Guillermo Ospina Fernández, Eduardo Ospina Acosta. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico, Quinta Edición, Editorial Temis S.A., Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1998, Pág. 36.

Para ilustrar esta afirmación, téngase en mente que la ley -si las partes no determinan el precio o la remuneración, ni fijan la manera de hacerlo-, suple esa carencia de pacto con distintos medios, como son acudir a la costumbre; establecer ciertas presunciones o dejar la fijación del precio o remuneración al juicio de peritos, pero en ninguna hipótesis contempla la posibilidad de que una de las partes fije el precio unilateralmente. Así por ejemplo, en el artículo 1.865 del Código Civil se prohíbe que el precio de venta quede al arbitrio de uno de los contratantes. En la venta y en el suministro mercantiles, los artículos 920 y 970 del Código de Comercio, establecen, en forma idéntica, que a falta de acuerdo de las partes respecto del precio y de la forma para fijarlo, se presumirá que aceptan el precio medio de la cosa imperante en cierto día y lugar.

En materia de arrendamiento, el artículo 1.976 del Código Civil dispone que el precio puede determinarse de los mismos modos que en el contrato de venta, lo que excluye el arbitrio de una parte, según el citado artículo 1.865 del mismo Código.

En el contrato de prestación de servicios (o de confección de obra material), el artículo 2.054 del Código Civil, establece que si no se ha fijado el precio, se presumirá que las partes han convenido el que ordinariamente se paga por la misma especie de obra, o en su defecto el que estimen peritos.

Estas mismas pautas se siguen en numerosos contratos mercantiles, en los cuales se prevé, a falta de estipulación sobre la remuneración, que será la usual, o la que surja de la costumbre, o en últimas la que determinen los peritos. Este es el caso del Depósito (artículo 1.170); del Mandato (art. 1.264), así como de los contratos a los que se les aplican, como régimen subsidiario, las normas del mandato, tales como la Comisión (art. 1.308) y la Agencia (art. 1.330). También es el caso del corretaje (art. 1.341) y de la consignación (art. 1.379).

Al respecto, el artículo 1.264 del Código de Comercio dispone: *“El mandatario tendrá derecho a la remuneración estipulada o usual en este género de actividades, o, en su defecto, a la que se determine por medio de peritos.”*

De otra parte, en el mutuo si no se pactan intereses la ley establece que el deudor pagará los legales comerciales (art. 1.163).

Así las cosas, en la ley colombiana no hay ni siquiera un mínimo respaldo a la tesis de que la facultad de fijación unilateral de precios o remuneraciones estaría implícita en algunos negocios, de manera que dicha facultad no es un elemento de la naturaleza, sino un accesorio que requiere de pacto explícito para su existencia.

Esto significa que en nuestro derecho el principio general sigue siendo el del respeto al *Pacta Sunt Servanda*, de manera que las estipulaciones sólo pueden ser modificadas o extinguidas por el acuerdo de las partes o por causas legales. Con todo, ese principio se ve limitado cuando, en virtud de pacto expreso, se le otorga a una parte la facultad de cambiar discrecionalmente los precios o remuneraciones del negocio, estipulación que es válida y vinculante en el estado actual del derecho privado colombiano”.<sup>35</sup>

Por las razones que anteceden se denegará, en la decisión final la anterior pretensión segunda.

---

<sup>35</sup> Laudo del 25 de marzo de 2009, Meg@enlace Net S.A., contra Telefónica Móviles Colombia S.A. .

#### 4. PRETENSION CUARTA

*“Que se declare que TELEFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A., como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte en su relación contractual con GLOBAL.COM LTDA Y GLOBAL TAT LTDA, en el contexto preciso de los incumplimientos denunciados en la pretensión segunda anterior, incurrió además en la explotación abusiva de la situación de dependencia económica en que estas se encontraban en virtud de los contratos individualizados en la pretensión primera anterior, (I) al establecer, dentro de la vigencia de la relación contractual, en su propio y exclusivo interés un esquema de distribución comercial abiertamente lesivo para GLOBAL. COM LTDA Y GLOBAL TAT LTDA que rompió y atropelló abusivamente su labor de promoción, intermediación y comercialización al imponer una estructura de territorios abierto a nivel nacional para todos los distribuidores, irrumpiendo en consecuencia todos los nuevos actores sobre la clientela conquistada y sostenida estable e ininterrumpidamente por las demandantes entre los años de 2.003 a 2.006, lo que les impidió por tanto percibir oportuna, equilibrada y razonablemente su contraprestación, llevándola finalmente a una situación de iliquidez que determinó la cesación de su actividad comercial, unida indisolublemente a las deficiencias en su capacidad de operación y (II) al reducir unilateral y sistemáticamente el esquema remunerativo del contrato al que tenían derecho a percibir GLOBAL. COM LTDA Y GLOBAL TAT LTDA, según las propias estimaciones y proyecciones formuladas por TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. desde el principio de la relación contractual.”*

Para el Tribunal, lo aquí solicitado ha sido despachado desfavorablemente al decidir la pretensión anterior que abarcaba los dos aspectos que aquí se proponen: la apertura de territorio para la distribución y la reducción de los descuentos en las ventas a los distribuidores. Por lo tanto, las mismas razones que precedieron la decisión de la pretensión anterior, se invocan aquí, para de igual manera denegar las ahora nuevamente propuestas.

Sin embargo, como en forma por demás reiterada, **se ha invocado la explotación abusiva de la situación de dependencia económica**, como factor determinante de la conducta de la convocada, según lo afirma la parte convocante para el Tribunal, tal afirmación no corresponde ni a los hechos ni a las pruebas. En efecto, como lo señala el perito en el dictamen sobre mercados, al responder la pregunta 3:

**“ 3. De acuerdo con la respuesta entregada a la pregunta anterior, el perito deberá señalar, para el momento en que Global. Com y Global TAT ingresaron como distribuidores de tarjetas prepago de Telefónica, cual era la etapa de crecimiento del producto y el grado de penetración del mismo en el público consumidor”**

Sobre el particular, en el dictamen se expresó:

“La participación porcentual de los tres Operadores a partir del primer semestre de 2003 ha sido la siguiente:

Trimestre	Telefónica	CONCEL	OLA- TIGO
II-03	33,66%	66,34%	0%
IV-03	32,92%	67,08%	0%
I-04	32,98%	67,02%	0%

II-04	33,09%	56,52%	10,40%
III-04	31,82%	56,54%	11,63%
IV-04	31,70%	55,90%	12,40%
I-05	30,36%	57,63%	12,02%
II-05	30,53%	58,88%	10,59%
III-05	28,21%	61,83%	9,97%
IV-05	27,61%	63,04%	9,35%
I-06	27,25%	63,48%	9,27%
II-06	26,73%	64,27%	9,00%
III-06	26,34%	64,27%	9,39%
IV-06	28,00%	64,24%	7,76%
I-07	26,91%	65,09%	8,00%
II-07	24,69%	66,85%	8,46%
III-07	23,80%	66,99%	9,21%
IV-07	24,67%	65,80%	9,53%
I-08	24,57%	64,92%	10,50%
II-08	24,72%	63,92%	11,36%

A 30 de junio de 2008, la participación en el mercado celular TIGO, TELEFÓNICA – MOVISTAR y COMCEL era de 11%, 24% y 64%, respectivamente:  
(...)

De acuerdo con lo anterior, para el primer trimestre de 2003, la penetración del mercado celular en la población del país era del 13% y la participación de mercado era de 32.92%. El “mix” prepago – pospago de Bellsouth (hoy Telefónica- Movistar), era de 40% - 60% mientras la competencia manejaba 70% - 30%”.<sup>36</sup>

Por consiguiente, en una participación tan pequeña en el mercado, por parte de Telefónica, y en el cual las convocantes distribuían las tarjetas de la competencia, que tienen como COMCEL el 64% del mismo, la afirmada dependencia económica no puede configurarse.

El representante legal de las personas jurídicas convocantes, en su interrogatorio al responder las preguntas No. 6 y 11 y 13 respondió:

**“Pregunta No. 6.** Diga como es cierto si o no que Global TAT al finalizarla relación con Telefónica continuó distribuyendo su portafolio de productos en los mismos locales y a comerciantes a los que venía haciendo ventas hasta ese momento?

SR. BENAVIDES: Es cierto que continuamos la operación comercial, una operación comercial de esa magnitud no estábamos vendiéndole cercano a veces a un US\$1 millón de Movistar, no se podía terminar de un solo tajo, de hecho cuando nos abrieron los territorios nos empezaron a quitar los clientes y de hecho cuando nos empezaron a quitar los clientes empezamos

<sup>36</sup> Cuaderno de Pruebas No. 5.

a reducir nuestro volumen de operación general de la empresa hasta llegar a veces a la mitad de lo que se vendía antes.

Entonces nosotros continuamos obviamente porque desde un principio Movistar o BellSouth en esa época decidió tomarnos a nosotros como distribuidores porque distribuíamos la tarjeta, sobre todo la tarjeta de Comcel y ellos se apoyaron en esa fuerza que la tarjeta de Comcel le daba de penetración en el mercado para penetrar a través nuestro con los clientes su tarjeta, su marca nueva, no se si ustedes recuerden Comcel arrancó muy fuerte con el prepago y BellSouth era una compañía de mucho prepago.

Cuando empezaron a darse cuenta que el negocio estaba en prepago que no tenían cartera, que de efectivo, que además se sacaban la tarjeta y era como si tuvieran plata en efectivo, como si emitieran dinero, ellos empezaron a impulsar el prepago”.

(...)

**“Pregunta No. 11.** Diga como es cierto si o no que las sociedades que usted representa comercializan conjuntamente con las tarjetas prepago de Telefónica Móviles, tarjetas de otros operadores de telefonía móvil celular y PCS?

SR. BENAVIDES. Si, es cierto y la aclaración es importante, nosotros comercializábamos las tarjetas en un esquema de multimarca muy inteligente por parte de Bellsouth, pero no la bloqueo, Comcel fue abierto en su momento.”

(...)

**“Pregunta No. 13.** Diga como es cierto si o no que las sociedades que usted representa Distribuidores de Tarjetas Prepago Movistar terminaron siendo mayoristas, es decir que revendían a personas que efectuaban la subdistribución de las tarjetas.

SR. BENAVIDES. Si, cuando nos abren los territorios veníamos en el esquema que les venía mostrando ideal, cuando nos abren los territorios Movistar primero nos desmoronó el margen operativo, que quiere decir?. Que al mismo cliente le estaban llegando 2 o 3 o 4 distribuidores”.

(...)

Como se advierte de los textos transcritos, ni por la participación en el mercado de Telefónica Móviles Colombia S.A., ni por el desempeño de las convocantes como distribuidores del producto de la competencia, para satisfacer iguales necesidades de los usuarios, a juicio del Tribunal, puede configurarse la denominada dependencia económica invocada por la parte convocante. En consecuencia, no tiene vocación de prosperidad la pretensión cuarta.

## **5. PRETENSION QUINTA**

*“Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., de manera contraria a los deberes de la lealtad y buena fe a que se encontraba legalmente obligada en su calidad de PRINCIPAL respecto de GLOBAL TAT LTDA, dio antijurídica y reprochablemente por terminada la relación contractual vinculante*

*entre las partes que inicialmente estuvo regulada por la oferta de distribución de tarjetas C-0128-03 y posteriormente por el contrato C-0306-03 denominado por imposición de la demandada como de DISTRIBUCIÓN, de fecha 14 de octubre de 2.003, al amparo de la Cláusula Octava, denominada "Término" que se transcribe así:*

*"Término inicial y prórrogas: El término de duración inicial del presente contrato irá desde su suscripción y se extenderá hasta el primero (1º) de abril del 2005. Una vez vencido este período, continuará vigente por término indefinido, pero cualquiera de las partes podrá darlo por terminado en cualquier tiempo, dando aviso escrito a la otra parte **BellSouth** con por lo menos dos (2) meses de anticipación a la fecha de terminación y el **Distribuidor** con por lo menos seis (6) meses de anticipación a dicha fecha de terminación, sin que por ello queden obligadas a reconocer o pagar suma alguna".*

Sobre esta pretensión, la convocante al formular la demanda, cuestionó el proceder de la convocada, al considerar que:

**"2.6.11.** ... Mediante comunicación del 23 de julio de 2007, dirigida a GLOBAL TAT LTDA, y suscrita por la señora Martha Elena Ruiz D-G. Representante Legal de TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., le informa sobre la terminación de la Oferta Comercial para el Suministro y Distribución de Tarjetas Prepagadas de Telefónica Móviles. Aduce que esto obedece a que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. : "Implementará un nuevo esquema para la comercialización de tarjetas prepagadas. En consideración a ello, nos permitimos notificarle con la debida antelación, nuestra decisión de dar por terminada, a partir del treinta (30) de septiembre de 2007, la Oferta Comercial para el Suministro y Distribución de Tarjetas Prepagadas de Telefónica Móviles Colombia S.A., y agrega que : le confirmamos que procederemos a abrir un proceso de selección de nuevos distribuidores en el cual usted podrá participar, conforme a los lineamientos que ya les hemos informado y en las condiciones particulares que les haremos llegar de manera oportuna".

**2.6.12.** En comunicación del 31 de julio de 2007 suscrita por el señor Luis Antonio Benavides, gerente de GLOBAL TAT LTDA, dirigida a TELEFONICA MOVILES COLOMBIA S.A., a la atención de la señora Martha Elena Ruiz D- G , Representante Legal le responde que esa decisión es unilateral e injustificada, porque no existe motivo válido y legítimo que amerite tal proceder y con lo cual le ocasiona perjuicio a la comercialización y promoción de las tarjetas prepago".

El Tribunal se aparta del anterior razonamiento, pues el texto de la cláusula no da lugar a dudas sobre su alcance, y no encuentra texto legal alguno que impida que la cláusula contractual se ocupe de regular este importante aspecto en la vida de la relación jurídica; por tanto, como lo enseña el artículo 1603 del Código Civil:

"Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y **por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa (...)**" - Negrillas no son del texto-

En el texto materia de análisis se otorgó a las partes vinculadas al contrato, no a una de ellas, la posibilidad de dar por terminado el contrato; para la convocada dando aviso escrito a la convocante con por lo menos dos (2) meses de anticipación

a la fecha de terminación, procedimiento que se acató, y para el Distribuidor con por lo menos seis (6) meses de anticipación a la fecha de terminación.

Así, pues, no encuentra el Tribunal que el ejercicio de un derecho que emana de la ley de las partes, vale decir, el contrato, y que se ajustó en su desempeño al texto del mismo, pueda quebrarse su legitimidad por interpretación de alcance meramente subjetiva.

Por consiguiente, la pretensión quinta propuesta no está llamada a prosperar.

## **6. PRETENSION SEXTA**

*“Que se declare que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. para efectos de dar por terminado el contrato celebrado con GLOBAL TAT LTDA incurrió en conductas erróneas e ilegítimas abusando del ejercicio de su posición de parte fuerte respecto de GLOBAL TAT LTDA, de manera completamente arbitraria, abusiva y contraria a los deberes de respeto, buena fe, equilibrio y lealtad negocial inherentes a los contratos de colaboración empresarial, ejecutando en perjuicio de GLOBAL TAT LTDA las reprochables y antijurídicas conductas abusivas de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. que a espacio se desarrollarán en los hechos de esta demanda, y que fueron entre otras las siguientes:*

- a. *Desde que la sociedad BELLSOUTH COLOMBIA S.A. fue adquirida por la sociedad TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se empezó a diseñar una transformación las políticas corporativas de distribución comercial de las tarjetas prepagadas de esa marca a todos los niveles del territorio colombiano, vulnerando de entrada, sin la menor consideración los derechos de GLOBAL TAT LTDA en lo relacionado con la clientela que cosechó legítimamente a consecuencia de los años del contrato obtenida a fuerza de trabajo y empuje empresarial. Es así como intempestivamente, en el mes de noviembre de 2.006, se suspendieron por más de un mes la totalidad de los despachos a GLOBAL TAT para cubrir el producto en la zonas por el contrato asignadas. Esta decisión, inconsulta, unilateral abusiva, silenciosa y además tomada en franca violación de lo dispuesto en el contrato para efectos de revestiría de legalidad, en contravía del propio texto de su cláusula primera de su contrato, afectó en materia grave el flujo operativo y financiero de GLOBAL TAT LTDA en atención a la dinámica permanente, estable y lógica de la rotación del producto, en los volúmenes de tarjetas y cuantías en pesos que venía manejando la convocante.*
- b. *El trasfondo de esta decisión – que es el motivo desencadenante de la violación abusiva de los derechos de GLOBAL TAT LTDA-, es que TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. de manera completamente autónoma y deliberada sustituyó para el canal asignado a GLOBAL TAT LTDA como distribuidor por otro, la sociedad PROVAR COLOMBIA S.A., empresa nueva a la cual, sin tener ningún tipo de trayectoria, presencia comercial, antecedente o nombre en el mercado, le fueron entregados sin ningún tipo de reparo ni autorización los 2.700 clientes directos que GLOBAL TAT atendía en la ciudad de Bogotá, y lo que es más grave, con unos descuentos muy superiores, absolutamente discriminatorios respecto de los reconocidos a GLOBAL TAT LTDA que, de entrada, impedían cualquier tipo de competencia leal entre los participantes de la red, usurpando con violencia la clientela construida por años de GLOBAL TAT LTDA.*

- c. *Ante la propia conciencia de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. de lo arbitrario, ilegal y ordinario de la decisión de suspensión de la entrega del producto, tardíamente pretendió restablecer los despachos de las tarjetas, en una acción burdamente disfrazada, en la medida en que al paso que ofreció reincorporar a GLOBAL TAT LTDA al mercado de la distribución, lo hizo pero manteniendo de hecho a PROVAR COLOMBIA S.A., y otros como ALPINA, y FRÍOS Y CONGELADOS organizaciones completamente ajenas al entorno de la distribución de tarjetas prepagadas y sosteniéndoles, de manera desconcertante unos niveles de descuentos por completo preferenciales y discriminatorios. Bajo esta maniobra abusiva, éstos nuevos distribuidores accedieron a la clientela de GLOBAL TAT LTDA con un descuento del once por ciento, que les permitía llegar sin problema a las tiendas con un descuento del ocho y nueve por ciento, DESCUENTO DEL OCHO Y DEL NUEVE POR CIENTO QUE FUE EL MISMO QUE EN ESE PERÍODO FINAL DEL CONTRATO LE IMPUSO LA TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. a GLOBAL TAT LTDA, lo que sencilla y llanamente prueba la inequívoca intención de la demandada de desposeer intencionalmente para sí, en cabeza de sus nuevos actores en el proceso de la intermediación, del universo de clientes de GLOBAL TAT, de tal manera que su objetivo legítimo de lucro en la promoción y en la intermediación desapareció de la relación.*
- d. *Todo lo anterior, como precedente premeditado de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. para ir preparando con malicia en detrimento de GLOBAL TAT LTDA en el escenario de la terminación unilateral del contrato, que dejó en evidencia la intención inequívoca de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. de (I) expulsar a GLOBAL TAT LTDA subrepticia y gradualmente de su red (II) usurpar su el territorio asignado, rapándole el capital más importante, su clientela, con la consecuente pérdida irreparable del posicionamiento de la imagen de GLOBAL TAT LTDA en el mercado y (III) violar, por su propia culpa, su obligación contractual de proveer las tarjetas alterando en materia grave la estabilidad económica del contrato. Bajo esta perspectiva, orientada a desmoronar la infraestructura comercial, financiera y empresarial de GLOBAL TAT LTDA, TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. en efecto procedió a la terminación unilateral del contrato, notificando de manera formal a GLOBAL TAT LTDA esa decisión mediante comunicación de fecha 23 de julio de 2.007 ...”con la debida antelación, nuestra decisión de dar por terminada, a partir del (30) de Septiembre de 2.007, la Oferta Comercial para el Suministro y Distribución de Tarjetas Prepagadas de Telefónica Móviles Colombia S.A.”*
- e. *A manera de premio de consolación agrega la anterior comunicación que... “De igual forma, le confirmamos que procederemos a abrir un proceso de selección de nuevos distribuidores en el cual usted podrá participar, conforme a los lineamientos que ya les hemos informado y en las condiciones particulares que les haremos llegar de manera oportuna. “ No sobra resaltar que los famosos “nuevos distribuidores”, tal como atrás se explicó, ya venían usufructuando de hecho abusivamente la clientela de GLOBAL TAT LTDA desde casi nueve meses atrás, y que el novedoso “proceso de selección de selección de nuevos distribuidores en el cual usted podrá participar”, no era más que el remate de esta maniobra, pues el ofrecimiento era que GLOBAL TAT LTDA se conformara con la reducción al mínimo y bajo el principio de la exclusividad, de la dimensión de la cobertura que históricamente ya había construido, desarrollado y consolidado GLOBAL TAT LTDA.”*

Frente a pretensión así formulada, debe el Tribunal expresar que se aparta sustancialmente de lo ordenado por el numeral 5 del Art. 75 del C.P.C., el cual exige: “Lo que se pretenda expresado con precisión y claridad (....)”.

Algunas pretensiones ya se habían formulado, como la referente a modificaciones en la distribución, los descuentos, la terminación unilateral del contrato, y sobre las cuales, en los apartes anteriores, hay análisis y pronunciamiento.

No obstante, aprecia el Tribunal, que las razones que llevaron a la parte convocada a suspender la entrega de tarjetas, tiene su justificación, como lo indica su representante legal, al responder la pregunta 16 de su interrogatorio, así:

**“Pregunta No. 16.** Diga como es cierto si o no que en noviembre/06 Telefónica por razones de un ejercicio de prueba nos ha dicho en este Tribunal suspendió el despacho de tarjetas a la red de distribuidores que ejercía esa función en la ciudad de Bogotá por un término aproximadamente de 3 semanas?

Dra. Ruiz: Si es cierto, se estaba haciendo una prueba piloto en Bogotá, se hizo una suspensión de despachos exclusivamente limitado a la ciudad de Bogotá, el término creo que no fue de más de dos semanas, considero que no debió haber sido más de dos semanas, pero aquí sabrán en las pruebas los días exactos y esto de todas formas pues si es un plan piloto, no se circunscribió a Bogotá, los distribuidores estaban vendiendo en todo el territorio nacional, tenían la posibilidad y como sucedió, porque realmente lo que se verifica es que las tarjetas entran a los territorios de otras partes y se levantó y siguió la distribución en los términos en que se venía dando”.

Si se observa el término de la suspensión, descarta la mala intención que se le asigna, porque no puede pensarse que un vendedor se aparte del mercado, en el cual tiene una pequeña participación, sin una razón válida, porque de actuar así, sería dejar el espacio para que la competencia amplíe su participación, y en estas ligas mayores de la competencia, hay que descartar la presencia de ingenuas conductas como la anotada.

Por último, en cuanto al proceso de selección de nuevos distribuidores, bajo el criterio de la exclusividad a GLOBAL TAT LTDA, se le invitó a participar en el mismo, y no aceptó la invitación, como lo confirma lo expresado por su representante legal, al responder la pregunta No. 7 de su interrogatorio:

**“Pregunta No. 7.** Diga como es cierto si o no que Global no aceptó la invitación realizada por Telefónica para participar en la licitación para la escogencia de los distribuidores exclusivos Movistar?

SEÑOR BENAVIDES: No, no aceptamos la invitación”.

De consiguiente, para el Tribunal esta pretensión sexta no está llamada a prosperar.

## **7. PRETENSION SEPTIMA**

*“Que en derecho se declare por el Tribunal en el laudo arbitral que ponga fin a este proceso que la terminación unilateral del contrato que existió entre GLOBAL TAT Ltda. TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. por parte de TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. afectó en materia grave los derechos e interese de*

*GLOBAL TAT Ltda. así como que TELEFONICA MÓVILES COLOMBIA S.A. procedió unilateralmente para dicho efecto sin que existiese de su parte justa causa para hacerlo”.*

Debe señalar el Tribunal que respecto a la terminación, se repite la pretensión número cinco, y en cuanto a los graves efectos sufridos por Global TAT LTDA, como consecuencia de la finalización de la relación jurídica, estos ni se probaron, ni se advierten de su posición de intermediario de otros competidores con mayor participación en el mercado, como lo confirman las respuestas dadas por el representante legal de la convocante, a las preguntas 11 y 13.

**“Pregunta No. 11.** Diga como es cierto si o no que las sociedades que usted representa comercializaban conjuntamente con las tarjetas prepago de Telefónica Móviles, tarjetas de otros operadores de telefonía móvil celular y PCS?

SEÑOR BENAVIDES. Si, es cierto y la aclaración es importante, nosotros comercializábamos las tarjetas en un esquema de multimarca muy inteligente por parte de BellSouth que sin Comcel hubiera aceptado ese sistema, habría bloqueado la venta de BellSouth pero no la bloqueó, Comcel fue abierto en su momento”.

(...)

**Pregunta No. 13.** Diga como es cierto si o no que las sociedades que usted representa distribuidores de tarjetas prepago Movistar, terminando siendo mayoristas, es decir que revendían a personas que efectuaban la subdistribución de las tarjetas.

SEÑOR BENAVIDES: Si, cuando nos salen los territorios veníamos en el esquema que les venía mostrando ideal, cuando nos abren los territorios Movistar primero nos desmoronó el margen operativo, que quiere decir?. Que al mismo cliente le estaban llegando 23 o 3 o 4 distribuidores”.

(...)

Aprecia el Tribunal que si la parte convocada modificaba su sistema de distribución al ampliar el territorio, permitiendo a sus distribuidores realizar sus ventas a nivel nacional, ofreció a estos una mejor oportunidad, que la convocante no aceptó, con lo cual se demuestra, sin lugar a dudas, que para ella tenía mayor interés comercializar otras tarjetas con una penetración mas amplia en el mercado. Pretender que se imponga a un empresario restricciones en cuanto a la forma como debe emprender la lucha en el mercado, la escogencia de sus distribuidores y su capacidad económica, quebranta el ejercicio libre de la actividad económica y de contera, además, el ejercicio de la libre competencia.

De consiguiente, la pretensión séptima no tiene vocación de prosperidad.

## **8. PRETENSION OCTAVA**

*“Que se declare que le asiste a GLOBAL. COM LTDA y a GLOBAL TAT LTDA el derecho a exigir, según el régimen de la responsabilidad contractual, y en el contexto preciso de cual sea la calificación jurídica solicitada del Tribunal en la pretensión tercera anterior, el pago de todas las indemnizaciones y prestaciones establecidas por la ley para el evento en que, sin mediar justa causa, el empresario*

*principal decida ponerle fin al contrato usurpando abusivamente la clientela obtenida, desarrollada y sostenida por las convocantes”.*

Al expresar la parte convocante “usurpando abusivamente la clientela obtenida, desarrollada y sostenida por las convocantes”, cabe preguntar: En la distribución con la acción del vendedor, los adherentes a los bienes o servicios, puede pensarse que ingresan como activo al patrimonio del intermediario, o como expresión de confianza al titular de los mismos?

El Tribunal opta por esta última solución, pues como lo enseña la doctrina, en la protección a la clientela “la legislación lo hace en dos casos: Cuando ha sido acordado a un comerciante un **monopolio de explotación** y cuando la competencia de que ese objeto es desleal”.<sup>37</sup>; Por lo que se descarta propiedad sobre la misma, pues, “ **no aparece como un bien por si mismo, material, sino como una cualidad de la empresa**, aun cuando quiera asimilárselo a la clientela – vigente- ya que esta tampoco existe fuera de la empresa, separable de esta ni es enajenable sin ella ni se la concibe, valuable independiente de ella” , como lo señala Halperin.<sup>38</sup> – Negrillas no son del texto-.

Mucho mas enfático Garrigues, cuando afirma:

“En esencia, pues, la competencia es la lucha por la conquista de la clientela. Y esa lucha tiene como premio la propia clientela. Ahora bien, como la clientela es un premio en lucha y el resultado de esta es vario, quiere decirse que la clientela va a cambiar de mano en mano, sin llegar a ser propiedad de nadie. **Cuando yo oigo hablar de mi clientela, o de su clientela, empleando estos posesivos, yo me pregunto hasta que punto es esto exacto.** Porque si la clientela es ni mas ni menos un conjunto de personas que tiene la costumbre, **de hecho y no de derecho**, de mantener relaciones continuas con una empresa en demanda de bienes o de servicios, quiere decirse que no puede haber un derecho sobre la clientela, ni siquiera una protección jurídica de la clientela, como existe respeto de los demás derechos o de las demás cosas.

En definitiva, una ley que protegiese la clientela, como un bien propio, con una especie de acción reivindicatoria de la clientela, tendría que llegar a suprimir la competencia; y esto es lo contrario de lo que quiere la ley. Lo que quiere la ley es que haya lucha; que haya combate; que haya “gara” como dicen los italianos, porque de esa “gara” o combate van a salir beneficiados los consumidores”<sup>39</sup>. (Negrillas no son del texto)

Además, en el subjuicio, en la observación de la realidad, como lo predicara el autor últimamente citado, debe anotarse que la publicidad realizada por la convocada, hecho notorio, entendida esta como la oferta permanente a celebrar negocios jurídicos, hecha en los mensajes dirigidos a los usuarios en general del sistema de telefonía celular, constituye el mayor instrumento de promoción de su marca; publicidad realizada en todos los medios de comunicación, permanente, agresiva y sin pausa, esta publicidad no duerme, ciertamente, mientras sus destinatarios hablan y hablan.

Por las consideraciones que anteceden no prospera la pretensión octava.

<sup>37</sup> Ripert George, Tratado Elemental de Derecho Comercial, Tr. Felipe de Sola Cañizares, T. 1, Ed. Argentina, Buenos Aires, 1954, Pag. 305.

<sup>38</sup> Halperin Isaac, Curso de Derecho Comercial, V. 1., Desalma, Buenos Aires, 1975, P. 93.

<sup>39</sup> Garrigues, Joaquín, Publicidad y Competencia Ilícita en Temas de Derecho Vivo, Technos, Madrid, 1978, Pag. 199.

## **9. PRETENSION NOVENA**

*“Que declare el Tribunal, para en que la calificación y el encuadramiento de los contratos que existieron entre GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA con TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, que GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA tienen derecho a la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1.324 del Código de Comercio”.*

Por no prosperar la pretensión de calificar la relación contractual pactada, como agencia comercial, no procede la aplicación del contenido del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio.

## **10. PRETENSION DECIMA**

*“Que declare el Tribunal, para el caso en que la calificación y el encuadramiento del contrato que existió entre GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA. con TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. se desprenda que en derecho se trató de un contrato de agencia comercial, y particularmente por las circunstancias de modo y tiempo en que ha tenido lugar la terminación del contrato invocadas en las pretensiones cuarta, quinta, sexta y séptima anteriores, que GLOBAL.COM LTDA y GLOBAL TAT LTDA tienen derecho a la prestación establecida en el inciso 2° del artículo 1.324 del Código de Comercio”.*

Por la razón invocada para negar prosperidad a la pretensión anterior, de igual manera, no procede la aplicación a lo dispuesto en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio.

## **11. CONGRUENCIA DE LA SENTENCIA**

Como lo impone nuestro estatuto procesal, la sentencia debe estar en consonancia con los hechos, las pretensiones y las excepciones probadas y alegadas, lo cual excluye providencias extra o ultra petita al imponer el artículo 305 del C de P. C, en su inciso segundo que: “no podrá condenarse al demandado por cantidad o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en esta”.

Concordante con lo anterior, y en obediencia a que la demanda y su contestación que comprenden la acción y la contradicción, y que imponen el marco en el cual el fallador ha de realizar el examen sobre las materias propuestas y de los medios de defensa también propuestos, es por lo que el Tribunal no efectuará pronunciamiento alguno sobre aplicación del artículo 13 de la Carta, propuesto por la parte convocante en su alegato de conclusión, porque de aceptarse, con tal pronunciamiento, se vulneraría el derecho de defensa consagrado en el artículo 29 ib.

## **12. LAS EXCEPCIONES PROPUESTAS**

La parte convocada propuso como excepciones las siguientes:

1. Inexistencia de los incumplimientos
2. Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas
3. Tratamiento en condiciones uniformes para todos los agentes de la red de ventas de la convocada

4. Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante
5. Inexistencia de abuso de posición dominante
6. Compensación
7. Pago
8. El contrato celebrado y ejecutado no es de agencia comercial
9. Contrato no cumplido
10. No hay excepción No. 10
11. Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas.  
Inexistencia de derecho para reclamar
12. Inexistencia de abuso contractual

En atención a lo que reiteradamente han sostenido la doctrina y la jurisprudencia, de no ser necesario referirse el fallador a los medios exceptivos propuestos, cuando las pretensiones no han tenido prosperidad, el Tribunal no se pronunciará respecto a cada una de las formuladas, para mencionar únicamente la referente a que: “el contrato celebrado y ejecutado no es de agencia comercial”, la cual fue acogida, por su naturaleza consecucional, pues al ser despachada negativamente la primera pretensión, en el orden propuesto en esta providencia necesariamente, como su consecuencia, debía concederse prosperidad a la referida excepción.

Trae el Tribunal al caso lo expresado por el profesor Hernando Morales Molina en su Curso de Derecho Procesal Civil, Parte General sobre el examen de las excepciones : “No es necesario examinar todas las excepciones propuestas cuando se encuentra acreditada una que enerva totalmente la pretensión, pero cuando su fuerza sea parcial deben examinarse las restante (...) Ello obedece a que constituyen medios de defensa incompatibles y aducidos *in eventum*, por lo cual si se encuentra fundado uno no se podría proveer sobre los demás (art. 306), cuando aquel tenga poder de enervar la pretensión completamente.”<sup>40</sup>

### **13. TACHA DEL TESTIMONIO DEL SEÑOR JAIME CORREA ÁLVAREZ**

En el presente caso, el apoderado de la Parte Convocada formuló tacha frente al testimonio del señor Jaime Correa Álvarez, recibido en audiencia de 14 de agosto de 2008. La tacha fue sustentada en los siguientes términos:

*“(...) Quisiera formular tacha de sospecha contra el testigo, en atención a las circunstancias conocidas de animadversión que ya han sido ventiladas en otro trámite arbitral donde se comparten apoderados, se comparten dos miembros del panel y han sido de público conocimiento, entiendo que no evita la práctica del testimonio ni nada por el estilo y que será decidida en su momento, pero quiero poner de presente que yo hago tacha de sospecha contra el señor Correa para que sea valorada al momento de pronunciar el laudo arbitral.”*

El Tribunal para resolver esta tacha trae lo expresado en el laudo de Meg@enlace Net S.A. contra Telefónica Móviles Colombia S.A. expedido el 25 de marzo de 2009, por tratarse de idéntica situación y en el cual se dice:

“El Artículo 217 del C. de P. C. define los testigos sospechosos en los siguientes términos:

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

---

<sup>40</sup> Editorial ABC Bogotá, 1985- Novena Edición - página 486

El citado artículo señala algunas circunstancias que pueden afectar la credibilidad del testigo, como el parentesco, la dependencia o el interés que tengan con las partes o los apoderados. Para el Tribunal es claro que es al juez a quien le corresponde estimar, en el caso concreto, si respecto de un determinado testigo concurre alguna de tales razones, u otras de diferente índole, y si ellas conllevan a sospechar de la veracidad de los dichos del mismo.

Así las cosas, el hecho de que una persona tenga o haya tenido vinculaciones laborales o de negocios con una de las partes, o haya prestado sus servicios a una de ellas en asuntos relacionados con el objeto de la litis, no demerita, por sí solo, su grado de credibilidad al describir los hechos de los que fue testigo. (...)

De otra parte, la ley exige para que prospere la tacha, que la parcialidad del testigo aparezca debidamente demostrada, es decir, que los hechos declarados por ellos no correspondan a la realidad o la reflejen sólo en forma parcial o sesgada, para inducir en error o desorientar al fallador, situaciones que no se demostraron en la tacha formulada por la Parte Convocada.

No encuentra entonces el Tribunal razón alguna para restarle eficacia probatoria a la declaración del testigo; en consecuencia, en la parte resolutive de este laudo se rechazará la tacha del testigo formulada por la Parte Convocada (...)"

#### **14.COSTAS**

El Tribunal, con fundamento en lo previsto por el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998, y con sujeción a las reglas contenidas en los artículos 392 y 393 del C. de P.C. proferirá condena en costas. En consideración a que las principales pretensiones de la demanda no prosperaron, habrá de condenar a la parte convocante al pago del 100% de lo que efectivamente pagó la convocada en el proceso incluidas las agencias en derecho, lo cual se liquida así:

50% de honorarios de los Árbitros	\$112.500.000
50% IVA de Árbitros (16%)	\$ 18.000.000
50% de honorarios de la Secretaria	\$ 18.750.000
50% IVA de la Secretaria (16%)	\$ 3.000.000
50% de gastos de Administración de la Cámara de Comercio	\$ 16.250.000
50% IVA de la Cámara de Comercio (16%)	\$ 2.600.000
50% Otros gastos	\$ 2.500.000
60% de honorarios perito mercadeo	\$9.000.000
90% IVA de perito	\$1.440.000
Subtotal	<b>\$184.040.000</b>

En cuanto agencias en derecho, el Tribunal las fija en una suma igual al estipendio de un árbitro, esto es **SETENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS MONEDA CORRIENTE (\$75'000.000.00)**.

En consecuencia el valor total de las costas que deberá pagar la parte convocante a la convocada a la ejecutoria de esta providencia es de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$259.040.000.00)**.

### III. PARTE RESOLUTIVA

En mérito de los antecedentes y consideraciones antes expuestos el Tribunal de Arbitramento instalado para decidir en derecho las diferencias entre las sociedades **GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA.**, de una parte, y **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, de la otra, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

#### RESUELVE:

**PRIMERO:** Denegar la tacha formulada por la parte convocada respecto del testimonio del señor Jaime Correa Álvarez.

**SEGUNDO:** Declarar que entre TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. y las sociedades GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA. se celebraron, ejecutaron y produjeron sus efectos dos relaciones contractuales, entre el 9 de junio de 2.003 y el 13 de julio de 2.005; y entre el 14 de octubre de 2.003 y el 30 de septiembre de 2.007, respectivamente.

**TERCERO:** Denegar las demás pretensiones principales y subsidiarias de la demanda, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

**CUARTO:** Declarar probada la excepción de mérito propuesta por la parte convocada denominada "El contrato celebrado y ejecutado no es de agencia comercial".

**QUINTO:** Condenar a las sociedades convocantes GLOBAL.COM LTDA. y GLOBAL TAT LTDA. a pagar a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A. solidariamente, la suma de **DOSCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES CUARENTA MIL PESOS MONEDA CORRIENTE (\$259.040.000.00)**, por concepto de costas de este proceso, a la ejecutoria del laudo.

**SEXTO:** Disponer la entrega de copias auténticas de este laudo a cada una de las partes.

**SEPTIMO:** Disponer la entrega de copia de esta providencia al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá.

**OCTAVO:** Disponer la entrega del expediente al Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

**NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.**

**FLORENCIA LOZANO REVEIZ**  
Presidente

**FABIO SILVA TORRES**  
Arbitro

**DELIO GÓMEZ LEYVA**  
Arbitro

**LAURA BARRIOS MORALES**  
Secretaria

