

REPUBLICA DE COLOMBIA



EVER GREEN COMUNICATIONS S.A. – EVERGREEN S.A.

contra

COMUNICACIÓN CELULAR S.A. -COMCEL S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., dos (2) de noviembre de dos mil doce (2012).

Agotado el trámite legal y estando dentro de la oportunidad para el efecto, procede este Tribunal de Arbitramento a proferir en derecho el laudo que resuelve las diferencias planteadas por Ever Green Communications S.A., hoy en liquidación judicial (en adelante “Ever Green” o la “Convocante”) contra Comunicación Celular S. A. – Comcel S. A. (en adelante “Comcel” o la “Convocada”).

A. ANTECEDENTES

1. Las controversias

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato (en adelante el “Contrato” o el “Contrato sub iudice”) suscrito el catorce (14) de agosto de dos mil uno (2001) entre la sociedad Occidente y Caribe Celular S.A. (Ocel S.A.), hoy Comcel, y Ever Green.

2. Las partes del proceso

La Convocante y demandante del presente trámite es Ever Green, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Medellín, Departamento de Antioquia.

La Convocada y, a su vez reconviente, es Comcel, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá, Distrito Capital, la cual absorbió a Ocel S.A.

3. El pacto arbitral

En las demandas se invocó como tal la cláusula compromisoria que está contenida en la cláusula 29 del Contrato celebrado el 14 de agosto de 2001. El texto de dicho pacto es el siguiente:

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

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

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

“29.3 El Tribunal decidirá en derecho.

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

4. El trámite del proceso

1. El día 1º de julio de 2010 Ever Green solicitó la convocatoria de este Tribunal de Arbitramento y formuló demanda ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá contra Comcel.

2. De conformidad con el pacto arbitral, mediante sorteo público el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá designó a los suscritos como árbitros, quienes aceptamos oportunamente.
3. El día 22 de febrero de 2011 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual el Tribunal admitió la demanda y de ella ordenó correr traslado a Comcel.
4. La convocada fue notificada por aviso, en los términos del artículo 320 del Código de Procedimiento Civil, el día 15 de abril de 2011.
5. Comcel dio respuesta a la demanda mediante escrito radicado el día 6 de mayo de 2011 y, simultáneamente con escrito de esa misma fecha, formuló demanda de reconvención.
6. Por Auto No. 3 del 31 de mayo siguiente el Tribunal admitió la demanda de reconvención y ordenó correr traslado a la parte Convocante, la cual se notificó de tales decisiones el 20 de junio de ese mismo año.
7. La parte convocante respondió la demanda de reconvención mediante escrito radicado el 5 de julio de 2011.
8. En esa misma fecha la Convocante reformó la demanda principal, la cual fue admitida por el Tribunal mediante Auto No. 4 del 19 de agosto de 2011, confirmado por Auto No. 5 del 13 de septiembre siguiente.
9. El día 6 de octubre siguiente la parte convocada contestó la demanda principal reformada y reformó la demanda de reconvención. Esta reforma fue admitida por Auto No. 6 del 20 de octubre de 2011.
10. Con escrito del 15 de noviembre siguiente la parte Convocante respondió la reforma de la demanda de reconvención.

11. De las mutuas excepciones de corrió traslado a las partes y en forma oportuna se pronunció la parte convocada

12. El Tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 30 de enero de 2012, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo entre las partes.

13. Mediante Auto No. 10, modificado por Auto No. 11, ambos del 12 de diciembre de 2011 el Tribunal señaló las sumas a cargo de las partes por concepto de gastos y honorarios, las cuales fueron oportunamente consignadas por las partes.

14. La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día 30 de enero de 2012, oportunidad en la cual, mediante Auto No. 13, confirmado por Auto No. 14, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. A su vez, mediante Auto No. 15, confirmado en Auto No. 16, el Tribunal decretó las pruebas del proceso.

15. Entre el 14 de febrero y el 22 de agosto de 2012 se instruyó el proceso.

16. El día 18 de septiembre del presente año tuvo lugar la audiencia de alegaciones, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron sendos resúmenes escritos.

17. El presente proceso se tramitó en diecisiete (17) audiencias, en las cuales el Tribunal se instaló y admitió las mutuas demandas; integró el contradictorio; asumió competencia; decretó y practicó pruebas; resolvió las solicitudes de las partes; recibió sus alegaciones finales; y ahora profiere el laudo que pone fin al proceso.

18. Corresponde al Tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite se dio por terminada el 30 de enero de 2012, el

plazo legal y contractual para fallar, establecido en seis (6) meses, vencía el 30 julio de 2012.

No obstante, a solicitud de las partes el proceso se suspendió en las siguientes oportunidades: entre el 23 de febrero y el 11 de marzo de 2012 (Acta 11); entre el 17 de marzo y el 26 de abril de 2012 (Acta 12); entre el 23 de febrero y el 11 de marzo de 2012 (Acta 11); y entre el 19 de septiembre y el 1 de noviembre de 2012 (Acta 16). Estas suspensiones ascendieron a un total de 103 días calendario.

A su vez, con fundamento en lo dispuesto en el artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante Auto No. 33 del 22 de agosto de 2012 el Tribunal de oficio prorrogó el término de duración del proceso por seis (6) meses más, contados a partir del vencimiento del plazo inicial.

En estas condiciones el término para fallar se extiende hasta el 10 de mayo de 2013.

5. La demanda de Ever Green y su contestación

5.1. Las Pretensiones de la Demanda Principal

En su reforma integral de la demanda, Ever Green formuló las siguientes pretensiones:

<p>PRETENSIONES RELATIVAS A LA EXISTENCIA Y NATURALEZA DE LA RELACIÓN JURÍDICO NEGOCIAL SUB IÚDICE</p>

1. *PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que las cláusulas que integran EL CONTRATO SUB IÚDICE fueron extendidas y dictadas por COMCEL S.A., de tal manera que dicho negocio jurídico, respecto de la Cconvocante, fue de adhesión.*

2. *SEGUNDA PRINCIPAL: Frente a la controversia relativa a la naturaleza jurídica de EL CONTRATO SUB IÚDICE, se le solicita al H. Tribunal declarar:*

a) Que los hechos relevantes que definen la naturaleza jurídica de EL CONTRATO SUB IÚDICE, son semejantes a los supuestos de hecho que enmarcaron los siguientes casos del pasado...

b) Que en estos casos del pasado se decidió que los contratos extendidos por COMCEL cuyos textos son prácticamente idénticos al de EL CONTRATO SUB IÚDICE, corresponden con contratos típicos y nominados de Agencia Comercial regulados en los Arts. 1317 y ss CCO.

c) Que la susodicha regla jurisprudencial ha permanecido consistente y uniforme.

3. TERCERA PRINCIPAL: Declarar, con fundamento en las sentencias de la Corte Constitucional C-836 de 2001, T-766 de 2008, T-443 de 2010 y T-158 de 2006, que la decisión sobre la naturaleza jurídica de EL CONTRATO SUB IÚDICE debe ser resuelta de conformidad con los antecedentes arbitrales referidos en la pretensión anterior.

4. CUARTA PRINCIPAL: Declarar que la cláusula cuarta, el inciso 5º de la cláusula décimo cuarta, el numeral 5º del Anexo F y las demás disposiciones contractuales en las que se excluyó a la Agencia Comercial como calificación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, son antinómicas en relación con las estipulaciones contractuales que comprenden los elementos esenciales de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

5. QUINTA PRINCIPAL: Declarar, con fundamento en el Principio del Contrato Realidad, que la antinomia a que se refiere la pretensión anterior se resuelve a favor de la calificación de EL CONTRATO SUB IÚDICE como un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.

6. SEXTA PRINCIPAL: Declarar que entre COMCEL S.A., como agenciado, y la Convocante, como agente, se celebró y se ejecutó una relación jurídico comercial típica de agencia comercial, la cual está regulada en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.

PRETENSIONES RELATIVAS A LA PRESTACIÓN MERCANTIL DEL INCISO 1º DEL ART. 1324 CCO

7. SÉPTIMA PRINCIPAL: Declarar que EL CONTRATO SUB IÚDICE se ejecutó de maneras permanente e ininterrumpida desde el 14 de agosto de 2001 y hasta el 15 de diciembre de 2010, fecha en la que la Convocante dio por terminada la relación jurídico comercial.

8. OCTAVA PRINCIPAL: Declarar que a la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE se hace exigible la obligación que tiene COMCEL S.A. de pagarle a la Convocante la prestación prevista en el inciso primero del artículo 1324 CCO.

9. NOVENA PRINCIPAL: Declarar que para el cálculo de la prestación mercantil a que se refiere el inciso 1º del Art. 1324 CCO se deben tener en cuenta la totalidad de las comisiones y utilidades que la Convocante recibió durante los últimos tres años de ejecución del Contrato sub iúdice, y que guardan una relación directa con las actividades de promoción y explotación que ésta ejecutó como agente comercial de Comcel S.A.

10. DÉCIMA PRINCIPAL: Declarar que los márgenes de utilidad que la Convocante recibió con ocasión de la comercialización de los denominados Kits Pre pago, fueron

utilidades recibidas en relación directa con las actividades de promoción y explotación que la Convocante ejecutó como agente comercial de Comcel S.A.

11. *UNDÉCIMA PRINCIPAL: Declarar que los incentivos que la Convocante recibió durante la ejecución del Contrato sub iúdice, corresponden con utilidades recibidas en relación directa con las actividades de promoción y explotación que la Convocante ejecutó como agente comercial de Comcel S.A.*

12. *DUODÉCIMA PRINCIPAL: Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante, por concepto de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 CCO, la suma de \$1.288.741.185 o aquella otra que resulte probada en el presente proceso arbitral.*

13. *DÉCIMA TERCERA PRINCIPAL: Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante los intereses moratorios causados sobre la suma dineraria a que se refiere la pretensión inmediatamente anterior, los cuales se calcularán a partir de la fecha en que Comcel S.A. se constituyó en mora con base en el artículo 90 CPC, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.*

14. *DÉCIMA CUARTA PRINCIPAL: Declarar que la subcuenta auxiliar que COMCEL creó bajo el número 2605101210 pertenece a la subcuenta del PUC número 260510 que corresponde a Pasivo/Pasivos Estimados y Provisiones/Para Costos y Gastos/COMISIONES.*

15. *DÉCIMA QUINTA PRINCIPAL: Declarar que la subcuenta auxiliar que COMCEL creó bajo el número 5295050017 pertenece a la subcuenta del PUC número 529505 que corresponde a Gastos/Operacionales de Venta/Diversos/COMISIONES.*

16. *DÉCIMA SEXTA PRINCIPAL: Declarar que en las subcuentas auxiliares que COMCEL creó bajo los números 2605101210 y 5295050017 y que Comcel denominó "Pagos Anticipados de Prestaciones e Indemnizaciones":*

a) *No se registran hechos económicos relacionados con el pago de la prestación mercantil del art. 1324 CCO.*

b) *No se registran hechos económicos relacionados con el pago de indemnizaciones.*

c) *No se registran pagos anticipados.*

d) *Únicamente se registran hechos económicos a título de COMISIONES.*

17. *DÉCIMA SÉPTIMA PRINCIPAL: Declarar que la denominación que COMCEL le dio a las subcuentas auxiliares 2605101210 y 5295050017 inducen a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos que en ellas se registraron, circunstancia que tipifica una mala fe imputable a COMCEL.*

18. *DÉCIMA OCTAVA PRINCIPAL: Se le solicita al H. Tribunal declarar:*

a) *Que Comcel, una vez la Convocante le facturaba, reducía de la subcuenta auxiliar 2605101210 los montos facturados y, en contrapartida, aumentaba en su pasivo la subcuenta 233520 que corresponde a Pasivo/Cuentas por Pagar/Costos y Gastos por Pagar/COMISIONES.*

b) *Que en la subcuenta 233520 únicamente se registran hechos económicos relativos al pago de COMISIONES.*

c) Que en la subcuenta 233520 no se registran cuentas por pagar relativas a la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO.

d) Que únicamente es posible registrar una cuenta por pagar a título de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO cuando esta se hace exigible, v.gr. a partir de la terminación del contrato de Agencia Comercial.

e) Que en consecuencia, COMCEL, durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, nunca le ha pagado a la Convocante dinero alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO.

19. DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Declarar la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales contenidas en el inciso 3° de la Cláusula 30 y el numeral 6° del Anexo A de EL CONTRATO SUB IÚDICE.

19.1. PRIMERA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio se le solicita declarar:

a) Que el inciso 3° de la cláusula 30 y el numeral 6° del Anexo A del contrato sub iúdice tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordaron las comisiones y bonificaciones que Comcel le debía pagar a la Convocante.

b) Que la Convocante, durante la ejecución del Contrato sub iúdice, siempre registró, a título de INGRESOS OPERACIONALES por concepto de comisiones y bonificaciones, todos los dineros que Comcel le pagó.

c) Que la antinomia a que se refiere el literal a) anterior se resuelve a favor de la interpretación que hizo la Convocante.

d) Que en consecuencia, Comcel nunca efectuó a favor de la Convocante pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO, ni a título de indemnizaciones.

19.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA DÉCIMA NOVENA PRINCIPAL: Si el H. Tribunal rechaza las pretensiones principal y subsidiaria que anteceden, en subsidio se le solicita declarar, con fundamento en la aplicación práctica que hicieron las partes, que Comcel S.A. no le pagó a la Convocante, a título de anticipo para cubrir el pago de la prestación mercantil del inciso 1° del Art. 1324 CCO y/o de las indemnización reclamadas en el presente proceso arbitral, el equivalente al 20% sobre el valor total de las comisiones por activaciones y por residual y/o sobre el valor de otros pagos que le fueron efectuados.

PRETENSIONES RELATIVAS A LOS INCUMPLIMIENTOS CONTRACTUALES IMPUTABLES A COMCEL S.A.

20. VIGÉSIMA PRINCIPAL: Declarar que COMCEL S.A. no podía modificar unilateralmente los niveles de las comisiones por residual que fueron fijados contractualmente a favor de la Convocante.

21. VIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL: Declarar que Comcel S.A. incumplió el Contrato sub iúdice por no haber liquidado y por no haberle pagado oportuna e íntegramente a la Convocante, según las reglas contractuales, las comisiones, regalías y/o utilidades a que esta última tenía derecho.

22. *VIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Declarar que COMCEL S.A. no podía aplicar las penalizaciones establecidas en EL CONTRATO SUB IÚDICE, (cláusulas 7.26.3, 7.26.3.1, 7.26.3.3, 7.26.3.4 y 7.26.4 e inciso primero del punto 1 del Anexo A del contrato sub iúdice), sin demostrar previamente un incumplimiento del Contrato sub iúdice que le fuera imputable a la Convocante a título de culpa, ni tampoco podía compensar, motu proprio, dineros de la Convocante con dineros que fueron descontados de manera unilateral por Comcel a título de fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos.*

23. *VIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Declarar que Comcel S.A. extendió cláusulas abusivas en el Contrato sub iúdice que tuvieron por causa, por objeto y/o como efecto, una afectación grave de los intereses de la Convocante.*

PRETENSIONES RELATIVAS A LA TERMINACIÓN DE EL CONTRATO SUB IÚDICE

24. *VIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL: Declarar, con fundamento en el artículo 1325 CCO, literales 2a) y 2b), que el 15 de diciembre de 2010 la Convocante dio por terminado EL CONTRATO SUB IÚDICE de manera unilateral y por justa causa imputable a COMCEL.*

25. *VIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL: Como consecuencia de la declaración anterior, se le solicita al H. Tribunal declarar:*

a. *Que COMCEL no se puede beneficiar de su propia culpa.*

b. *Que las cláusulas 5.3, 16 (primer inciso) y 16.4, así como el Anexo A numeral 1º en la parte que dice "Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente" y numeral 5º, del Contrato sub iúdice, introducen un desequilibrio ostensible en favor de Comcel y en contra de la Convocante, en forma injustificada, con lo cual se quebranta el postulado de la buena fe a que está obligada Comcel.*

c. *DECLARAR que en consecuencia, la Convocante tiene derecho a percibir la comisión por residual que en adelante se cause con base en los consumos hechos por los clientes de Comcel cuya vinculación promocionó y gestionó la Convocante durante la vigencia del Contrato sub iúdice.*

d. *CONDENAR a Comcel a pagarle a la Convocante la suma que se determine mediante dictamen pericial y con la cual se le paguen los ingresos a que se refiere el literal anterior.*

PRETENSIONES RELATIVAS A LA INDEMNIZACIÓN ESPECIAL DEL INCISO 2º DEL ART. 1324 CCO

26. *VIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL: Declarar que por el hecho de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE por incumplimientos y omisiones imputables a COMCEL S.A., esta última está obligada a pagarle a la Convocante la indemnización de perjuicios a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 CCO.*

27. **VIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL:** Condenar a Comcel a pagarle a la Convocante, a título de la indemnización equitativa a que se refiere el inciso 2º del artículo 1324 CCO, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral, y que es compensatoria de los esfuerzos que la Convocante hizo para acreditar la línea de productos y los servicios objeto del Contrato sub iúdice.

OTRAS PRETENSIONES DE CONDENA

28. **VIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL:** Respecto de los incumplimientos contractuales imputables a Comcel S.A., se solicita se CONDENE a Comcel S.A. a pagarle a la Convocante:

a. A título de lucro cesante, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral y que es compensatoria de las comisiones, regalías y utilidades a que tenía derecho la Convocante con base en el Contrato sub iúdice, las cuales no le han sido pagadas por Comcel S.A.

b. A título de daño emergente, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral que es compensatoria de las penalizaciones, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos, que COMCEL S.A. compensó con los créditos líquidos causados a favor de la Convocante.

c. A título de daño emergente, la suma que resulte probada en el presente proceso arbitral, que es compensatoria de la pérdida que en el valor de su empresa sufrió la Convocante como consecuencia directa y previsible de la terminación del Contrato sub iúdice por causas imputables a Comcel S.A.

d. A título de daño emergente, la suma de setenta millones de pesos o aquella otra que resulte probada en el presente proceso, que es compensatoria de las liquidaciones e indemnizaciones laborales que la Convocante tuvo que pagar, y que son una consecuencia directa y previsible de la terminación del Contrato sub iúdice.

29. **VIGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL:** Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante los intereses moratorios causados sobre las sumas dinerarias a que se refieren las pretensiones 27 y 28 inmediatamente anteriores, los cuales se calcularán a partir de la fecha en que Comcel S.A. se constituyó en mora con base en el artículo 90 CPC, aplicando para ello una tasa equivalente a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera de Colombia.

PRETENSIONES RELATIVAS A LAS DENOMINADAS “ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN”.

30. **TRIGÉSIMA PRINCIPAL:** Declarar que las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por Comcel y la Convocante durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, no incorporaron acuerdos conciliatorios por cuanto las mismas no se suscribieron en presencia de un conciliador ni como resultado de una audiencia de conciliación extrajudicial.

31. **TRIGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:** Se le solicita al H. Tribunal declarar:

a) Que la compensación no es un mecanismo alternativo de solución de conflictos.

b) Que las “Actas de Conciliación, Compensación y Transacción” suscritas por Comcel y la Convocante durante la ejecución del Contrato sub iúdice, no incorporaron mecanismos de compensación.

32. TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Se le solicita al H. Tribunal declarar que las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” no incorporaron, por ausencia de sus elementos esenciales, contratos de transacción.

32.1. PRIMERA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Si el H. Tribunal considera que las “Actas de Transacción, Conciliación y Compensación” suscritas por las partes durante la ejecución del Contrato sub iúdice fueron verdaderos negocios de transacción, se le solicita, en subsidio, declarar:

a) Que tales transacciones se restringieron a controversias relativas al pago y la liquidación de comisiones por activación y comisiones por residual.

b) Que en consecuencia, todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron objeto de transacción.

32.2. SEGUNDA SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal y la primera subsidiaria que anteceden, se le solicita que en subsidio declare la ineficacia de todas las transacciones incorporadas en estas actas en lo que tiene que ver con la disposición, por parte de la Convocante, de: (i) Derechos que aún no existían y/o no se habían hecho exigibles al momento de las suscripciones de los respectivos documentos. (ii) Derechos respecto de los cuales no existía una disputa en concreto al momento de la suscripción de los respectivos documentos. (iii) Derechos cuya existencia y/o cuantía no podían ser establecidos por parte de la Convocante por la imposibilidad que tuvo de acceder a los actos, libros y documentos de Comcel. (iv) Derechos que tenían por fuentes a normas imperativas.

PRETENSIONES RELATIVAS A LA INEFICACIA DE OTRAS DISPOSICIONES CONTRACTUALES

33. TRIGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Declarar que Comcel S.A. incurrió en abuso del derecho por la inclusión, en el Contrato sub iúdice, de cláusulas que tienen un objeto ilícito por violación de normas imperativas y/o por la inclusión de cláusulas que tienen por objeto o como efecto la creación de un desequilibrio económico en perjuicio de los intereses de la Convocante.

34. TRIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL: Declarar la nulidad absoluta de las siguientes cláusulas y disposiciones contractuales: (i) Cláusula 4 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, en lo que refiere a la naturaleza del contrato. (ii) Cláusula 12 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, en los apartes que rezan: “normal desarrollo” e “indirecta”. (iii) Cláusula 14 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, inciso 3º, en el aparte que reza: “... sin que el distribuidor ni sus sub-distribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se concibe como una contraprestación a favor de OCCEL por designarlo distribuidor.” (iv) Cláusula 14 de EL CONTRATO SUB IÚDICE, incisos 5º y 6º en su integridad. (v) Cláusula 17 de EL CONTRATO SUB IÚDICE. (vi) Cláusula 30 de EL CONTRATO SUB IÚDICE. (vii) Anexo “A” de EL CONTRATO SUB IÚDICE, numeral 1º en la parte que dice “Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente”, y numeral 5º. (viii) Anexo “C” de EL CONTRATO SUB IÚDICE, numeral 5º. (ix) Anexo “F” de EL

CONTRATO SUB IÚDICE, numerales 3º, 4º y 5º. (x) Cláusula 6.5 de EL CONTRATO SUB IÚDICE. (xi) Cláusula 5.3 de EL CONTRATO SUB IÚDICE. (xii) Todos los demás documentos que en desarrollo de EL CONTRATO SUB IÚDICE hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los literales anteriores.

34.1. *SUBSIDIARIA A LA TRIGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL:* Si el H. Tribunal rechaza la pretensión principal que antecede, en subsidio se le solicita declarar, con fundamento en el Art. 830 CCO y a título de reparación in natura, la INEFICACIA de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión principal que anteceden.

PRETENSIONES RELATIVAS A LOS ACUERDOS DE PAGO SUSCRITOS POR LAS PARTES

35. *TRIGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL:* Declarar que COMCEL extendió los Acuerdos de Pago suscritos por la Convocante y Comcel durante la ejecución del EL CONTRATO SUB IÚDICE.

36. *TRIGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL:* Declarar que en las consideraciones de los Acuerdos de Pago extendidos por COMCEL, se incorporaron deudas infundadas a cargo de la Convocante.

37. *TRIGÉSIMA SÉPTIMA PRINCIPAL:* En consecuencia, se le solicita al H. Tribunal declarar la nulidad absoluta de los Acuerdos de Pago suscritos por la Convocante y Comcel durante la ejecución del Contrato sub iúdice.

PRETENSIONES RELATIVAS AL DERECHO DE RETENCIÓN

38. *TRIGÉSIMA OCTAVA PRINCIPAL:* Respecto de los dineros que la Convocante le adeuda a Comcel, declarar que a partir de la terminación del Contrato sub iúdice aquella se los ha retenido legítimamente con fundamento en el Art. 1326 CCO.

39. *TRIGÉSIMA NOVENA PRINCIPAL:* Declarar que la Convocante, por haber ejercido el derecho de retención a que se refiere el Art. 1326 CCO, no está en mora de pagarle a Comcel los dineros que le adeuda.

40. *CUADRAGÉSIMA PRINCIPAL:* Se le solicita al H. Tribunal, con fundamento en el Art. 1326 CCO, declarar:

a) Que la Convocante tiene derecho a retener los dineros que le adeuda a Comcel hasta el momento en que esta le cancele la prestación mercantil del inciso 1º del Art. 1324 CCO y las demás indemnizaciones que decrete el H. Tribunal.

b) Que en consecuencia, el H. Tribunal, al momento de dictar el laudo con el que se ponga fin a la presente controversia, no puede compensar el dinero retenido por la Convocante con las condenas que a favor suyo se decreten.

PRETENSIONES FINALES

41. *CUADRAGÉSIMA PRIMERA PRINCIPAL:* Declarar que, conforme a la cláusula 27 del Contrato sub iúdice, la mera tolerancia de la Convocante respecto a los

incumplimientos contractuales imputables a Comcel S.A., no constituye una modificación tácita del negocio jurídico, ni equivale a una renuncia de la Convocante a exigir el cumplimiento de las obligaciones incumplidas ni la consecuente indemnización compensatoria.

42. CUADRAGÉSIMA SEGUNDA PRINCIPAL: Declarar que la Convocante no está en mora de cumplir obligación alguna que tuviera por fuente el Contrato sub iúdice.

43. CUADRAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: Que como consecuencia de la declaración anterior y de la terminación del Contrato sub iúdice, se declare extinguida la hipoteca constituida a favor de Comcel S.A. sobre el bien inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 01N-254310 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Norte, la cual se constituyó mediante la escritura pública No. 369 de febrero 25 de 2010 de la Notaría 25 de Bogotá DC.

43.1. SUBSIDIARIA DE LA CUADRAGÉSIMA TERCERA PRINCIPAL: En caso de que se rechace la pretensión principal que antecede, se le solicita al H. Tribunal ordenarle a Comcel S.A. que en el término de diez días hábiles, o en aquel otro que el H. Tribunal estime procedente, realice las gestiones que por su parte son necesarias para levantar la hipoteca constituida a favor de aquella sobre el bien inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 01N-254310 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Norte, la cual se constituyó mediante la escritura pública No. 369 de febrero 25 de 2010 de la Notaría 25 de Bogotá DC.

44. CUADRAGÉSIMA CUARTA PRINCIPAL: Que se le ordene a Convocante S.A. la destrucción de todo título valor suscrito por la Convocante y/o por sus socios o administradores que respaldara el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente al Contrato sub iúdice; si al momento de dictar el laudo arbitral Comcel S.A. ya inició alguna acción ejecutiva con fundamento en tales títulos valores, se solicita se le ordene a Comcel S.A. terminar la respectiva actuación judicial mediante el mecanismo procesal conducente.

45. CUADRAGÉSIMA QUINTA PRINCIPAL: Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante las costas procesales.

46. CUADRAGÉSIMA SEXTA PRINCIPAL: De conformidad con lo establecido en el Acuerdo número 1887 de Junio 26 de 2003, modificado por el Acuerdo 2222 de 2003, ambos del Consejo Superior de la Judicatura, se solicita CONDENAR a Comcel a pagarle a la Convocante, a título de agencias en derecho, el 15% de la suma total de las condenas que le fueron impuestas.

5.2. Fundamentos de Hecho de la Demanda Principal

En su demanda integrada Ever Green expuso los siguientes hechos en que funda sus pretensiones:

SECCIÓN PRIMERA: Hechos relativos a la existencia, naturaleza y contenido de EL CONTRATO SUB IÚDICE
--

Explicación: La sección primera se subdivide en los siguientes títulos: (i) TÍTULO PRIMERO: Hechos relativos a la existencia de EL CONTRATO SUB IÚDICE. (ii) TÍTULO SEGUNDO: Hechos relativos a las cláusulas y convenios respecto de los cuales se solicita la declaratoria de la pérdida de su carácter vinculante, bien sea por nulidad absoluta, anulación o ineficacia.

TÍTULO PRIMERO: Hechos relativos a la existencia de EL CONTRATO SUB IÚDICE

1. *Mediante la escritura pública No. 2735 del 25 de julio de 2000 de la Notaría 20 del Círculo de Medellín se constituyó la Convocante, la que no puede prestar, directamente al usuario final, servicios de telefonía móvil celular.*
2. *El día 14 de agosto de 2001 se suscribió entre la Convocante y OCCEL S.A., el Contrato sub iúdice.*
3. *El texto en el que se incorporó el Contrato sub iúdice fue extendido y dictado por OCCEL S.A.*
4. *En virtud del Art. 173 CCO y de los actos de fusión con absorción elevados en las escrituras públicas 3799 de diciembre 21 de 2004 de la Notaría 25 de Bogotá DC, inscrita el 27 de diciembre de 2004 bajo el número 969.083 del Libro IX, aclarada por la 143 de enero 20 de 2005 de la Notaría 25 de Bogotá DC, inscrita el 27 de enero de 2005 bajo el número 974.105 del Libro IX, COMCEL se fusionó con las sociedades OCCIDENTE Y CARIBE CELULAR S.A. (OCCEL S.A.) y EMPRESA REGIONAL DE COMUNICACIONES CELULARES DE LA COSTA ATLÁNTICA S.A. (CELCARIBE S.A.). En consecuencia, Comcel adquirió los derechos y obligaciones del contrato sub iúdice, el cual fue inicialmente suscrito entre la Convocante y OCCEL S.A.*
5. *El Contrato sub iúdice, por decisión unilateral de la Convocante, terminó el 15 de diciembre de 2010. Esta decisión le fue informada a Comcel mediante una comunicación en la cual se manifestó:*

(...)

Actuando en mi condición de representante legal de la sociedad EVER GREEN S.A., por medio de la presente, y a raíz de los incumplimientos contractuales imputables a COMCEL S.A., les informamos que la sociedad que represento da por terminada, de manera unilateral, por justa causa y a partir del recibo de la presente comunicación, la relación jurídico comercial que las vinculó.

Como se trata de una terminación fundada en el artículo 870 CCO y en los literales 2a y 2b del artículo 1325 ibídem, los pagos que recíprocamente se deberán hacer las sociedades como consecuencia de la decisión tomada serán aquellos que determine el Tribunal competente; no habrá lugar, entonces, a la elaboración, por parte de COMCEL S.A., de un acta de liquidación del contrato. De antemano se rechaza cualquier acta de liquidación del contrato que se pretenda hacer valer, porque la sociedad que represento optó por reclamar, judicialmente, la prestación mercantil, la indemnización compensatoria e integral y la indemnización a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 ibídem.

(...)

TÍTULO SEGUNDO: Hechos relativos a las cláusulas y convenios respecto de los cuales se solicita la declaratoria de la pérdida de su carácter vinculante, bien sea por nulidad absoluta, anulación o ineficacia

6. *Los ingresos operacionales que la Convocante obtuvo entre agosto 14 de 2001 y diciembre 15 de 2010, provinieron de la ejecución del Contrato sub iúdice.*

7. En virtud de las estipulaciones previstas en el Contrato sub iúdice, Comcel S.A. era a la única empresa operadora de telefonía móvil celular a la cual la Convocante podía prestar sus servicios para las actividades de promoción de telefonía móvil celular, distribución de los aparatos telefónicos y sus accesorios y servicios de posventa. En sentido opuesto, Comcel, incluso en la misma zona donde operó la Convocante, podía disponer simultáneamente, como de hecho dispone, de varios agentes comerciales.

8. Comcel S.A., entonces, tenía una posición de dominio contractual frente a la Convocante.

9. Comcel S.A., en ejercicio de su posición de dominio contractual frente a la Convocante, extendió y dictó cláusulas y disposiciones que tuvieron por objeto o como efecto: (i) El ocultamiento de la verdadera naturaleza, nominación y tipicidad de el Contrato sub iúdice. (ii) La violación de normas imperativas que hacen parte de el Contrato sub iúdice por vía de la heterointegración de elementos naturales del negocio. (iii) La violación de normas imperativas que garantizan el acceso a la administración de justicia por parte de la Convocante. (iv) La violación de normas imperativas que impiden la indemnidad de Comcel ante daños que le sean imputables. (v) La imposición de renunciaciones respecto de derechos que no existían ni se habían causado al momento de suscribir los respectivos documentos de disposición. (vi) La creación de pagos anticipados que a la postre nunca se efectuaron. (vii) La imposición de estipulaciones y reglas contractuales que representaron un desequilibrio económico en perjuicio de la Convocante.

10. Durante la ejecución del Contrato sub iúdice, Comcel extendió las denominadas "Actas de Transacción, Conciliación y Compensación".

11. Los negocios incorporados en las "Actas de Conciliación, Compensación y Transacción" únicamente versaron sobre comisiones por legalización y residual.

12. En las "Actas de Conciliación, Compensación y Transacción" se incorporaron negocios respecto de los cuales: (i) No se solucionaron litigios pendientes ni litigios eventuales producto de controversias suscitadas entre las partes. (ii) En ninguna de ellas COMCEL hizo concesiones a favor de la Convocante.

SECCIÓN SEGUNDA: Hechos relativos a los diferentes incumplimientos contractuales imputables a COMCEL que impulsaron a LA CONVOCANTE a dar por terminado EL CONTRATO SUB IÚDICE de maneras unilateral y justificada.

Explicación: Esta sección se refiere a reclamaciones respecto de las cuales no se han cumplido los cinco años que se requieren para que opere la extinción de derechos mediante la prescripción, y comprende aquellas causadas hasta el día de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE.

13. LA CONVOCANTE, porque nunca tuvo acceso a la información relevante, no pudo determinar con precisión si la comisión por residual que Comcel le pagó, fue liquidada según las reglas incorporadas en el Contrato sub iúdice.

14. Comcel no le ha pagado a la Convocante, de manera completa, el dinero que contractualmente le corresponde a esta última por concepto de:

- a. Comisiones por concepto de activación en postpago.
- b. Comisiones por concepto de residual.
- c. Comisiones/Bonificaciones por concepto de activación/legalización en prepago.
- d. Comisiones/Bonificaciones por permanencia en pospago.

- e. *Comisiones/Bonificaciones por permanencia en prepago.*
- f. *Otras Bonificaciones e incentivos.*

15. *Comcel no le pagó a la Convocante, a título de anticipo para cubrir cualquier pago, indemnización o bonificación que por cualquier causa aquella tuviera que pagarle a ésta a la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, el equivalente al 20% sobre el valor total de las comisiones y bonificaciones que LA CONVOCANTE le facturó.*

16. *COMCEL, durante la ejecución de EL CONTRATO SUB IÚDICE, y en ejercicio de su posición dominante, le impuso a LA CONVOCANTE suscribir documentos mediante los cuales se redujo el precio del contrato a niveles que desequilibraron económicamente a LA CONVOCANTE.*

17. *COMCEL, a título de penalizaciones, fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos, compensó, de manera unilateral e injustificada, ciertos créditos contractuales de LA CONVOCANTE.*

18. *Como consecuencia directa y previsible de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, LA CONVOCANTE se vio en la imperiosa necesidad de dar por terminados múltiples contratos de trabajo que tenía suscrito con el personal que estaba vinculado a su empresa, y se vio impelida a pagar las consecuentes liquidaciones e indemnizaciones de ley.*

19. *Como consecuencia directa y previsible de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, la convocante sufrió una disminución sustancial en el valor de su empresa e incluso entró en proceso de liquidación.*

20. *COMCEL y LA CONVOCANTE, durante la ejecución del EL CONTRATO SUB IÚDICE, suscribieron acuerdos de pago en virtud de los cuales COMCEL le otorgó a LA CONVOCANTE unos plazos para pagar los créditos que aquella liquidaba a su favor.*

21. *COMCEL, en las liquidaciones que determinaron las condiciones de los referidos acuerdos de pago, incorporó créditos a su favor que correspondían a penalizaciones, sanciones y reversiones impuestas por parte de COMCEL sin que se hubiera probado la culpa de LA CONVOCANTE en el incumplimiento de EL CONTRATO SUB IÚDICE.*

5.3. La oposición de Comcel

Comcel se opuso a las pretensiones de la demanda principal y formuló las siguientes excepciones de mérito.

1. El análisis de la relación contractual entre Comcel y Ever Green debe limitarse a la ejecución del contrato en el que se pactó cláusula compromisoria.
2. Prescripción.

3. Transacción.
4. Pago.
5. Compensación.
6. Contrato no cumplido: Ever Green incumplió el contrato de distribución y por lo tanto no está legitimado para pretender la declaratoria de terminación del contrato con justa causa imputable a Comcel, ni para pedir indemnización de perjuicios.
7. Aplicación de la teoría de los actos propios.
8. Inexistencia de circunstancias que constituyan un presunto incumplimiento contractual por parte de Comcel.
9. Terminación injustificada del contrato de distribución.
10. Inexistencia de un ejercicio abusivo de las facultades contractuales por parte de Comcel.
11. Improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución suscrito entre Comcel (Ocel S.A.) y Ever Green, así como de las “actas de compensación, conciliación y transacción).
12. Improcedencia del pago de intereses moratorios.
13. Inexistencia del contrato de agencia comercial e improcedencia del pago de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio.
14. Ausencia de presupuestos legales para la obligatoriedad del precedente arbitral.

5.4. La respuesta a los hechos de la demanda principal

En su contestación a la demanda principal reformada Comcel se pronunció sobre los hechos de la siguiente manera:

1. *Es cierto.*
2. *No es cierto en la forma planteada, pues aunque el contrato de distribución si se celebró el día 14 de agosto de 2001, la relación contractual de Ever Green y Comcel no fue de agencia comercial.*
3. *No es cierto. El contrato fue propuesto por Ocel, y luego de ser estudiado por Ever Green y los órganos directivos de dicha sociedad, fue aceptado libremente por ésta.*
4. *Es cierto.*
5. *Es cierto. Sin embargo, el contrato celebrado no fue de agencia comercial y Comcel rechazó lo expuesto por la convocante en la comunicación enviada.*
6. *Es una afirmación de la convocante que no le consta a Comcel.*
7. *No es cierto en la forma planteada; según se plasmó en la cláusula 3ª del contrato de distribución su objeto fue “la distribución y comercialización de los servicios que OCCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.”*

Asimismo, se aclara que la exclusividad a la que se refiere la convocante únicamente versa sobre el contrato de distribución celebrado entre las partes, pero en ningún momento tal estipulación le impedía a Ever Green desarrollar otras actividades mercantiles que no guardasen relación con el objeto contractual ni con el sector de las telecomunicaciones.

Por otra parte, no es cierto como se expone, que Comcel S.A. disponga de agentes comerciales en las diferentes zonas del país, pues los contratos suscritos responden a la naturaleza propia de una relación de distribución.
8. *No es cierto.*
9. *Es falso y contradictorio con lo afirmado en la demanda y con el comportamiento contractual de Ever Green durante los nueve años de relación comercial con Comcel. Es pertinente señalar que se trata de un asunto de derecho y no fáctico. Asimismo, se basa en un supuesto falso.*
10. *No se precisó el alcance de la expresión extender, dentro de las varias que contiene el DRAE, lo cual nos impide pronunciarnos sobre este hecho.. En cualquier caso, Ever Green plasmó su consentimiento en todos los contratos de transacción suscritos con Comcel.*
11. *No es cierto. Mediante las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción, las partes de declararon a paz y salvo “por concepto de comisiones, que incluye y comprende la totalidad de prestaciones causadas a favor de Ever Green”. Así, dentro de los asuntos que fueron objeto de conciliación, compensación y transacción, se incluyeron no sólo las comisiones por legalización y residual que*

menciona la convocante en el hecho No. 11, sino todas las demás prestaciones causadas a favor de Ever Green.

12. *Es falso. Precisamente el propósito de las Actas de Conciliación, Compensación y Transacción fue el de precaver los litigios eventuales que pudiesen surgir respecto de las prestaciones y comisiones causadas a favor de Ever Green. Fue por ello que las partes libremente acordaron: “transigimos en forma definitiva todas las diferencias y controversias, anteriores, actuales y futuras, relativas a las comisiones que incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor del DISTRIBUIDOR por estos conceptos (...). Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria, el presente contrato de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente, el mismo es inmutable e irresoluble, en los términos del artículo 2483 C.C., hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con las prestaciones o comisiones derivadas del precitado contrato (...).” (Contrato de transacción del 10 de octubre de 2005 allegado con la contestación de la demanda).*

También es falso que no se hayan hecho concesiones a favor de la convocante, por cuanto, como consta en los documentos que se allegaron junto con la contestación de la demanda como anexos a los contratos de transacción, con motivo de su celebración, Comcel pagó a favor de Ever Green comisiones a las cuales, de conformidad con el contrato, había perdido el derecho, es decir, pagó sumas de dinero a las que estrictamente no se encontraba obligada.

13. *Es falso. Ever Green tuvo acceso a los documentos e información necesaria para el pleno conocimiento de sus derechos.*

14. *Es falso. Comcel pagó lo correspondiente por los conceptos mencionados en el hecho No. 14, conforme a lo pactado entre las partes. Es pertinente mencionar que, siguiendo las estipulaciones contractuales y lo establecido en los anexos del contrato y los otrosíes que lo modifican, los dineros pagados por concepto de legalización oportuna de documentos y por permanencia de los usuarios, NO comportaban una naturaleza de “comisión”, sino, como su nombre lo indica, de una bonificación por legalización oportuna de documentos.*

15. *Es falso. En la cláusula 30 de los contratos de distribución se pactó que el 20% de los valores que Ever Green recibiera de parte de Comcel corresponderían “al pago anticipado de toda prestación, indemnización, o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”. En desarrollo de esta previsión, Ever Green facturó, cuando Comcel se lo solicitó, discriminadamente los conceptos de comisiones, bonificaciones y pagos anticipados. Comcel, por su parte, dio a los pagos anticipados el tratamiento legal que a su naturaleza corresponde.*

16. *Es falso. En el otrosí al Anexo A del contrato de distribución se acordó la forma en que se determinarían las comisiones y bonificaciones. Comcel actuó de acuerdo con dicho pacto y los planes de comisiones y bonificaciones fueron suscritos y aceptados expresamente por Ever Green.*

17. *Es falso. Las compensaciones que se produjeron durante la relación contractual se adecuaron a lo pactado entre las partes y correspondieron a hechos comprobados.*

18. *Es una afirmación de la convocante; que se pruebe.*

19. *Es una afirmación de la convocante; que se pruebe.*

20. *No es exacto. El objeto de los acuerdos de pago se encuentra plasmado en cada uno de ellos en los siguientes términos:*

Acuerdo de pago del 18 de mayo de 2009

“TERCERO. Que a la fecha de suscripción del presente acuerdo de pago, EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A. adeuda a COMCEL S.A. la suma de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$174.244.391), correspondientes a cartera vencida ventas kits prepago, con fecha de corte Marzo 18 de 2009.”

En consecuencia con lo anterior, Ever Green se comprometió a pagar la suma mencionada “en un periodo máximo de cuatro (4) meses.

Acuerdo de pago del 30 de octubre de 2009

“TERCERO. Que a la fecha de suscripción del presente acuerdo de pago, EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A. adeuda a COMCEL S.A. la suma de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$512.820.000), los cuales corresponden a:

a) OCHENTA Y OCHO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y TRES MIL TRESCIENTOS SETENTA SEIS PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$88.673.366) (sic) correspondientes al acuerdo de pago suscrito el 13 de mayo de 2009

b) CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$424.146.634) correspondientes a: (i) Cartera corriente y vencida por concepto de kits prepago con fecha de corte 28 de octubre de 2009 (ii) Cartera corriente y vencida por concepto de equipos post pago con fecha de corte 28 de octubre de 2009. (iii) Cartera corriente y vencida por otros conceptos con fecha de corte 28 de octubre de 2009”

En consecuencia, Ever Green se comprometió a pagar la suma mencionada “en un periodo máximo de dieciocho (18) meses.

Los acuerdos de pago mencionados fueron allegados junto con la contestación de la demanda inicial y obran como prueba en el expediente.

21. *Es falso. Las deudas contenidas en los acuerdos de pago fueron reconocidas por Ever Green.*

6. La demanda de Comcel y su contestación

6.1. Las Pretensiones de la Demanda de Reconvención

En su demanda Comcel formuló las siguientes pretensiones:

A. Pretensiones declarativas

1. *Declarar que Ever Green celebró con Comcel un contrato el día 14 de agosto de 2001 y que estaba obligado a cumplir las obligaciones consagradas en el mismo.*

2. *Declarar que el 30 de octubre de 2009 Comcel y Ever Green celebraron un acuerdo de pago por la suma de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS (\$512.820.000) a cargo de Ever Green, pagaderos en dieciocho (18) cuotas mensuales.*
3. *Declarar que Ever Green incumplió el acuerdo de pago celebrado el día 30 de octubre de 2009, pues no pagó las cuotas establecidas en el numeral segundo del mencionado acuerdo.*
4. *Declarar que en cumplimiento de la cláusula décima del acuerdo de pago mencionado, y también de conformidad con la cláusula 7.28 del contrato de distribución, Ever Green debía mantener al día su cartera corriente con Comcel, respecto de los bienes y servicios adquiridos por el distribuidor en desarrollo del contrato de distribución.*
5. *Declarar que Ever Green incumplió la cláusula décima del acuerdo de pago y la cláusula 7.28 del contrato de distribución, por cuanto no mantuvo al día la cartera corriente con Comcel, tal como consta en las comunicaciones de enero 7, marzo 25, abril 8, septiembre 8, octubre 12 y noviembre 10 de 2010.*
6. *Declarar que Ever Green y Comcel, en la cláusula décima primera del acuerdo de pago, acordaron que el incumplimiento del mismo constituiría también un incumplimiento del contrato de distribución y daría lugar al cobro de la cláusula penal estipulada en éste.*
7. *Declarar que en la cláusula 31 del contrato de distribución, las partes acordaron que los saldos insolutos a la terminación del contrato serían pagados por Ever Green dentro de los 15 días siguientes a la terminación del contrato.*
8. *Declarar que a la terminación del contrato había un saldo insoluto a cargo de Ever Green por valor de TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS (\$333.970.957.00).*
9. *Declarar que Ever Green incumplió el contrato de distribución suscrito el día 14 de agosto de 2001, en cuanto violó la cláusula 31 del mismo, pues no dio cumplimiento al término de quince (15) días a partir de la fecha de terminación del contrato, establecido para el pago de los créditos, prestaciones o deudas a favor de Occel S.A (hoy Comcel) y a cargo de Ever Green.*
10. *Declarar que hasta la fecha Ever Green no ha pagado los saldos insolutos a la terminación del contrato.*
11. *Declarar que en la cláusula 26.2.2 del contrato de distribución, Comcel y Ever Green pactaron una cláusula penal aplicable en los casos de incumplimiento grave del contrato de distribución, señalando que se consideraría grave el incumplimiento, entre otros, de cualquiera de las obligaciones consagradas en la cláusula 7 del contrato de distribución.*
12. *Declarar que Ever Green y Comcel acordaron, en la cláusula décima primera del acuerdo de pago suscrito el 30 de octubre de 2009, que el incumplimiento del mismo daría lugar al pago de la cláusula penal estipulada en el contrato de distribución.*
13. *Declarar que Ever Green el incumplimiento de (sic) las cláusulas 7.28 y 31 del contrato de distribución, así como del acuerdo de pago celebrado el 30 de octubre*

de 2009, constituye un incumplimiento grave del contrato de distribución, en los términos de la cláusula 26.2.2 del mismo.

14. Declarar que Ever Green, al haber incumplido las cláusulas 7.28 y 31 del contrato de distribución, así como el acuerdo de pago celebrado el 30 de octubre de 2009, se encuentra obligada al pago de la pena consagrada en la cláusula 26.2.2 del contrato de distribución, la cual equivale a la suma de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

B. Pretensiones de condena

Como consecuencia de las anteriores declaraciones, solicito al tribunal que declare las siguientes pretensiones de condena:

1. Condenar a Ever Green al pago de las sumas que adeuda a Comcel con motivo de los incumplimientos de las obligaciones consagradas en las cláusulas señaladas en las pretensiones declarativas de la presente demanda, que a la fecha asciende a la suma, de TRESCIENTOS CUARENTA Y TRES MILLONES SETECIENTOS DIECINUEVE MIL TRESCIENTOS OCHENTA Y SIETE PESOS (\$ 343.719.387), discriminadas de la siguiente manera:

- Por concepto del saldo del acuerdo de pago celebrado el día 30 de octubre de 2009, la suma de CIENTO UN MILLONES CUARENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS SESENTA Y SIETE PESOS (\$101.049.766)
- Por concepto de cartera vencida de Kits Prepago, la suma de CIENTO TREINTA Y DOS MILLONES QUINIENTOS TRECE MIL DOSCIENTOS SIETE PESOS (\$132.513.207)
- Por concepto de recarga pasatiempo, notas de crédito/debito, y otros la suma de NOVENTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MIL QUINIENTOS SETENTA PESOS (\$95.678.570)
- Por concepto del convenio del 70% de la cartera vencida de equipos, la suma de CATORCE MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y CUATRO MIL SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE PESOS (\$14.474.669)

Lo anterior con las actualizaciones que resulten procedentes a la fecha en que se declare el incumplimiento.

2. Condenar a Ever Green a pagar los intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida para los negocios mercantiles respecto del saldo del acuerdo de pago, a partir de los quince (15) días siguientes a la terminación del contrato de distribución y hasta la fecha en que se paguen dichos saldos.

3. Condenar a Ever Green a pagar los intereses moratorios a la máxima tasa legal permitida para los negocios mercantiles respecto de los conceptos que integran la cartera vencida relacionados en la pretensión primera de condena, a partir del día siguiente en que cada uno de dichos conceptos se hizo exigible para Ever Green, según consta en el estado de cuenta enviado por Comcel o según se demuestre mediante el dictamen pericial, y hasta la fecha en que se paguen dichos saldos.

4. Condenar a Ever Green al pago de la pena consagrada en la cláusula 26.2.2 de los contratos de distribución, la cual equivale a la suma de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes, que al momento de la presentación de la demanda ascienden a la suma de DOS MIL SEISCIENTOS SETENTA Y OCHO MILLONES DE PESOS (\$2.678.000.000).

5. Condenar a Ever Green a pagar intereses comerciales moratorios a la máxima tasa de interés permitida por la ley a favor de Comcel, a partir de los quince (15)

días siguientes a la terminación del contrato de distribución y hasta la fecha en que se paguen dichos saldos.

6.2. Fundamentos de Hecho de la Demanda de Reconvención

En su demanda Comcel expuso los siguientes hechos en que funda sus pretensiones:

1. *Ever Green celebró con Ocel un contrato el día 14 de agosto de 2001.*
2. *El 21 de diciembre de 2004, Comcel S.A. absorbió la empresa Ocel S.A. Como producto de dicha fusión, el contrato mencionado se consolidó en cabeza de Comcel.*
3. *En la cláusula 7.28 del contrato suscrito, Ever Green se obligó a “Mantener permanentemente al día su cartera para con OCCEL y colaborar con ésta en la recuperación de la cartera de los abonados que se hubiesen obtenido con su distribución.”*
4. *El día 18 de mayo de 2009, Ever Green y Comcel celebraron un Acuerdo de Pago con motivo de la deuda que Ever Green tenía con Comcel por concepto de cartera vencida de las ventas de Kits Prepago.*
5. *En el acuerdo de pago, EVER GREEN COMUNICATIONS S.A. reconoció la obligación exigible “a cargo de EVER GREEN COMUNICATIONS S.A y a favor de COMCEL S.A., por valor de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$174.244.391)”*
6. *Adicionalmente, EVER GREEN COMUNICATIONS S.A. se comprometió “a pagar a COMCEL S.A. la suma de CIENTO SETENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS CUARENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$174.244.391)”*
7. *En el numeral décimo segundo del mencionado acuerdo de pago suscrito entre Ever Green y Comcel, las partes acordaron que “el incumplimiento del acuerdo de pago, constituye igualmente incumplimiento del contrato de distribución suscrito entre las partes y dará derecho a COMCEL S.A. a darlo por terminado por incumplimiento, hacer efectiva la clausula penal y las garantías reales constituidas, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones para el cobro de los perjuicios que dicho incumplimiento haya causado”*
8. *El día 30 de octubre de 2009 Comcel y Ever Green celebraron otro acuerdo de pago por concepto de las siguientes sumas de dinero que Ever Green adeudaba a Comcel:*
 - c) *El saldo de \$88.673.366 pesos del acuerdo de pago suscrito el día 13 de mayo de 2009*
 - d) *CUATROCIENTOS VEINTICUATRO MILLONES CIENTO CUARENTA Y SEIS MIL SEISCIENTOS TREINTA Y CUATRO PESOS (\$424.146.634) correspondientes a carteras corrientes vencidas por concepto de kits prepago, equipos postpago y otros conceptos con corte a 28 de octubre de 2009*

9. En el segundo acuerdo de pago Ever Green reconoció la obligación “exigible a cargo de EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A y a favor de COMCEL S.A., por valor de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ”

10. En el mismo acuerdo de pago, según se recoge en el numeral segundo, EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A. se comprometió a pagar a COMCEL S.A. “la suma de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA. (...) en un periodo máximo de dieciocho meses (18) contados a partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo de pago (...)”

11. Las partes pactaron en el numeral décimo del acuerdo de pago mencionado, la obligación en cabeza de Ever Green de mantener al día la cartera corriente que tuviera con COMCEL S.A.

12. En el segundo acuerdo de pago suscrito entre Ever Green y Comcel, las partes acordaron, en el numeral décimo primero, que “El incumplimiento del presente acuerdo de pago, constituye igualmente incumplimiento del contrato de distribución suscrito entre las partes y dará derecho a COMCEL S.A. a darlo por terminado por incumplimiento , hacer efectiva la cláusula penal y las garantías reales constituidas, sin perjuicio del ejercicio de las demás acciones para el cobro de los perjuicios que dicho incumplimiento haya causado

13. Asimismo, en dicho acuerdo las partes consagraron, en el numeral decimo segundo, que “el presente documento no constituye novación, ni condonación de las obligaciones de que trata el presente documento, ni el contrato de distribución, ni de sus rendimientos, intereses o costas.”

14. Desde el mes de enero de 2010 Ever Green empezó a incumplir los acuerdos de pago mencionados anteriormente, lo cual se mantuvo hasta la terminación unilateral del contrato de distribución por parte de Ever Green.

15. Durante el año 2010, Ever Green también incumplió la cláusula 7.28 del contrato de distribución, pues no mantuvo al día su cartera corriente con Comcel, omitiendo cancelar kits prepago, equipos postpago, recargas pasatiempo, y otros conceptos a favor de Comcel.

16. Comcel, durante el año 2010, puso de presente el incumplimiento de Ever Green mediante comunicaciones de enero 7, marzo 25, abril 8, septiembre 8, octubre 12 y noviembre 10, las cuales se anexan como pruebas.

17. El día 15 de diciembre de 2010, Ever Green radicó en las oficinas de Comcel, comunicación mediante la cual su representante legal manifestó que a partir del recibo de tal comunicación daba por terminado el vínculo contractual existente entre las dos empresas, aduciendo justa causa imputable a Comcel.

18. Mediante comunicación de 23 de diciembre de 2010, Comcel dio respuesta a la comunicación de 15 de diciembre de 2010 manifestando que rechaza las decisiones y causas invocadas por Ever Green para la terminación del contrato, y le solicita el pago de “TRESCIENTOS TREINTA Y TRES MILLONES NOVECIENTOS SETENTA MIL NOVECIENTOS CINCUENTA Y SIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA (\$333.970.957).”

19. En consonancia con lo anterior, Comcel remitió a Ever Green el acta de liquidación final del contrato a la cual se adjuntan las partidas deudoras y acreedoras del estado de cuenta de la relación contractual con corte a 22 de diciembre de 2010, las cuales muestran que Ever Green adeudaba a Comcel, al

momento de la terminación del contrato, un total de \$333.970.957, discriminado de la siguiente manera:

- Por concepto del saldo del acuerdo de pago la suma de \$101.049.766 pesos
- Por concepto de cartera vencida de Kits Prepago, la suma de \$132.513.207 pesos
- Por concepto de recarga pasatiempo, la suma de \$59.389.781. pesos
- Por concepto de notas de crédito/debito, la suma de \$11.586.376 pesos
- Por concepto de cartera vencida de equipos, la suma de \$14.474.669 pesos

20. La cláusula 31 del contrato de distribución suscrito entre Ever Green y Comcel dispone, en su aparte pertinente, lo siguiente:

“ 31. Si a la terminación de este contrato por cualquier causa, realizadas las deducciones, descuentos y compensaciones de que trata el numeral precedente, resulta algún crédito, prestación o alguna deuda a favor de OCCEL y a cargo del DISTRIBUIDOR, éste pagará a OCCEL dentro de los quince (15) días siguientes a la terminación del contrato. Si no lo hiciere OCCEL podrá cobrar ejecutivamente la obligación principal con la cláusula penal pactada o la indemnización ordinaria de perjuicios. En uno u otro caso, bastará copia de este contrato y la certificación del saldo insoluto firmada por el revisor fiscal de OCCEL sobre la existencia de la obligación, monto y exigibilidad y sin necesidad de requerimiento alguno al que renuncia expresa y espontáneamente. (...)”

21. Ever Green no canceló la suma mencionada en el hecho No. 19 dentro de los quince días siguientes a la terminación del contrato, y tampoco la ha cancelado hasta la fecha.

22. A 25 de abril de 2011, según la certificación de Ernst & Young, revisores fiscales de Comcel, la suma adeudada asciende a \$343.719.387

23. En la cláusula 26.2.2 de los contratos de distribución, las partes estipularon lo siguiente:

“26.2 Penal Pecuniaria:

Sin perjuicio de la pena pecuniaria consagrada en otras estipulaciones de este contrato, en caso de incumplimiento total o parcial, de cumplimiento tardío o defectuoso, renuencia al cumplimiento, retraso o simple atraso de las obligaciones legales y contractuales por EL DISTRIBUIDOR, éste pagará incondicionalmente a OCCEL sin necesidad de requerimiento o reconvencción judicial o extrajudicial ninguna, las siguientes sumas que se pactan a continuación a título de penal pecuniaria y, que de acuerdo con las circunstancias hará exigible OCCEL:

(...)

26.2.2 Cuando a juicio de OCCEL el incumplimiento sea grave **y, lo será, entre otros casos en todas las hipótesis de que trata el numeral 7.** De este contrato, COMCEL podrá imponer una penal pecuniaria de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

(...)”

24. Así las cosas, teniendo en cuenta que Ever Green violó las cláusulas 7.28 y 31 del contrato de distribución, así como el acuerdo de pago celebrado el 30 de octubre de 2009, que es desarrollo del contrato de distribución, como expresamente se pactó, es posible concluir que Ever Green incurrió en un incumplimiento grave del contrato de distribución. Por ello, de conformidad con la cláusula recién citada, Ever Green se encuentra obligada a pagar a favor de Comcel el monto de la cláusula

penal pecuniaria, que equivale a cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes.

6.3. La oposición de Ever Green

Ever Green se opuso a las pretensiones de la demanda de reconvención y formuló las siguientes excepciones de mérito.

1. PRIMERA EXCEPCIÓN DE MÉRITO: De el acuerdo de pago. El H. Tribunal no está habilitado para pronunciarse sobre este negocio jurídico. Extinción de las obligaciones que tuvieron por fuente el Acuerdo de Pago.
2. SEGUNDA EXCEPCIÓN DE MÉRITO: Derecho de Retención; el pago del dinero, los bienes y los demás valores que han sido retenidos por LA CONVOCANTE no se ha hecho exigible.
3. TERCERA EXCEPCIÓN DE MÉRITO: Cláusula penal enorme.
4. CUARTA EXCEPCIÓN DE MÉRITO: Novación y compensación:
5. QUINTA EXCEPCIÓN GENÉRICA: La genérica.

6.4. La respuesta a los hechos de la demanda de reconvención

En su contestación a la demanda de reconvención Ever Green dio respuesta a los hechos de la demanda de reconvención de la siguiente manera:

1. *Es cierto. Se trató de un contrato típico y nominado de Agencia Comercial.*
2. *Es cierta la existencia de la fusión de COMCEL y OCCEL S.A.*
3. *Se admite, como texto del Contrato sub iudice, aquel que consta en el expediente y que fue aportado por la Convocante. En cuanto a la interpretación de las normas que se extrae a partir de este texto, me remito a la que se estime correcta con fundamento en los Arts. 1618 y ss CC.*
4. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso. En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante.*

5. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso. En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante.*

6. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso. En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante.*

7. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso. En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante.*

8. *En este numeral constan varios hechos: (i) Se acepta que entre las partes se suscribió, el 30 de octubre de 2009, un negocio jurídico denominado "Acuerdo de Pago". (ii) En cuanto a su contenido, me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

9. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

10. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

11. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

12. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

13. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

14. *No es cierto. Mediante compensaciones practicadas por Comcel, se extinguieron las obligaciones que tuvieron por fuente los acuerdos de pago suscritos entre las partes. Los dineros insolutos que al momento de la terminación de EL CONTRATO SUB IÚDICE, LA CONVOCANTE le adeudaba a Comcel, fueron objeto de legítima retención.*

En todo caso, el H. Tribunal no puede pronunciarse frente a la existencia, validez, interpretación e incumplimientos relativos a este Acuerdo de Pago.

15. *No es cierto. Las obligaciones dinerarias que la Convocante tenía frente a Comcel y que tuvieron por fuente el Contrato sub iúdice se extinguieron a través de su compensación y otras a través de su novación.*

16. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante.

17. *Es cierto.*

18. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

19. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

20. *Se admite, como texto del contrato sub iúdice, aquel que consta en el expediente y que fue aportado por LA CONVOCANTE. En cuanto a la interpretación de las normas que se extrae a partir de este texto, me remito a la que se estime correcta con fundamento en los Arts. 1618 y ss CC.*

21. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso.*

En todo caso, el H. Tribunal no se puede pronunciar frente a los acuerdos de pago suscritos entre Comcel y la Convocante. Asimismo, cualquier dinero que la Convocante tuviera en su poder o a su disposición y que fuera de propiedad de Comcel al momento de la terminación del Contrato sub iúdice, ha sido legítimamente retenido por parte de la Convocante.

22. *No me consta. Me someto a lo que resulte probado en este proceso. En cualquier caso, tal certificación se expidió a partir de la relación contractual que vincula a Comcel con la firma Ernst & Young, relación que es relativa frente a Convocante y totalmente ajena a la litis sub iúdice.*

23. *Se admite, como texto del contrato sub iúdice, aquel que consta en el expediente y que fue aportado por LA CONVOCANTE. En cuanto a la interpretación de las normas que se extrae a partir de este texto, me remito a la que se estime correcta con fundamento en los Arts. 1618 y ss CC.*

24. *No es un hecho, es una interpretación jurídica. Esta interpretación jurídica es infundada.*

7. Pruebas practicadas

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos.

Por solicitud de las partes se decretaron y practicaron sendas exhibiciones de documentos.

Igualmente se recibieron los interrogatorios a los representantes legales de las partes.

A petición de ambas partes se decretó y practicó un dictamen contable-financiero, el cual fue objeto de aclaraciones y complementaciones a solicitud de las aquellas.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

8. Presupuestos procesales

Los presupuestos procesales están dados. En efecto, como se señaló en la primera audiencia de trámite, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. En efecto, la parte convocante y demandante del presente trámite es Ever Green, sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Medellín, la cual se encuentra actualmente en liquidación judicial.

La parte convocada y reconviniendo es Comcel, también sociedad comercial, legalmente existente y con domicilio en Bogotá.

Las partes tienen capacidad para transigir y han actuado en este proceso por intermedio de sus apoderados judiciales oportunamente reconocidos.

Al analizar su competencia, el Tribunal encontró que la cláusula compromisoria pactada reúne los requisitos legales en la medida en que constan por escrito en el cuerpo del Contrato suscrito el 14 de agosto de 2001 y en ella las partes acordaron someter las eventuales diferencias que pudieran surgir con ocasión del mismo, a la decisión de un tribunal de arbitramento; dicho pacto arbitral tiene objeto lícito pues tiene por tal dirimir controversias de carácter patrimonial de libre disposición por las partes; cumplen los requisitos exigidos por el artículo 118 del Decreto 1818 de 1998, y no se ha establecido ningún vicio en su celebración.

Así mismo, el Tribunal encontró que las controversias planteadas por las partes están incluidas en el pacto arbitral, son transigibles y las partes tienen capacidad legal para comparecer al proceso.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

I. NATURALEZA JURÍDICA DEL CONTRATO DE 14 DE AGOSTO DE 2001

El contrato que dio origen al presente proceso arbitral fue celebrado el 14 de agosto de 2001 entre Ever Green y Ocel S.A., la cual, a su vez, fue absorbida por Comcel. La controversia esencial entre las partes en litigio consiste en determinar la naturaleza jurídica de este contrato y establecer las consecuencias que de allí puedan derivarse frente a ciertas cláusulas contractuales. En efecto, Ever Green considera que se trata de un contrato de agencia comercial, y Comcel estima que es un contrato de distribución.

El objeto del contrato está definido en estos términos:

“En virtud de este Contrato, OCCEL concede a EVER GREEN COMMUNICATIONS LIMITADA como DISTRIBUIDOR CV-OCCEL, la distribución de los productos y la comercialización de los servicios que OCCEL señale conforme a las denominaciones que ésta maneje, a las existencias que tenga y a los términos y condiciones pactados.

“Por consiguiente, el DISTRIBUIDOR se obliga para con OCCEL a comercializar los productos y servicios y, a realizar las actividades y operaciones inherentes a su distribución, dentro de éstas, el mercadeo y comercialización, las cuales ejecutará en su propio nombre, por su propia cuenta, con su propia organización, personal e infraestructura y con asunción de todos los costos y riesgos.

“El DISTRIBUIDOR, según decisión e instrucciones de OCCEL, podrá tener la función y obligación adicional de proveer el servicio técnico, instalación y

servicio de post-venta de los productos, para cuyo efecto, tendrá un departamento de servicio técnico para diagnóstico, programación y servicio de garantía de los equipos que comercialice, y deberá suscribir un contrato de prestación de servicio técnico”.

En cuanto a su naturaleza jurídica, el contrato dice que es de distribución. Al respecto, establece:

“Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por OCCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga el DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por OCCEL, según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial, mandatario ni representante ni podrá comprometer a OCCEL en ningún respecto ni presentarse ante terceros invocando ninguna de dichas calidades o dando a entender que su empresa e instalaciones son de propiedad de OCCEL, que es asociado o tiene una relación con ésta distinta o adicional a la de DISTRIBUIDOR autorizado para distribuir los productos y comercializar el Servicio bajo los términos y condiciones establecidos en este contrato, en sus términos de referencia y en las instrucciones escritas que le sean impartidas”.

La vigencia del contrato es de un año, sujeto a terminación anticipada y se renovaría automáticamente por periodos mensuales, pudiendo ser renovado según los términos y condiciones que las partes acordaran mutuamente.

El contrato enumera los deberes y obligaciones de Ocel S.A., lo relativo a la publicidad, la terminación del contrato y las penas pecuniarias.

Este contrato puede ser considerado de adhesión por cuanto fue redactado por Ocel S.A., hoy Comcel, y aceptado por Ever Green.

En ese sentido y para resolver la pretensión Primera Principal, en la que la convocante solicita se declare *“que las cláusulas que integran el Contrato sub iúdice fueron extendidas y dictadas por Comcel, de tal manera que dicho negocio jurídico, respecto de la Convocante, fue de adhesión”*, el Tribunal

encuentra que cuando en el curso del interrogatorio se le preguntó respecto al origen del texto contractual al representante legal de la parte convocada, éste dijo que *“Comcel en ese momento Occel S.A., hizo una propuesta de contrato a la sociedad Ever Green Communications Ltda., quien después de revisar la propuesta del contrato y los documentos otorgó su consentimiento y como consecuencia de dicho consentimiento se celebró el contrato a que hace referencia la pregunta”*. Y sobre si el texto del contrato corresponde al de otros contratos que Comcel ha celebrado con sus diferentes distribuidores, dijo que *“no todos los textos de los contratos de Comcel con su red de distribución son iguales ni corresponden exactamente al mismo clausulado de manera idéntica y exacta”* (folios 1 y 2 del cuaderno de pruebas No. 7).

Sin embargo el Tribunal encuentra que los textos aportados dentro de la diligencia de exhibición de documentos efectuada el día 22 de febrero de 2012 (folio 424 del cuaderno principal y folios 23 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 4) guardan evidentes similitudes y que los Anexos del contrato no fueron preparados en particular para el que suscribirá con Ever Green sino para toda la red de distribuidores. El hecho de que el texto redactado por Occel S.A., hoy Comcel, haya sido únicamente propuesto a Ever Green y aceptado por ésta no le quita el carácter de contrato por adhesión y, en cualquier caso, de texto extendido o dictado por la convocada, por lo cual resulta aplicable el criterio de interpretación consignado en el artículo 1624 del Código Civil¹.

Se trata de un contrato consensual, bilateral, oneroso, de ejecución sucesiva, principal.

Según el artículo 1317 del Código de Comercio, *“Por medio del contrato de agencia un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y*

¹ Artículo 1624 C.C. *“No pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.*

Pero las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella”.

dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo. La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente”.

Al respecto ha dicho la Corte Suprema de Justicia que *“El contrato de agencia comercial es un instrumento jurídico que sirve a los empresarios para ensanchar los canales de producción, distribución y las ventas de un bien o la prestación de un servicio en una zona geográfica determinada, siempre de manera permanente y estable, sin la asunción de los costos y gastos administrativos que demanda adelantar esa tarea directamente, elementos que se encuentran”*².

Esta modalidad de contratación se inserta dentro de la teoría general del contrato y obedece a la regla de expresión de la autonomía de la voluntad de las partes manifestada en dicho instrumento jurídico en orden a regular situaciones jurídicas individuales, creadoras, modificadoras o extintivas de derechos de los intervinientes en la relación contractual.

Ha dicho al respecto la Corte Suprema de Justicia:

“La libertad contractual o autonomía privada dispositiva faculta a las partes disciplinar el contenido del negocio jurídico, conforme a sus necesidades, conveniencia, designios, intereses disponibles, orden público, buenas costumbres, función práctica económica o social útil, relatividad de los derechos, paridad, buena fe, lealtad y corrección exigibles, sin existir escollo alguno para que las partes del contrato de agencia comercial, empresario y agente, disciplinen las prestaciones económicas derivadas del mismo, porque la ley no lo prohíbe, ni hay texto legal expreso in contrario. Nada obsta, verbi gratia, a las partes en ausencia de expreso precepto restrictivo, limitativo o prohibitivo disciplinar las prestaciones económicas consagradas por la ley, ni para acordar otras prestaciones adicionales a las legales dentro de los parámetros del justo equilibrio contractual. Aún

² CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de junio de 2011. M. P. Edgardo Villamil. Expediente No. 11001-3103-010-2000-00155-01.

*más, no existiendo la norma jurídica consagratória de la prestación regulada en el inciso primero del artículo 1324, las partes podrían estipularla expressis verbis (accidentalia negotia), en términos idénticos, similares o análogos, pues su libertad contractual les permite con sujeción al ordenamiento disciplinar el contenido del acto, y en particular, el prestacional*³.

La definición legal transcrita permite identificar los elementos de la agencia comercial así: a) unas partes, constituidas por un comerciante y un empresario nacional o extranjero; b) un objeto, que es el encargo de “promover o explotar” negocios en un determinado ramo en condición de representante o agente del empresario, o también como fabricante o distribuidor de productos del empresario; c) una zona prefijada del territorio nacional en donde se desarrollará la actividad agenciada; d) una relación jurídico comercial estable, y e) un grado de autonomía del comerciante en el cumplimiento de sus obligaciones.

La agencia comercial supone necesariamente que la actuación es por cuenta ajena. Es un contrato estable, continuo, duradero, que se ejecuta por cuenta de otro, y que constituye una actividad profesional autónoma.

El agente desarrolla el encargo mediante una organización propia utilizando medios publicitarios, contactos permanentes y actividades de promoción.

A ese respecto, la Corte Suprema de Justicia sostuvo que “... conforme a su definición legal, aparecen como principales características del objeto de la agencia comercial, y, de la otra, que dicha intermediación sea exclusivamente subjetiva (como representante o agente promotor o explotador de negocios del empresario, que a la vez promueve y explota), o bien en ambas formas. De allí que sea explicable la exigencia de estabilidad de la relación contractual, así como la independencia o autonomía del agente, que con su propia organización, desempeña una actividad encaminada a conquistar clientela, conservar la existente, que le ha

³ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de 19 de octubre de 2011, M. P. WILLIAM NAMÉN VARGAS, EXP. 11001-3103-032-2001-00847-01

encargado al primero el desempeño de esta labor. De esta suerte, en el desempeño de su función contractual, el agente puede no solo relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento estas actividades del agente tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario”.

Agregó la Corte: “Y como norma protectora de la estabilidad de la relación contractual, el Código de Comercio establece que la agencia puede terminar por las mismas causas que ponen fin al contrato de mandato, y además estatuye cuáles son las justas causas que permiten su terminación unilateral, ya por el empresario, ya por el agente (Arts. 1324 y 1325 del Código de Comercio). Por lo mismo, a la extinción del contrato tendrá derecho el agente al pago de una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor, indemnización ésta a la cual se agregará la suma de dinero que fijen los peritos, como retribución a la actividad del agente para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato, norma que se extiende en su aplicación a los casos en que el contrato termina por justa causa imputable al empresario, todo conforme a lo preceptuado por el artículo 1324 del Código de Comercio”⁴.

La prestación prevista en el artículo 1324, inciso primero, no es de carácter indemnizatorio sino que tiene por finalidad retribuir el esfuerzo del agente por las ventas efectivamente realizadas o la gestión dirigida a la conclusión infructuosa de aquéllas (artículo 1323 del CCo). Por el contrario, la prestación consagrada en el inciso segundo de la misma norma, sí es una indemnización y tiene sustento en el restablecimiento del patrimonio quebrantado por la ruptura intempestiva, unilateral y abusiva del contrato por parte del empresario.

⁴ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 31 de octubre de 1995. Expediente No. 4701.

En el presente caso el contrato de 14 de agosto de 2001 tiene naturaleza de agencia comercial, por las razones que se enuncian a continuación.

Los elementos esenciales del contrato de agencia comercial son los siguientes:

1. La independencia del agente.
2. La estabilidad de la relación.
3. El encargo de promover o explotar negocios.
4. La actuación por cuenta de otro.

El agente Ever Green actuó en forma independiente ya que tenía una estructura para manejar el negocio, nombraba empleados, ejecutaba labores de mercadeo hasta donde el contrato y el desarrollo de las actividades de Comcel se lo permitían, hacía publicidad siguiendo los lineamientos de Comcel, y celebraba contratos de arrendamiento del lugar donde operaba. Está acreditada la independencia del agente porque la comercialización la hizo mediante una estructura administrativa que creó para llevar a cabo el negocio, nombró a sus empleados, y si bien siguió las políticas e instrucciones de Comcel tuvo un grado máximo de autonomía e independencia para la conducción del negocio.

El código protege la estabilidad de la relación jurídico comercial al regular las causales de terminación de la agencia, teniendo en cuenta el interés del agente al instituir la cesantía comercial y la eventual indemnización de perjuicios en el momento de terminación del contrato en ciertas circunstancias. Ha dicho a ese propósito la Corte Suprema de Justicia:

“... como norma protectora de la estabilidad de la relación contractual, el Código de Comercio establece que la agencia puede terminar por las mismas causas que ponen fin al contrato de mandato y, además, estatuye cuáles son las ‘justas causas’ que permiten su terminación unilateral, ya por el empresario, ya por el agente (Arts. 1324 y 1325 del Código de Comercio). Por lo mismo, a la extinción del contrato tendrá derecho el agente al pago de una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión,

regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor' indemnización ésta a la cual se agregará la suma de dinero que fijen los peritos, 'como retribución' a la actividad del agente 'para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato', norma que se extiende en su aplicación a los casos en que el contrato termina por justa causa imputable al empresario, todo conforme a lo preceptuado por el artículo 1324 del Código de Comercio.” (Subraya la Sala)⁵

“Así las cosas, es pertinente resaltar los límites a la estabilidad propia del contrato de agencia comercial, para no confundirla con perpetuidad que equivocadamente conduzca a crear una excesiva onerosidad para la parte que voluntariamente decida desligarse del acuerdo con sujeción a las reglas contractualmente fijadas para ello; en palabras de esta Sala “(...) la estabilidad nunca puede asimilarse a perpetuidad o permanencia, porque esta característica no se opone a una vigencia temporal del contrato, por cuanto el artículo 1320 del Código de Comercio, expresamente consagra como uno de los contenidos del contrato de agencia 'el tiempo de duración' de 'los poderes y facultades' conferidas al agente. De ahí, que anteladamente se haya dicho que la estabilidad excluye los encargos ocasionales o esporádicos, pero no la delimitación temporal del contrato, que la norma antes citada remite a la autonomía de las partes”.

En el asunto sub examine la estabilidad de la labor encomendada al agente aparece demostrada si se tiene en cuenta que el contrato se extendió por un largo periodo de tiempo, muchísimo más allá del año inicialmente contemplado para su duración, desde el 14 de agosto de 2001 hasta el 15 de diciembre de 2010, esto es, durante nueve (9) años y cuatro (4) meses, simplemente permitiendo la renovación automática por aplicación de la respectiva cláusula contractual. La labor fue tan estable que las partes de común acuerdo sobrepasaron con creces el término de vigencia inicialmente pactado. Fue tan importante y estable la labor del agente que nada más durante los últimos cinco (5) años Ever Green logró la no despreciable cifra

⁵ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil. Sentencia del 22 de junio de 2011. M. P. Edgardo Villamil. Expediente No. 11001-3103-010-2000-00155-01.

de 25.071 clientes activados en el plan postpago y legalizó o activó 198.822 kits prepago. Ciertamente cautivó una clientela importante para Comcel.

Otro rasgo fundamental de la agencia comercial es la promoción o explotación del negocio que el empresario encarga al agente comercial. Se trata de dos conceptos afines: promoción y explotación, pues la explotación de un negocio demanda generalmente la promoción y venta de los productos que lo constituyen. De la promoción dice el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española que, en una de sus acepciones, significa: *“conjunto de actividades cuyo objetivo es dar a conocer algo o incrementar sus ventas”*. Y la explotación, está referida al desarrollo de la actividad comercial o industrial en relación con artículo o artículos determinados, con el propósito de obtener provecho a nombre propio y/o de un tercero.

La jurisprudencia, refiriéndose a este rasgo de la agencia comercial, ha dicho:

“En relación con el contenido de la actividad promocional que ejecuta el agente, y que interesa en este caso para la estimación de los perjuicios derivados de la terminación unilateral e injusta del contrato, esta Corporación²² se pronunció en los siguientes términos:

“Es así como el artículo 1317 del Código de Comercio, al definir el referido contrato, resalta que en dicho convenio un comerciante -el agente- asume en forma independiente y estable el encargo de promover o explotar negocios de un empresario -el agenciado-, en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, despuntando, entre estas características, aquella que predica la estabilidad del negocio jurídico, cuya importancia -sustancial- se advierte con solo reparar en la labor que se le encomienda al agente, es decir, en la actividad que a favor del agenciado despliega, quien no se limita a perfeccionar o concluir determinados negocios -así sean numerosos-, hecho lo cual termina su tarea, sino que su labor es de promoción, lo que de suyo ordinariamente comprende varias etapas que van desde la información que ofrece a terceros determinados o al público en general,

acerca de las características del producto que promueve, o de la marca o servicio que promociona, hasta la conquista del cliente; pero no solo eso, sino también la atención y mantenimiento o preservación de esa clientela y el incremento de la misma, lo que implica niveles de satisfacción de los consumidores y clientes anteriores, receptividad del producto, posicionamiento paulatino o creciente; en fin, tantas aristas propias de lo que hoy se conoce –en sentido lato- como “mercadeo”, que, en definitiva, permiten concluir que la agencia es un arquetípico contrato de duración, característica que se contrapone a lo esporádico o transitorio, pero que -hay que advertirlo- no supone tampoco y de modo inexorable, un contrato a término indefinido o de duración indefectible y acentuadamente prolongada”⁶.

Y la doctrina lo ha confirmado:

*“El agente puede limitar su actividad a realizar la **promoción** y a impulsar negociaciones. En tal caso el empresario se reserva la valoración de la conveniencia del negocio y el poder de autorizar o no al agente para concluir los contratos. Pero también puede recibir el encargo de **explotar** los negocios del empresario, o sea de concluir ventas, compras, arrendamientos o prestar servicios. Con más frecuencia hace ambas cosas: promueve, negocia, concluye contratos, y aún supervisa su ejecución.”⁷ (Destaca el Tribunal).*

De manera que el agente puede efectuar la promoción o la explotación, o también ambas cosas y, en cualquier caso, al hacerlo, desarrolla el presupuesto en estudio. En lo relativo a la promoción, ésta no quedó exclusivamente a cargo de Comcel, por cuanto Ever Green colaboró también en la promoción de los productos, explotó el negocio, y el hecho que recibiera instrucciones y acatara las políticas de Comcel no desvirtúa el hecho de que intervino en actividades de mercadeo y comercialización por cuenta de Comcel. Esto significa que la labor de promoción corrió

⁶⁶ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, M. P. Edgardo Villamil, Exp. No. 11001-3103-010-2000-00155-01

⁷ Vallejo García, Felipe. *El Contrato de Agencia Comercial*. 1ª edición. Legis, Bogotá. 1999. p.p. 46 y 47.

conjuntamente con la publicidad mediante actividad conjunta de Comcel y de Ever Green. La labor de promoción fue tan evidente que implicaba el convencimiento a terceros para adquirir una línea y, por esa vía, convertirse automáticamente en cliente del operador Comcel. En esa labor la venta del equipo o terminal resultaba siendo completamente accesorio o accidental porque lo verdaderamente importante era la activación del usuario potencial en la red de servicio del operador. En ese sentido no puede sostenerse que la labor del agente era simplemente colocar en el mercado unos bienes porque tal venta no tendría ningún sentido si no trajera aparejada la activación de una línea y la conquista de un cliente.

Finalmente, en la agencia comercial el agente actúa por cuenta del agenciado con la posibilidad que tiene éste de impartir instrucciones. En el caso sub judice resulta evidente que la actuación de Ever Green corrió “por cuenta” de Comcel. No de otra manera puede entenderse que, a pesar de la literalidad del contrato antes transcrita, el ofrecimiento que se hacía, y se debía hacer, era el de vincularse formalmente a los servicios del operador para quedar activado en el espectro a éste concesionado por el Estado. Lo contrario habría implicado un engaño al tercero o una violación de la ley, o ambas cosas. La única posibilidad que Ever Green podía ofrecer a los clientes era que éstos se vincularan como clientes directos de Comcel mediante la activación de una línea móvil en planes post pago o prepago. Se reitera que la venta de los equipos o terminales no podía ser nada diferente a un vehículo para acceder a la red administrada por el operador Comcel. Así las cosas no puede entenderse que el usuario del servicio, esto es, a términos del mismo contrato, “*el servicio público de telefonía móvil celular, sus suplementarios u otros que preste actualmente o en el futuro OCCEL sus abonados*”, pudiera considerarse cliente del distribuidor por verdadera imposibilidad material y legal.

En las anteriores condiciones, si bien en el texto del contrato se afirma que no es de agencia comercial sino de [suministro o] distribución, siguiendo la doctrina del contrato realidad se llega a la conclusión de que en este contrato se presentan las características de la agencia comercial y por tanto se puede considerar que el contrato sub judice es de agencia comercial.

Las partes en el contrato de 14 de agosto de 2001 expresaron que el contrato es de distribución. Y agregó: *“Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por OCCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga el DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por OCCEL, según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial”*.

Estas afirmaciones no obligan al Tribunal arbitral porque mediante interpretación se ha llegado a la realidad del contrato que es de agencia comercial por reunir los elementos esenciales de dicho contrato.

Comcel ha insistido ante este Tribunal en que el contrato sub iúdice debe considerarse, para todos los efectos del proceso, como un contrato de distribución que, identificado así, no generaría a favor de la convocante la prestación y la indemnización establecidas en el artículo 1324 del Código de Comercio. Al respecto, encuentra el Tribunal que nuestro ordenamiento jurídico no destaca el contrato de distribución como un contrato nominado de características distintas al de agencia comercial, como lo sostiene Comcel. No hay un capítulo en nuestro Código de Comercio que trate del contrato de distribución, como existe el Capítulo V del Título XIII de dicha obra, que define y establece el régimen que regula el contrato de agencia comercial. Por el contrario, la definición legal del contrato de agencia comercial contenida en el artículo 1317 del Código de Comercio identifica la distribución como una de las actividades que pueden desarrollarse bajo esta modalidad de la agencia comercial. Por lo tanto, teniendo en cuenta que el contrato sub iúdice reúne las características del contrato de agencia comercial y que no

por atribuírsele la denominación de “contrato de distribución” deja de serlo, el Tribunal se aparta de la argumentación jurídica planteada Comcel.

Por ello concluye el Tribunal que evidentemente existe una antinomia o contradicción entre varias cláusulas contractuales que expresamente excluyen la agencia comercial – tal y como ocurre y reclama la convocante respecto de la 4ª y del numeral 5º del Anexo F – y otras que contienen elementos propios de esta figura contractual, por lo cual resulta del caso darle prioridad al contrato realidad con la calificación como de agencia comercial, como se expuso en párrafos anteriores.

II. EL PRECEDENTE ARBITRAL INVOCADO

De otra parte y como sustento adicional a la calificación de la naturaleza jurídica del contrato, el apoderado de la parte convocante invocó el precedente arbitral consolidado en muchos laudos en que otros tribunales han llegado a la conclusión de que contratos prácticamente iguales al examinado en esta ocasión, son contratos de agencia comercial.

En efecto, obran en autos copias de los contratos y decisiones proferidas en casos que han sido objeto de pronunciamientos arbitrales en los cuales frente a contratos similares celebrados por Comcel con distintos distribuidores se ha decidido que tienen la naturaleza de contratos de agencia comercial.

Lo anterior significa que este Tribunal arbitral seguirá el precedente por razones de igualdad que es un principio consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, y porque no hay razones para modificarlo.

La convocante demostró que los supuestos de hecho son los similares en todos los arbitramentos, y que la ratio decidendi era igual.

Este Tribunal sigue el precedente arbitral consolidado y por ende declarará que el verdadero y real contrato sub lite es de agencia comercial y no de distribución.

Con todo para este Tribunal tal posición hace parte de sus consideraciones y no resulta procedente resolver sobre este aspecto de manera general dentro de esta Litis. El acogimiento del precedente judicial, o arbitral, en este caso, no es asunto que haga parte de la Litis, vinculada en este caso a un contrato que reguló relaciones de distribución bajo la figura de la agencia comercial. La cláusula compromisoria se pactó allí para resolver las eventuales controversias que surgieran con ocasión del contrato y no habilita a los árbitros para efectuar el pronunciamiento que ocupa la atención del Tribunal con carácter de cosa juzgada. Todo sin perjuicio, como se indicó, de que, como parte de sus consideraciones, el Tribunal haya tenido en cuenta esa línea jurisprudencial o arbitral.

III. VALIDEZ Y EFICACIA DE OTRAS CLÁUSULAS DEL CONTRATO

Definida la naturaleza jurídica del contrato como de Agencia Comercial, procederá el Tribunal a examinar las otras cláusulas demandadas por la Convocante, a la luz de dicha definición.

Sobre el abuso del derecho contractual la Corte Suprema de Justicia señaló ya hace un buen tiempo que *“... un ejemplo sin duda persuasivo de esa clase de comportamientos irregulares, lo suministra el ejercicio del llamado ‘poder de negociación’ por parte de quien, encontrándose de hecho o por derecho en una posición dominante en el tráfico de capitales, bienes y servicios, no solamente ha señalado desde un principio las condiciones en que se celebra determinado contrato, sino que en la fase de ejecución o cumplimiento de este último le compete el control de dichas condiciones, configurándose en ese ámbito un supuesto claro de abuso cuando, atendidas las circunstancias particulares que rodean el caso, una posición de dominio de tal naturaleza*

resulta siendo aprovechada por acción o por omisión, con detrimento del equilibrio económico de la contratación.⁸

Previamente al estudio de validez o eficacia de dichas cláusulas, el Tribunal tendrá presente la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que establece el carácter renunciable de los derechos y obligaciones que de allí emanen, dentro de la autonomía de la voluntad de las partes, pero sin olvidar los principios de buena fe y de no abuso del derecho.

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de 19 de octubre de 2011 rectificó su anterior jurisprudencia y admite ahora la renuncia a las prestaciones que conlleva la agencia comercial. En efecto, en dicha sentencia se expresó: *“Con estos lineamientos, en lo tocante a la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, [es] menester rectificar la doctrina expuesta otrora por la Corte, para subrayar ahora, además de su origen contractual, al brotar, nacer o constituirse sólo de la celebración y terminación por cualquier causa del contrato de agencia comercial, su carácter dispositivo y por consiguiente, la facultad reconocida por el ordenamiento jurídico a las partes en ejercicio legítimo de su libertad contractual o autonomía privada para disponer en contrario, sea en la celebración, ya en la ejecución, ora a la terminación, desde luego que estricto sensu es derecho patrimonial surgido de una relación contractual de único interés para los contratantes que en nada compromete el orden público, las buenas costumbres, el interés general, el orden económico o social del país, ni los intereses generales del comercio, si se quiere entendido en la época actual, sino que concierne lato sensu a los sujetos de una relación jurídica contractual, singular específica, individual, particular y concreta, legitimadas para disciplinar el contenido del contrato y del vínculo que las ata, por supuesto, con sujeción a las directrices normativas”.*

Agregó: *“Desde esta perspectiva, para la Corte, según la recta hermenéutica del artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio, el derecho regulado en la norma es de naturaleza contractual y patrimonial, se causa por la celebración del contrato, exigible a su terminación por cualquier motivo*

⁸ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sentencia del 19 de octubre de 1994. Expediente 3972.

y es susceptible de disposición por las partes, legitimadas aún desde el pacto o durante su ejecución, sea para excluirlo, ora dosificarlo o modificarlo en cuanto hace al porcentaje, al tiempo y a los factores de cálculo, ya aumentándolos, bien disminuyéndolos, y también para celebrar y ejecutar todo acto dispositivo lícito, verbi gratia, conciliaciones, pagos anticipados, daciones en pago, compensaciones o transacciones, desde luego ceñida a la ley, actos que en principio, se presumen ajustados al ordenamiento y podrán ser ineficaces hoc eiam valet, por transgresión del ius cogens, buenas costumbres, de los presupuestos de validez y ejercicio abusivo contractual y cláusulas abusivas etc.”.

Observada la necesidad de equilibrio entre capacidad dispositiva de las partes en el contrato de agencia comercial y preservación de los principios generales de no abuso del derecho y buena fe en la ejecución de los mismos, se procederá ahora a examinar las cláusulas controvertidas por la parte Convocante.

En la pretensión Trigésima Cuarta de su demanda Ever Green solicitó la declaratoria de nulidad absoluta y subsidiariamente la ineficacia de algunas de las cláusulas del contrato, así:

- (i) Cláusula 4, en lo que se refiere a la naturaleza del contrato;
- (ii) Cláusula 12, en los apartes que rezan “*normal desarrollo*” e “*Indirecta*”;
- (iii) Cláusula 14, inciso 3, en el aparte que reza⁴⁵ “*...sin que el distribuidor ni sus sub-distribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de Ocel por designarlo distribuidor*”;
- (iv) Cláusula 14, incisos 5 y 6 en su integridad;
- (v) Cláusula 17;

(vi) Cláusula 30;

(vii) Anexo A, numeral 1, en la parte que dice: *“Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente”*, y numeral 5;

(viii) Anexo C, numeral 5;

(ix) Anexo F, numerales 3, 4 y 5;

(x) Cláusula 6.5;

(xi) Cláusula 5.3;

(xii) Todos los demás documentos que en desarrollo del contrato hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los literales anteriores.

La subsidiaria a la pretensión Trigésima Cuarta principal solicita que con fundamento en el artículo 830 del Código de Comercio y a título de reparación in natura, se declare la ineficacia de las cláusulas y disposiciones contractuales a que se refiere la pretensión principal.

Procede entonces el Tribunal al estudio de las cláusulas demandadas, habiendo definido ya las pretensiones relacionadas con la naturaleza jurídica del contrato.

El artículo 95 de la Constitución establece el deber de no abusar del derecho por lo que las cláusulas demandadas que resulten violatorias de tal prohibición son ineficaces a la luz del artículo 897 del Código de Comercio y no absolutamente nulas porque no contrarían una prohibición legal específica. Adicionalmente, frente a estos casos la ley ha previsto el tratamiento de ineficacia de conformidad con lo previsto en el artículo 897 en

concordancia con el numeral 1º del artículo 899 ibídem, como desarrollo de la norma constitucional antes mencionada.

El estudio en concreto de las estipulaciones reputadas como abusivas se efectúa de la siguiente manera:

(i) Cláusula 4

Se recuerda el texto de esta cláusula que ya se puso de presente al definir el contrato realidad:

“El presente contrato es de distribución.

“Nada en este contrato se interpretará ni constituirá contrato de mandato, representación, sociedad, empresa unipersonal, sociedad de hecho o irregular, cuentas en participación, joint venture ni agencia comercial que las partes expresa y específicamente excluyen, ni implica responsabilidad coligada, compartida o plural ni asunción de obligación alguna por OCCEL en el desarrollo de las actividades a que se obliga el DISTRIBUIDOR, quien no podrá en ningún tiempo ni de ninguna manera hacer a ninguna persona natural o jurídica ni autoridad, ni a los clientes o abonados o clientes potenciales, directa o indirectamente o por inferencia, declaraciones, afirmaciones, verbales o escritas, expresas o implícitas con respecto al Servicio, salvo las expresamente autorizadas por OCCEL, según los términos y las condiciones que regulan la prestación del servicio, ni anunciarse ni constituirse agente comercial”.

Esta cláusula es abusiva por cuanto tiende a desvirtuar la naturaleza jurídica del contrato y por lo tanto busca eludir la aplicación de las normas que protegen al agente comercial en desmedro de sus derechos, como producto del abuso de la posición dominante.

(ii) Cláusula 12, en los apartes que rezan “normal desarrollo” e “Indirecta”

El texto de esta cláusula es el siguiente:

“12. Indemnización

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

Contempla la cláusula la obligación de Ever Green de indemnizar por cualquier acto que surja *“como resultado del normal desarrollo del contrato como consecuencia directa e indirecta del incumplimiento o violación de cualquiera de los términos”* del mismo.

Esta cláusula es indeterminada y desproporcionada y desconoce la relatividad de los contratos ya que la extiende a cualquier consecuencia aún indirecta del contrato. Esto significa que es una cláusula abusiva contraria al artículo 95 de la Constitución en concordancia con el artículo 899 del Código de Comercio.

(iii) Cláusula 14, inciso 3, en el aparte que reza *“...sin que el distribuidor ni sus sub-distribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación a favor de Ocel por designarlo distribuidor”*

Esta cláusula vinculada con el tema de las marcas, señala en su inciso 3º lo siguiente:

“EL DISTRIBUIDOR reconoce y acepta que inmediatamente después de la terminación de este contrato por cualquier causa, cesará el aprovechamiento de cualquiera de los nombres, marcas, rótulos, enseñas, anuncios, letreros, formularios, documentos, carné o signos distintivos de OCCEL y, en general de todo material de publicidad e identificación que pudiere vincularlo directa o indirectamente a él y sus asociados, personal y subdistribuidores. Todo aviso, enseña, rótulo, material de identificación propio y de sus subdistribuidores deberá ser retirado inmediatamente después de la terminación y es de propiedad de OCCEL sin que EL DISTRIBUIDOR ni sus subdistribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se conciben como una contraprestación en favor de OCCEL por designarlo distribuidor” (Subraya el Tribunal).

La norma consagra la renuncia al derecho de retención en relación con la propiedad intelectual, conlleva la violación al principio de buena fe contractual y el quebrantamiento de una norma de orden público como es el artículo 1326 del Código de Comercio que, en concordancia con lo dispuesto en el artículo 1328 ibídem, establece, precisamente, que, sin posibilidad de estipulación en contrario, el agente tiene derecho de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición, hasta que se le cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización. Es por tanto abusiva al tenor del artículo 95 numeral 1 de la Constitución y el artículo 899 del Código de Comercio, lo que significa que es ineficaz dicha cláusula.

(iv) Cláusula 14, incisos 5 y 6

Los apartes demandados de esta cláusula son del siguiente tenor:

“Por consiguiente, aún cuando las partes expresamente han excluido relación de agencia comercial, por no ser su recíproca intención la celebración ni la ejecución de dicho contrato, si por cualquier circunstancia este contrato llegare a degenerar en este tipo contractual, o también en el caso en que

OCCEL deba reconocerle cualquier derecho, prestación o indemnización, en pago del aprovechamiento del nombre comercial de OCCEL, de su infraestructura, del good will, de las marcas o distintivos de sus productos o servicios al anunciarse ante el público como DISTRIBUIDOR – OCCEL y de la cooperación recibida a nivel de publicidad, EL DISTRIBUIDOR, reconocerá y pagará incondicional e irrevocablemente a OCCEL o a su orden una suma equivalente a la vigésima parte del promedio de la totalidad de los ingresos recibidos por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del contrato, ó equivalente al promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años; y en ambos casos, más una suma equivalente al 20% de suma resultante. Por medio del presente, las partes reconocen y aceptan expresamente que la presente obligación presta mérito ejecutivo y que por lo tanto, puede ser ejecutada mediante proceso ejecutivo sin requerimiento o reconvención alguno al que se renuncia expresamente. Para efectos de la exigibilidad ejecutiva de esta prestación bastará:

“1) el presente contrato; y 2) el Certificado expedido por el Revisor Fiscal de OCCEL en el que se certifique el monto equivalente a la vigésima parte del promedio de las comisiones recibidas por EL DISTRIBUIDOR en los últimos tres años de vigencia del presente contrato, por cada uno de vigencia del mismo o el promedio de lo recibido si el tiempo de vigencia del contrato fuere inferior a tres años y, al 20% de la suma resultante”.

Esta cláusula es abusiva porque hace nugatorio el derecho del agente a recibir la prestación mercantil del artículo 1324 del Código de Comercio causada en su favor y conlleva abuso de derechos contrariando el artículo 95 numeral 1 de la Constitución.

(v) Cláusula 17

Señala esta cláusula, referida a la “Limitación de Responsabilidad”, que *“No obstante cualquier disposición en contrario en ese contrato, OCCEL no será responsable para con el DISTRIBUIDOR ni para con sus clientes, centros o puntos de venta y canales de distribución o de subdistribución ni para con su*

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

Esta cláusula es abusiva y por ende ineficaz porque puede conducir a la condonación del dolo futuro que está prohibido por el artículo 1522 del Código Civil, y a una exoneración de responsabilidad.

(vi) Cláusula 30

“30. conciliación, compensación, deducción y descuentos.

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

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

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

No encuentra el Tribunal el que inciso primero contenga previsiones que sean abusivas per se. Consagra una facultad legal para la compensación de créditos. Pero si, en la práctica, se hace uso de tal facultad sin considerar los presupuestos legales para la compensación de deudas, el asunto escapa a la legalidad de la estipulación, lo cual es distinto.

Lo propio cabe decir respecto del segundo inciso en cuanto consagra un procedimiento de revisión periódica de cuentas, el cual desde el punto de vista teórico no tiene ningún reparo.

Por el contrario, el inciso tercero establece una previsión que desborda los límites de los derechos propios y abusa de los ajenos por cuanto establece una ficción, según la cual, la remuneración del distribuidor se imputa en un 20% para la eventualidad en que el operador sea condenado o deba pagar alguna prestación, indemnización o bonificación. Lo anterior implica que esa imputación es condicionada y conduciría a que la remuneración del operador varíe según las condiciones futuras y, particularmente, las decisiones judiciales. Cuando las partes ajustan los contratos definen, en esencia, el objeto de los mismos, la remuneración y las obligaciones de las partes pero esa remuneración, una vez causada, es única y no puede estar sometida a una condición que afecte su causación y destinación para que solo beneficie a Comcel si por efectos de decisión arbitral que se adopte, ésta debiere reconocer a la Convocante su calidad de agente comercial.

En ese sentido, la naturaleza de los contratos es la que corresponda a la realidad, con prescindencia del nombre que las partes le han dado o de las previsiones que estén orientadas a esconder tal realidad, especialmente cuando se trata de normas de orden público como aquellas previstas para proteger al agente en el contrato de agencia comercial. De manera que la

remuneración pactada será la que deba asumir el deudor y su monto y condiciones no pueden estar sometidos al sentido de la decisión arbitral y mucho menos al reconocimiento judicial de la naturaleza de la relación contractual que unió a las partes.

Resulta un contrasentido entender que si no se produce un fallo judicial contra el operador la remuneración del distribuidor sea del 100%, pero que si se produce, aquella se reduce a un 80%, para que, automáticamente, se tenga por pagada total o parcialmente la condena y, eventualmente, quede un saldo imputado a una condena no producida que daría incluso lugar a restitución al configurarse el término de prescripción de las acciones.

Para el Tribunal la previsión no es nada diferente a un mecanismo orientado a desvirtuar de entrada, por la vía de una imputación irreal, la naturaleza de agencia comercial del contrato sub iúdice que Comcel se ha resistido a reconocer, honrando las prestaciones que surgen a la terminación del contrato, particularmente la denominada cesantía comercial, por lo cual concluye que la estipulación es abusiva y conduce a la declaratoria de ineficacia.

(vii) Anexo A, numeral 1, en la parte que dice: “Dicha comisión sólo se causará y será pagada siempre que el contrato de distribución esté vigente”, y numeral 5

Según la convocante, este numeral del Anexo A, relativo al “Plan de Comisiones del Distribuidor” señala, en lo pertinente que *“Dicha comisión sólo se causará y será pagadera siempre que el contrato de distribución esté vigente”*.

El Tribunal pone de presente que el mencionado Anexo fue modificado según otrosí del 3 de mayo de 2001. Con todo, ni en el Anexo original ni en su modificación se advierte la mencionada previsión. Sin embargo en el numeral 4º del otrosí se estableció que, *“En caso de terminación de este Contrato por cualquier causa y en particular por las causas previstas en la cláusula 5 o la cláusula 15 del contrato de distribución, cesará inmediatamente la obligación*

de OCCEL de pagar las comisiones arriba descritas y EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones causadas hasta la fecha de la terminación”. Con esa precisión, el Tribunal abordará la pretensión.

A su vez, el texto del numeral 5 invocado por Ever Green y transcrito en su alegato de conclusión corresponde al texto del Anexo A original (folio 33 del cuaderno de pruebas No. 1), sin tener en cuenta su modificación ajustada mediante otrosí del 3 de mayo de 2001 (folios 15 del cuaderno de pruebas No. 2). El numeral 5 identificado por la convocante corresponde al texto del numeral 4 del citado Anexo modificado y, con esa precisión, el Tribunal abordará la pretensión.

El texto sobre el que versa el pronunciamiento es del siguiente tenor:

“4. En caso de terminación de este Contrato por cualquier causa y en particular por las causas previstas en la cláusula 5 o la cláusula 15 del contrato de distribución, cesará inmediatamente la obligación de OCCEL de pagar las comisiones arriba descritas y EL DISTRIBUIDOR tendrá derecho únicamente a las comisiones pagadas hasta la fecha de terminación”.

Esta cláusula es abusiva porque no hay razón jurídica para que a la terminación del contrato, Comcel no pague las comisiones causadas bajo un contrato vigente y no canceladas hasta ese momento, porque éstas remuneran la actividad de la convocante. De no pagar la totalidad de las comisiones causadas por la Convocante, además, Comcel incurriría en un enriquecimiento sin causa.

(viii) Anexo C, numeral 5

En este Anexo está consagrado el denominado “Plan Coop”, el cual era un fondo que se conformaba con dineros suministrados por el operador en la suma de \$25.000 por cada activación neta generada por el distribuidor y tenía como objetivos *“motivar al Centro de Ventas y Servicios o Centros de Ventas a promover los productos y servicios”*, colaborar con éstos para lograr presencia en el mercado, *“Promover las ventajas de estar asociados al líder*

en comunicación inalámbrica” y utilizar los fondos en actividades de mercadeo y publicidad.

El numeral 5º estaba referido a la imputación de los dineros del Fondo Plan Co-Op y al efecto preveía lo siguiente:

5 “El Distribuidor, declara que los dineros que sean pagados, provenientes del fondo del Plan CO-OP, no constituyen una remuneración adicional a las comisiones pactadas en el Anexo A del contrato de distribución. Sin embargo, los dineros que sean pagados provenientes del fondo del plan CO-OP se imputan en su totalidad, a cualquier remuneración, pago o indemnización que por cualquier causa deba pagarle OCCEL al Distribuidor a la terminación del contrato de distribución”.

Esta cláusula es ineficaz porque viola la prohibición contenida en el artículo 95 numeral 1 de la Constitución en armonía con el artículo 899 del Código de Comercio.

(ix) Anexo F, numerales 3, 4 y 5

El Anexo F versa sobre la denominadas “*Actas de Conciliación, Compensación y Transacción*”, que son en concreto materia de análisis en otro aparte de este laudo y el mencionado anexo contenía el formato que las partes debían utilizar al efecto. Los numerales mencionados son del siguiente tenor literal:

“3o. EL DISTRIBUIDOR, a partir de la fecha de este documento, cesa en su carácter y, por consiguiente, cumplirá las obligaciones subsiguientes a la terminación del contrato, en los términos, condiciones y oportunidades pactadas en éste, según se dispone en el mismo y, en los efectos inherentes a la terminación

“4º Las partes reiteran que la relación jurídica contractual que existió entre ellas es de distribución y, no obstante, cualquiera que sea su naturaleza o tipo, renuncian expresa, espontánea e irrevocablemente a toda prestación

diferente a las indicadas en precedencia que, por razón de la ley o del contrato pudiere haberse causado y hecho exigible a su favor, pues en este sentido, se entiende celebran transacción. En particular, si la relación jurídica contractual se tipificare como de agencia comercial, que las partes han excluido expresamente en el contrato celebrado y, que hoy reiteran no se estructuró entre ellas, sin embargo, recíprocamente renuncian a las prestaciones que la ley disciplina al respecto y, en especial, a la consagrada por el artículo 1.324 del C. de Co.”

“5º. Las partes han acordado en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación y, por consiguiente, es inmutable e irresoluble, hace tránsito a cosa juzgada e implica renuncia a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existió entre ellas y, por esto, mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo respecto de la relación jurídica negocial, de su naturaleza, de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieren podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian voluntariamente en su recíproco interés y beneficio y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir (sic) como consecuencia”.

Respecto del numeral 3º no encuentra el Tribunal ningún reparo en principio porque prevé un mero evento hipotético de terminación del contrato a partir del cual, como es de esperarse, el distribuidor deja de tener tal calidad. Por supuesto que los *“términos, condiciones y oportunidades pactadas”* para el cumplimiento de las obligaciones subsiguientes están vinculados al texto del contrato y a lo que en este fallo se decida.

Con respecto a los demás numerales, encuentra el Tribunal que esas cláusulas son abusivas y por ende ineficaces dado que su redacción es contradictoria porque después de expresar que el contrato era distribución, dejando en forma clara que no es de agencia comercial, posteriormente señala que si llegare a considerarse como tal, el distribuidor renuncia a la prestación comercial del artículo 1324 del Código de Comercio.

Si bien antes no era permitida la renuncia a la prestación mercantil por ser de orden público, hoy es factible renunciar a la prestación comercial pero hecha voluntariamente y no como consecuencia de una hipótesis consistente en que si se consideraba el contrato como de agencia comercial se exigía la renuncia de la prestación mercantil. Lo que realmente pretendía Comcel era protegerse frente al artículo 1324 del Código de Comercio, lo cual conllevaba a no pagar la prestación mercantil y la indemnización previstas en tal norma. Esto constituye una conducta contractual que comporta abuso del derecho ya que su aplicación implicaba una renuncia de derechos impuesta por quien tenía una posición dominante.

Estos apartes de la mencionada cláusula son ineficaces por violación del artículo 95 de la Constitución al no respetar los derechos ajenos y abusar de los propios.

Esto significa que siendo la cláusula antes mencionada abusiva y violatoria del principio de la buena fe y constitutiva de abuso del derecho, no opera la renuncia a que se refiere la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia.

(x) Cláusula 6.5

Esta cláusula, referida a los deberes y obligaciones de Ocel S.A., hoy Comcel, establece en su numeral 6.5 el de *“Informar al DISTRIBUIDOR, tan pronto como se produzcan, sobre el establecimiento y modificación de tarifas y de planes promocionales”*.

No resulta claro cuál es exactamente el cargo, si se tiene en cuenta que las partes aceptaron las modificaciones de tarifas por parte de Comcel y, como se analiza en otro aparte del laudo, ellas fueron aceptadas por la convocante. Con todo, el numeral 6.5 de la cláusula en comento no versa sobre esa posibilidad sino sobre la información que debe efectuar Comcel.

En consecuencia no prosperan las pretensiones respecto de esta cláusula.

(xi) Cláusula 5.3

La cláusula 5 está referida a la vigencia del Contrato y su numeral 5.3 señala lo siguiente: *“EL DISTRIBUIDOR acepta y reconoce expresamente que al vencimiento de la Vigencia Inicial de este Contrato, o de sus renovaciones automáticas por períodos mensuales, o de su renovación expresa, o al momento de la terminación por cualquier causa de este Contrato, inmediatamente dejarán de causarse créditos, prestaciones, compensaciones, retribuciones o pagos, de cualquier naturaleza y por cualquier causa, en favor del DISTRIBUIDOR, en especial, pero sin limitarlos, los previstos en el ANEXO A de este contrato de distribución”.*

De manera similar a lo expuesto respecto de la parte pertinente del Anexo A, el texto atacado de esta cláusula constituye un abuso del derecho porque no hay razón para que a la terminación del contrato no se paguen las comisiones causadas y no canceladas hasta ese momento, porque éstas remuneran la actividad de la convocante. Además de la invalidez de esta estipulación contractual por las razones anotadas, de no pagar la totalidad de las comisiones, Comcel incurriría en un enriquecimiento sin causa.

(xii) *“Todos los demás documentos que en desarrollo del contrato hayan sido firmados entre las partes, y que impliquen reproducción o aplicación de las cláusulas y estipulaciones contractuales a que se refieren los literales anteriores”*

El Tribunal no puede abordar el examen de cláusulas contractuales que no hayan sido acusadas expresamente ni identificadas en la demanda, sin perjuicio de que, en un momento dado y como consecuencia de las consideraciones expuestas en este laudo, pueda efectuar las declaraciones y condenas solicitadas, según aparezcan demostradas.

(xxiii) Solicitud respecto del inciso tercero de la cláusula 30 y del numeral 6° del Anexo A

En la pretensión Décima Novena Principal Ever Green solicita se declare la nulidad absoluta de las disposiciones contractuales contenidas en el inciso tercero de la cláusula 30 del contrato y en el numeral 6° del Anexo A

Con respecto al inciso tercero de la cláusula 30 del contrato, el Tribunal pone de presente que en aparte anterior efectuó el análisis para resolver la pretensión Trigésima Cuarta Principal respecto de esa estipulación en concreto y al efecto encontró que había lugar a declararla ineficaz y no nula, en la medida en que establece una previsión que desborda los límites de los derechos propios y abusa de los ajenos por cuanto establece una ficción, según la cual, la remuneración del distribuidor se imputa en un 20% para la eventualidad en que el operador sea condenado o deba pagar alguna prestación, indemnización o bonificación. Lo anterior implica que esa imputación es condicionada y conduciría a que la remuneración de la Convocante varíe según las condiciones futuras y particularmente las decisiones judiciales. Cuando las partes ajustan los contratos definen, en esencia, el objeto de los mismos, la remuneración y las obligaciones de las partes. Pero la remuneración pactada, una vez causada, es única y no puede estar sometida a una condición que afecte su causación y destinación de manera que solo beneficie a Comcel si por efectos de la decisión arbitral que se adopte, ésta debiere reconocer a la Convocante su calidad de agente comercial.

En ese sentido, la naturaleza de los contratos es la que corresponda a la realidad, con prescindencia del nombre que las partes le han dado o de las previsiones que estén orientadas a esconder tal realidad, especialmente cuando se trata de normas de orden público como aquellas previstas para la agencia comercial. De manera que la remuneración pactada será la que deba asumir el deudor y su monto y condiciones no pueden estar sometidos a eventos futuros y mucho menos al descubrimiento de una naturaleza contractual diferente.

Resulta un contrasentido entender que si no se produce un fallo judicial contra el operador la remuneración del distribuidor sea del 100%, pero que si se produce, aquella se reduce a un 80%, para que, automáticamente, se tenga por pagada total o parcialmente la condena y, eventualmente, quede un saldo imputado a una condena no producida que daría incluso lugar a restitución al configurarse el término de prescripción de las acciones.

Para el Tribunal la previsión no es nada diferente a un mecanismo orientado a desvirtuar de entrada, por la vía de una imputación irreal, la naturaleza de agencia comercial del contrato que Comcel se ha resistido a reconocer, honrando las prestaciones que surgen a la terminación del mismo, particularmente la denominada cesantía comercial, por lo cual concluye que la estipulación es abusiva y conduce a la declaratoria de ineficacia.

Con respecto al numeral 6° del Anexo A el Tribunal encuentra que el texto original, relacionado con la imputación de la remuneración en un 20% a título de pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación, con motivo de la modificación que consta en el Otrosí del 30 de mayo de 2001, pasó a ser el numeral 5° con idéntico texto y, con esa aclaración, y por las mismas razones antes expuestas, el Tribunal accederá a declarar la antinomia que se predica en la pretensión Primera Subsidiaria de la pretensión Décima Novena Principal.

En conclusión, el contrato sub lite tiene los elementos esenciales de agencia comercial. Las estipulaciones que indican que no es agencia comercial y que si lo fuera se renuncia a la prestación comercial y a la indemnización por equidad son abusivas y por ende ineficaces.

IV. ALCANCE Y EFICACIA JURÍDICA DE LAS “ACTAS DE TRANSACCIÓN, CONCILIACIÓN Y COMPENSACIÓN”

Las “*Actas de Transacción, Conciliación y Compensación*” son válidas respecto de lo que las partes acordaron en materia de cuentas, comisiones y beneficios, por cuanto podían hacerlo en virtud del principio de la autonomía

de la voluntad, tenían capacidad, existió objeto y causa lícitos, y no contravienen el orden público.

Los derechos son transigibles si no se desconocen normas imperativas o de ius cogens.

No es necesario determinar si se dan los presupuestos para que existan transacción, conciliación o compensación. Es suficiente interpretar dichas Actas como acuerdos de pago y cruce de cuentas lo cual es válido como fruto del acuerdo de las partes o autonomía privada.

Las partes estaban en libertad de pactar acuerdos de pago para establecer definitivamente las cuentas por distintos conceptos y periódicamente.

En el texto de las actas consta el acuerdo a que llegan las partes. Se trata de asuntos susceptibles de negociación, no hay objeto ilícito y fueron aceptadas por las partes.

Sin embargo, se debe dejar claramente establecido que las Actas son válidas única y exclusivamente respecto de las comisiones. En cuanto a la prestación comercial e indemnización consagradas en el artículo 1324 del Código de Comercio para el contrato de agencia comercial no es admisible la renuncia anticipada, condicionada a que el tribunal arbitral considere la existencia de una agencia comercial, ni la constitución de un fondo para un futuro pago si llegare el caso. Ya se ha expuesto que las cláusulas que incorporan estos mecanismos al contrato son abusivas y violatorias del deber constitucional de no abusar del derecho y actuar de buena fe.

Por tanto, las Actas no podían válidamente comprender la renuncia a la prestación mercantil del artículo 1324 del Código de Comercio, ni la indemnización especial del inciso segundo de la misma disposición, ni el ejercicio del derecho de retención del artículo 1326 ibídem, por cuanto dichas Actas no reconocieron que se trataba de un contrato de agencia comercial.

Si bien actualmente la prestación comercial es renunciable conforme a la sentencia de octubre 19 de 2011 de la Corte Suprema de Justicia, dicha renuncia es aceptable siempre y cuando no corresponda al ejercicio de la posición dominante del contratante que conduzca a desvirtuar la naturaleza jurídica del contrato.

En la parte final del texto de dichas Actas se estableció lo siguiente que es ineficaz y por tanto no produce efectos jurídicos *“Las partes han acordado, en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria el presente acuerdo de transacción, conciliación y compensación, y por consiguiente el mismo es inmutable e irresoluble en los términos del artículo 2483 del Código Civil, hace tránsito a cosa juzgada e implica una renuncias a cualquier acción y reclamo judicial o extrajudicial que directa o indirectamente se desprenda de la relación jurídica que existe entre ellas y, que tenga que ver con prestaciones o comisiones por activaciones y comisiones por residual derivadas del precitado contrato y por lo mismo, afirman por esta virtud que el presente acuerdo incluye y comprende la totalidad de las prestaciones causadas a favor por estos conceptos, conforme a la Ley y al contrato precitado. En este entendimiento, las partes mutuamente se otorgan un paz y salvo total, firme y definitivo respecto a las comisiones por activaciones y comisiones por residual que se desprenda de la relación jurídico negocial, de su naturaleza de las prestaciones que por virtud de la ley y del contrato hubieran podido causarse o ser exigibles, todas las cuales renuncian expresa y voluntariamente en su recíproco interés y beneficio y sobre todos los hechos y circunstancias positivos y negativos que de la misma hayan surgido o puedan surgir como consecuencia. En todo caso, las partes renuncian a la acción resolutoria de esta transacción y en particular, a iniciar o promover acción de cualquier naturaleza por reparación de daños y perjuicios que hubieren experimentado, las cuales se extinguen definitivamente por cuanto el reconocimiento y pago de las prestaciones y comisiones por activaciones y comisiones por residual, sus factores y valores, comporta una recíproca concesión. Las partes manifiestan que el valor de las comisiones por activación y comisiones por residual ha sido amplia y libremente discutido entre las partes y que los valores acordados reflejan la voluntad de las partes”*.

De lo expuesto queda claro que, a pesar del texto de estas Actas, la renuncia de Ever Green a la prestación mercantil del inciso primero del artículo 1324 y a la indemnización del inciso segundo no es válida, por cuanto las citadas Actas se refieren a un contrato de distribución y no a un contrato de agencia comercial que solo por este laudo se reconoce expresamente.

En este proceso arbitral se estableció que el contrato sub iúdice terminó el 15 de diciembre de 2010. Igualmente, está probado que las Actas de Transacción, Conciliación y Compensación, se suscribieron con anterioridad de la terminación del contrato sub iudice en que se hizo exigible la prestación mercantil del artículo 1324 del Código de Comercio.

Hay que reiterar que el criterio de la Corte Suprema de Justicia desde octubre 19 de 2011 es que la prestación mercantil es renunciable, pero tal renuncia es inadmisibles cuando sea consecuencia del ejercicio abusivo de la posición dominante del empresario, en este caso de Comcel.

Las actas de transacción son válidas en cuanto a las cuentas que se conciliaron, pero hay ineficacia en las estipulaciones antes transcritas que son abusivas y por ende ineficaces de pleno derecho.

Por las razones expuestas el Tribunal declarará que las mencionadas actas incorporaron sendas transacciones, pero vinculadas exclusivamente al pago y liquidación de comisiones.

V. LA “CESANTÍA COMERCIAL” Y SU LIQUIDACIÓN

La cesantía comercial no tiene, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia, carácter indemnizatorio, pues no se trata de sancionar la terminación injusta del contrato sino de compensar el esfuerzo realizado por el agente durante la vida del contrato en la acreditación de un negocio.

Ha dicho la Corte Suprema de Justicia a ese propósito:

“Visto desprevenidamente ese pasaje de la sentencia, podría dar a entender que la prestación prevista en el artículo 1324 inciso 1º tiene naturaleza indemnizatoria, reclamable en los eventos de terminación del contrato “por justa causa”, no obstante, lo cierto es que la cesantía comercial tiene por finalidad retribuir el esfuerzo del Agente por las ventas efectivamente realizadas o la gestión dirigida a la conclusión infructuosa de aquéllas (artículo 1323 del C. Co.)¹³; y no es una indemnización”. Y agrega: “En efecto, es de recordar que el agente se obliga a disponer de los medios necesarios para acreditar el producto, pero en manera alguna se compromete a concluir negocios, por ende, a la finalización del contrato, con independencia de los motivos que la precedieron, se deberá al Agente el promedio de las ventas de que trata el numeral 1º del artículo 1324 o el precio de la ventaja económica que hubiere reportado su gestión al Empresario, cuando dichas ventas quedaren truncadas por razones ajenas a la gestión del intermediario, incluidos los eventos de que trata el artículo 1322 del C. Co, pues nada justificaría un enriquecimiento sin causa del empresario”.⁹ “En síntesis, pues, el agente comercial, mediante su labor de ‘promover o explotar’ los negocios del principal, acredita sus productos y marcas, ya sea mediante actos de publicidad o por la actividad complementaria de las ventas mismas, generándole al agenciado un intangible de un aquilatado valor económico que, inclusive, podrá subsistir aún después de haber expirado el contrato, esto es, que el proponente podrá seguir beneficiándose económicamente de la labor realizada por aquél”.

Habiendo establecido este Tribunal que el contrato celebrado y ejecutado por las partes fue de agencia comercial, resulta procedente la liquidación en favor de Ever Green de la prestación contemplada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, comúnmente denominada “Cesantía Comercial”. Esta disposición establece que, *“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la **comisión, regalía o utilidad** recibida en los tres*

⁹ CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011. M. P. Edgardo Villamil. Expediente No. 11001-3103-010-2000-00155-01

últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor” (destaca el Tribunal).

Esta prestación tiene un carácter retributivo y está orientada a reconocerle un valor al agente por los esfuerzos que hizo para la consecución de clientes que han de quedar para el agenciado y está determinada en el equivalente a la doceava parte del promedio de lo percibido en los tres últimos años, por cada año de duración del contrato. Las expresiones “comisión”, “regalía” y “utilidad” no son sinónimas y el legislador no pretende que la prestación se reconozca por todos y cada uno de esos conceptos, que aisladamente considerados pueden obedecer a fuentes contractuales distintas de la propia agencia, o corresponder a nociones ajenas a una remuneración, sino poner de presente que, independientemente de la denominación que se haya adoptado para la retribución, ella se convierte en base de la prestación que se cause a la terminación del contrato. Así las cosas, para la determinación de la prestación debe identificarse en primer lugar cuál fue la remuneración recibida por el agente en los últimos tres años de ejecución del contrato.

En esa tarea el Tribunal encuentra que algunos conceptos por los cuales el agente percibió remuneración fueron identificados como “comisiones”, otros fueron contemplados como “bonificaciones” y otros pagos no tienen una denominación específica. A su vez, la Convocante aspira a que dentro de la base de cálculo de la prestación se incluya el margen de utilidad percibido por el distribuidor por la venta de los denominados “Kits Prepago”. Por ello el Tribunal hará un análisis de los distintos conceptos para determinar si hicieron parte de la remuneración que se constituye en base de la prestación de que trata el citado inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

5.1. Conceptos de Pago

1. Comisión por Activación Postpago:

De conformidad con lo previsto en el Anexo A del contrato (folio 30 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1 y 11 y siguientes del cuaderno de

pruebas No. 2), que fue objeto de modificación, para los planes denominados “postpago”, con respecto a cada abonado activado en el servicio, Ocel S.A., hoy Comcel, reconocería y pagaría, por una sola vez, una comisión fija, según la tabla de comisiones previamente determinada por aquella y de acuerdo al plan escogido por el abonado, independientemente del número total de líneas activadas por el distribuidor. La causación de esta comisión estaba condicionada a la “legalización” de la documentación y la permanencia del abonado en la red durante un plazo determinado inicialmente en doce (12) meses, aunque esta comisión se causó también posteriormente de manera parcial por desactivaciones inferiores a ese techo.

Tal y como lo verificó el dictamen pericial, el valor neto de las comisiones fue el resultado de los ajustes y compensaciones negativas, como los denominados *claw back*, las reversiones por quejas y reclamos y los descuentos *carrusel*.

2. Comisión por “Residual”:

De acuerdo con el mismo Anexo A, que fue objeto de modificaciones y ajustes en otrosí y en comunicaciones emanadas de Comcel, como las de fechas 20 de febrero de 2004 (Anexo digital 040220 del dictamen pericial – folio 202 del cuaderno de pruebas No. 5), 17 de marzo de 2004 (folios 251 a 257 del cuaderno de pruebas No. 2) y 2 de mayo de 2007 (folios 293 a del cuaderno de pruebas No. 2), esta remuneración corresponde a un porcentaje sobre los consumos realizados por el abonado, esto es, sobre los ingresos recibidos por el operador por el uso del servicio que presta. Esta prestación se causaba a partir del tercer mes y siempre y cuando el usuario se encontrara activo.

3. Comisión/Bonificación por activación de planes prepago:

De conformidad con lo dispuesto en el otrosí del Anexo A del contrato, en relación con los planes prepago, el operador reconocería y pagaría, por una sola vez, “una comisión fija”, según la tabla por él determinada, independientemente del número de activaciones. Posteriormente, en la

mencionada comunicación del 20 de febrero de 2004, Comcel anunció que pagaría una *“bonificación única por la legalización”* de kits de contado de \$12.500 y una *“comisión”* por la venta de kits a cuotas, sometida tal remuneración a una serie de condiciones consistentes, en términos generales, a la generación de la primera llamada completada dentro de los 30 días calendario siguientes a la activación y al ingreso de la documentación al sistema. A su vez, en la comunicación del 17 de marzo de 2004, la previsión de la remuneración no se califica y simplemente el operador señala que *“Se pagará por una sola vez la suma de \$12.500 por la legalización”* de kits de contado y *“un valor”* de acuerdo a la tabla allí plasmada, por la venta de kits a cuotas, sometido, de nuevo, a las referidas condiciones.

4. Bonificación por Permanencia prepago:

De conformidad con la comunicación PRE-2009-414243 del 24 de noviembre de 2009 (folios 407 a 410 del cuaderno de pruebas No. 2 y folio 202 del cuaderno de pruebas 5 – Anexos del dictamen –) por las líneas activadas en kits prepago y que llegaran a tener un tiempo de uso superior a seis meses contados a partir de la activación, el distribuidor recibiría una *“bonificación por Permanencia”*.

5. Bonificación por Permanencia postpago:

De acuerdo con la comunicación PRE-2009-414242 del 24 de noviembre de 2009 (folio 396 a 406 del cuaderno de pruebas No. 2 y folio 202 del cuaderno de pruebas 5 – Anexos del dictamen –) por las líneas nuevas que se activen en postpago y que tengan una vinculación activa de más de seis meses contados a partir de la activación, el distribuidor recibiría una *“bonificación por Permanencia”*.

6. Remuneración por concepto de recaudo en Centro de Pago y Servicios:

De conformidad con el otrosí de fecha 11 de agosto de 2008 (folios 21 a 26 del cuaderno de pruebas No. 2), *“COMCEL reconocerá AL DISTRIBUIDOR*

por cada una de las transacciones de recaudo realizadas, la suma que de tiempo en tiempo determine COMCEL, informando de ello al Distribuidor por cualquier medio idóneo, pagadero en pesos colombianos más el IVA que se encuentre vigente al momento de hacer la correspondiente facturación..." (Cláusula 7.7.1.5).

7. Bonificaciones e incentivos por cumplimiento de metas y otros conceptos:

En el dictamen pericial se incluye el resultado de una revisión de las sumas pagadas por bonificaciones por cumplimiento de metas en postpago y en prepago, bonificaciones por metas globales o volantes, incentivos de cargas en tarjetas "Amigo Sim", incentivos de arriendos y apoyo comercial, así como los reembolsos de compras en el marco del denominado "Plan Coop"¹⁰.

8. Descuento en la venta de los kits prepago

Comcel reconocía a Ever Green un descuento sobre el precio de venta al público, tal y como se refleja en la comunicación del 28 de abril de 2005 (folio 258 del cuaderno de pruebas No. 2). Ese descuento que se traducía en una determinada suma, cuyo monto dependía del rango de precios de los equipos y, simultáneamente, se preveía el pago, por una sola vez, de la suma de \$12.500 por la legalización de tales elementos.

5.2. Bases para la liquidación de la cesantía comercial

Como se anunció precedentemente debe el Tribunal determinar cuáles de los conceptos anteriores, que fueron identificados por la perito como cancelados efectivamente a la Convocante, hacen parte de la base que determina la

¹⁰ El denominado "Plan Coop" se encontraba previsto en el Anexo C del contrato, se conformaba con dineros suministrados por el operador en la suma de \$25.000 por cada activación neta generada por el distribuidor y tenía como objetivos "*motivar al Centro de Ventas y Servicios o Centros de Ventas a promover los productos y servicios*", colaborar con éstos para lograr presencia en el mercado, "*Promover las ventajas de estar asociados al líder en comunicación inalámbrica*" y utilizar los fondos en actividades de mercadeo y publicidad.

prestación de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

No le cabe duda al Tribunal que las denominadas “Comisión por Activación Postpago” y “Comisión por Residual” hicieron parte de la remuneración pagada a la Convocante por parte de Comcel en su acreditada calidad de agente comercial. Esas remuneraciones se advierten como las fundamentales durante la ejecución del contrato en tanto estaban expresa y previamente pactadas desde el comienzo y permitían precisamente la promoción de los servicios del operador en el ámbito del contrato cuya naturaleza quedó demostrada.

En cuanto a la remuneración derivada de la activación de planes prepago encuentra el Tribunal que fue originalmente pactada como “comisión” pero que, en forma posterior y de manera unilateral, Comcel la autodenominó “bonificación”. Esta nueva nominación no podía tener la virtud de modificar la naturaleza de la prestación efectuada en cumplimiento de una labor de promoción vinculada en este caso con los planes prepago y la consecución de clientes que demandaran tal servicio. En ese sentido, esta remuneración resulta equivalente a la comisión por activación en postpago porque la modalidad de consumo no altera el sentido de la retribución. La única diferencia estriba en que en los planes prepago no se causa la comisión por residual porque la promoción de las tarjetas con las que se activan minutos al aire no corre por cuenta del agente.

En cuanto tiene que ver con las denominadas “Bonificaciones por Permanencia”, tanto en planes prepago como en planes postpago, una primera mirada pudiera sugerir que se trataba de actos esporádicos y de mera liberalidad y, como consecuencia, ajenos a la remuneración por la labor del agente como tal. Sin embargo, es la propia Comcel, dentro de la facultad que se reservó de determinar las “comisiones”, la que en varias comunicaciones, como en la referida PRE-209-41442 del 24 de noviembre de 2009, califica las “Bonificaciones por Permanencia” como “comisiones”. En efecto, allí Comcel señala que, *“A continuación presentamos el Plan de Comisiones, Anticipos, que aplica desde el 23 de Noviembre de 2009, sin*

perjuicio que Comcel en cualquier tiempo, los ajuste o varíe, conforme a lo establecido en el Contrato de Distribución”. No puede atribuirse efecto distinto, o cambiarse la naturaleza de la labor retribuida, por el hecho de que al contemplar el mismo concepto de remuneración para el plan prepago, en la comunicación PRE-209-41442 del mismo 24 de noviembre de 2009 Comcel haya hecho referencia al “Plan de Anticipos, Bonificaciones y descuentos” y no al plan de “comisiones”.

Sobre la remuneración por concepto de recaudo en Centro de Pago y Servicios la perito conceptuó que *“este concepto denominado por el apoderado de la convocante como ‘Comisión por concepto de recaudo CPS’, no es una comisión sino una remuneración o reconocimiento por una actividad de ‘valor agregado’ del distribuidor consistente en facilitar a los usuarios de telefonía móvil multiplicidad de puntos de pago de sus facturas de consumo”* y agregó que, *“Esto se ratifica al identificar que todas las facturas emitidas por EVER GREEN por este concepto, se encuentran agrupadas en los certificados de retención en la fuente en la categoría SERVICIOS”* (folio 34 del cuaderno de pruebas No. 5).

El Tribunal considera que la labor de recaudo hacía parte de las labores encomendadas al agente bajo el contrato celebrado.

La misma consideración cabe respecto de las demás bonificaciones e incentivos por cumplimiento de metas y otros conceptos, en tanto correspondían a la retribución reconocida al agente, cuyos montos y variables aparecen acreditados en el dictamen.

Para la convocada los mencionados descuentos sobre el precio de venta al público de los kits prepago no constituyen comisiones porque en esos planes, *“teniendo en cuenta que el distribuidor compra los equipos terminales para su reventa, el beneficio que recibe es la diferencia entre el precio de compra y el precio de venta de los mismos”*. Igualmente, la perito señala que, *“Comcel registra el descuento como un menor ingreso en la cuenta 4145959003, con lo cual se tipifica como un descuento comercial tradicional. Esta aseveración se confirma con el hecho de que el IVA por pagar, así*

como la auto-retención de esta transacción se calcula sobre el valor descontado de los kits sumado al valor bruto de las SIM CARDS... Por otro lado, en la contabilidad de EVER GREEN, una factura de compraventa por concepto de kits prepago a Comcel se registra ingresando tanto los kits como las SIM cards al valor descontado. En este sentido, sobre estos valores se hacen las provisiones de impuestos y se logra el equilibrio creando una cuenta por pagar a Comcel por el valor correspondiente”; y agrega, “Con estas precisiones, se puede afirmar que para los fines de la presente cuestión, el descuento otorgado por Comcel a Ever Green se refleja en las partes involucradas en el presente proceso arbitral como un menor costo para la convocante y un menor ingreso para la convocada, todo esto bajo el entendido, que el hecho cierto que permite imputar ese descuento es la transacción comercial de compraventa”; y finalmente, expresa que, “Por consiguiente, este dictamen se aparta de la consideración del apoderado de la parte convocante de referirse a ‘utilidades que esta última recibió como consecuencia directa de la comercialización de los denominados Kits Prepago’. En efecto, **las utilidades por la comercialización de kits prepago no las recibió Ever Green de parte (o como una transferencia de la relación comercial) de Comcel, sino que la generó en su contabilidad propia, gracias a un menor valor al cual compró los kits, como resultado del descuento comercial imputado a estas transacciones**”.

El Tribunal comparte la tesis según la cual no siempre la venta en firme descarta la inexistencia de una agencia comercial. Al respecto, Jorge Suescún Melo¹¹ señala atinadamente que, “Si se analizan adecuadamente las jurisprudencias de la Corte a que se ha hecho mención, en ellas puede advertirse que la ‘compra para revender’ no es el criterio fundamental para determinar cuando hay o no, agencia. En efecto, la ‘compra para revender’ es más una pauta o indicio para determinar a quien afectan y benefician primordialmente las tareas de promoción realizadas por el intermediario y en consecuencia, la propiedad o su transferencia – de las que las sentencias deducen el ‘elemento por cuenta’ – no son los aspectos determinantes y

¹¹ SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado. Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo. Tomo II. Segunda Edición. Universidad de Los Andes y Editorial Legis. Bogotá. 2003. Págs. 465 a 469.

definitivos para la existencia o no, de la agencia. De ahí que comentaristas de reconocida autoridad señalen que el elemento esencial de la agencia no es la determinación de quien tiene la propiedad de las mercaderías, sino el esclarecimiento de si el agente actúa por su propia cuenta, o si lo hace, primordialmente, por cuenta y en beneficio del agenciado”. Y agrega que bien puede suceder que “por estipulación específica, o por la forma como las partes entienden y ejecutan sus relaciones contractuales, exista a más de la ‘compra para revender’, el encargo a quien así adquiere para que promueva los negocios y ventas del fabricante, con el objeto de establecer, mantener o acrecentar la clientela para sus productos y con ello aumentar su cuota de participación en el mercado, todo dentro de un marco jurídico y económico donde el fabricante asume costos y riesgos y recibe también, de manera directa, la parte sustancial de los frutos de la promoción, pues adquiere así con los esfuerzos del agente, una clientela que le pertenece a él (el fabricante) y seguirá perteneciéndole después de que termine el agenciamiento. En este supuesto, ‘la compra para revender’ deja de tener incidencia y en cambio cobra importancia el elemento de ‘promoción por cuenta y en beneficio’, que, se reitera, es el ingrediente esencial y diferenciador de la agencia”.

Esta posición jurídica cobra especial relevancia en este caso si se tiene en cuenta que el negocio de telefonía celular no está en vender terminales, respecto de las cuales el operador ni siquiera es el fabricante. El negocio está en activar líneas y generar consumos. De hecho, si no fuera por la virtualidad que tiene el distribuidor de promocionar tales servicios, estaría en la completa imposibilidad de revender los equipos comprados previamente al operador porque ellos solo tienen valor si pueden ser activados y si no mediara el contrato de agencia comercial ningún sentido tendría esa compra en firme. De manera que en el presente asunto ese sistema de comprar para revender no fue sino un mecanismo acordado para la ejecución de la agencia comercial y el mencionado descuento sí busca remunerar la actividad del agente por la promoción y explotación de los servicios de telefonía celular en donde los equipos terminales no son más que un vehículo para lograr el cometido del agenciamiento. No sobra agregar que el artículo 1324 del Código de Comercio incluye en su primer inciso, dentro de los conceptos

relevantes para calcular la prestación allí prevista “la utilidad recibida”. Por lo anterior, para el Tribunal ese margen o descuento sí constituye base para la liquidación de la cesantía comercial.

En cuanto tiene que ver con la comisión por residual el Tribunal encuentra que Ever Green estuvo calificado simplemente como “Centro de Ventas (CV)” o, por lo menos, que no hay evidencia en el expediente que conduzca a establecer que fue “Centro de Ventas y Servicios (CVS)”. Igualmente, encuentra el Tribunal que, de conformidad con el Anexo A original y su inicial modificación, el porcentaje reconocido sobre el consumo o uso del servicio del operador efectuados por cada abonado era del 3%. Sin embargo, posteriormente, mediante comunicación del 17 de marzo de 2004, al presentar “*el plan de comisiones por activación, que aplicará a las ventas que se realicen a partir del 21 de febrero de 2004*”, Comcel fijó la remuneración mensual denominada “residual” en el 1.5% de los consumos realizados por los abonados (folio 252 del cuaderno de pruebas No. 2) y esa remuneración fue expresamente aceptada por el representante legal de la convocante, según consta al final de tal comunicación (folio 257).

Finalmente, mediante comunicación PRE-2007-21475 del 2 de mayo de 2007, también aceptada por la convocante, Comcel determinó que, “*Las líneas activas en los planes mencionados en Pospago, generarán un pago mensual de comisión por residual de 1.25% de los consumos realizados por el abonado a partir del tercer mes de activado (incluye GPRS, Datos, Mensajes, Roaming) y que efectivamente ingresen al patrimonio de Comcel, según se establece en el Contrato de Distribución y un pago mensual por concepto de anticipo de 0,25% sobre los mismos conceptos, para un total a pagar al Distribuidor del 1.5%*” (folio 294 del cuaderno de pruebas No. 2).. Sin embargo, como quedado establecida la ineficacia parcial de la cláusula 30 del contrato¹², la imputación efectuada sobre todos los pagos, a partir de la referida comunicación PRE-2007-21475 del 2 de mayo de 2007, no tiene efecto alguno.

¹² En virtud de la cual, “*Dentro de los valores que reciba EL DISTRIBUIDOR durante la vigencia de este contrato, el veinte por ciento (20%) de los mismos, constituye un pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto, sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualquiera sea su naturaleza*”.

Por manera que, bajo el entendimiento de la ineficacia de la citada cláusula 30, el Tribunal acogerá el primer escenario del cálculo de la prestación objeto de estudio efectuada por la perito, que supone la liquidación real frente a la comisión por residual para los planes postpago y no el porcentaje fijo del 3%, que incluye todos los conceptos antes mencionados.

Dicho cálculo arroja los siguientes resultados, según se extracta de la Tabla 1.3.12 del dictamen pericial, en lo pertinente:

Comisión/Bonificación/Incentivo	C-2741/01 30.3 INEFECTIVA
ACTIVACIÓN POSPAGO	
Prestación mercantil	165.38
Pago Anticipado	-
LEGALIZACIÓN PREPAGO	
Prestación mercantil	391.84
Pago Anticipado	
RESIDUAL-REAL	
Prestación mercantil	161.78
Pago Anticipado	
PERMANENCIA PRE+POS	
Prestación mercantil	32.79
Pago Anticipado	
OTRAS BONIFICACIONES/INCENTIVOS	
Prestación mercantil-RECAUDO CPS	8.92
Prestación mercantil-CUMPLIMIENTO PREPAGO	17.88
Prestación mercantil-CUMPLIMIENTO POSPAGO	9.06
Prestación mercantil-CUMPLIMIENTO GLOBAL	9.08
Prestación mercantil-INCENTIVOS CARGAS	8.96
Prestación mercantil-INCENTIVOS CLAWBACK	6.15
Prestación mercantil-INCENTIVO ARRIENDO	24.04
Prestación mercantil-APOYO COMERCIAL	32.11
Prestación mercantil-PLAN COOP	81.54
DESCUENTO KITS PREPAGO	
Prestación mercantil	342.25
TOTAL	1.291,78

En consecuencia el monto total de la prestación a que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio asciende a la suma de \$1.291.780.000.

Esta suma causará intereses moratorios en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil en la medida en que la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento como este produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor. Teniendo en cuenta que tal notificación se produjo el 15 de abril de 2011, la liquidación de los intereses de mora sobre la cesantía comercial arroja la suma de \$635.603.000 y, en consecuencia, la condena por el aspecto analizado asciende a \$1.927.383.000.

VI. PRETENSIONES RELACIONADAS CON AJUSTES CONTABLES

En las pretensiones Décima Cuarta a Décima Octava y en la pretensión Primera Subsidiaria b) de la Décima Novena Principal, la convocante eleva varias pretensiones orientadas a que el Tribunal califique y, en consecuencia, declare, que unas determinadas subcuentas de la contabilidad de Comcel tienen una determinada concepción al amparo del Plan Único de Cuentas (PUC); que no reflejan ciertos hechos económicos relacionados con el pago de la prestación contemplada en el artículo 1324 del Código de Comercio, con el pago de indemnizaciones, con el pago de anticipos o que corresponden al registro de comisiones; que inducen a error en cuanto a la realidad de los hechos económicos; que no permiten registrar cuentas por pagar relativas a la cesantía comercial; que el procedimiento de facturación por parte de la convocante y correspondiente registro contable por parte de Comcel acarrea determinados movimientos y conclusiones de orden técnico; y, en fin, que la práctica contable no se compadecía de la naturaleza del contrato.

El Tribunal encuentra, de manera similar a lo expuesto respecto del precedente arbitral, que tales pretensiones no hacen parte de las controversias sometidas al conocimiento de este Tribunal en la medida en que no surgen del contrato sino que corresponden a la órbita de manejo contable de Comcel, la cual, bajo su propia interpretación del régimen del contrato hizo los registros correspondientes. Si de ellos surge alguna

contradicción o no, no es asunto que haga parte de las obligaciones surgidas del contrato. Ahora bien, si de tales registros surge o no un indicio en favor de la existencia o inexistencia de un contrato de agencia comercial, el asunto podía ser parte de los alegatos o de las consideraciones del Tribunal, pero no de lo que a éste le corresponde decidir. En esta ocasión el panel arbitral no ha considerado necesario sustentar su pleno convencimiento en torno a la naturaleza jurídica del contrato y a la falta de realidad de la imputación sobre el presunto pago anticipado de la cesantía comercial con tales fundamentos, por lo cual llegó a la conclusión de que, en lo pertinente, prosperarán las pretensiones relacionadas con esos temas. Pero como tal las pretensiones en estudio no están llamadas a prosperar.

VII. LOS INCUMPLIMIENTOS IMPUTADOS A COMCEL, LA TERMINACIÓN DEL CONTRATO Y LA INDEMNIZACIÓN ESPECIAL RECLAMADA POR EVER GREEN

En las pretensiones Vigésima a Vigésima Tercera la convocante solicita se declare que Comcel incurrió en una serie de incumplimientos contractuales, por lo que en las pretensiones Vigésima Octava y Vigésima Novena solicita se condene a pagarle los perjuicios correspondientes.

A su vez, en las pretensiones Vigésima Cuarta y Vigésima Quinta Ever Green solicita se declare que la Convocante dio por terminado el contrato de manera unilateral y por justa causa imputable a Comcel, por lo que pide se le condene a pagar la comisión por residual que se cause con base en los consumos hechos por clientes cuya vinculación promocionó y gestionó durante la vigencia del contrato en la suma que se establezca en este proceso.

Finalmente, en las pretensiones Vigésima Sexta y Vigésima Séptima, la convocante solicita se declare que por el hecho de la terminación del contrato por incumplimientos y omisiones imputables a Comcel, ésta debe pagarle la indemnización de perjuicios a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, en la suma que resulte probada.

Dado que todas estas pretensiones guardan afinidad en la medida en que versan sobre los incumplimientos imputados a la Convocada, el Tribunal las analizará en conjunto.

Llama la atención del Tribunal que a pesar de que el contrato sub iúdice se ejecutó por espacio de más de nueve años, a pesar de que su vigencia inicialmente prevista era de tan solo uno, en la comunicación del 15 de diciembre de 2010 (folio 57 del cuaderno de pruebas No. 1), por medio de la cual Ever Green lo dio por terminado, no haya invocado la causa o razón de los incumplimientos imputados. Al respecto se limitó a señalar su representante legal que *“a raíz de los incumplimientos contractuales imputables a COMCEL S.A., les informamos que la sociedad que represento da por terminada, de manera unilateral, por justa causa y a partir del recibo de la presente comunicación, la relación jurídico comercial que las vinculó”,* y advierte que, *“Como se trata de una terminación fundada en el artículo 870 CCO y en los literales 2ª y 2b del artículo 1325 ibídem, los pagos que recíprocamente se deberán hacer las sociedades como consecuencia de la decisión tomada serán aquellos que determine el Tribunal competente”.*

Sin embargo, de cara al anunciado proceso arbitral la convocante identificó los siguientes incumplimientos a Comcel, de que tratan las pretensiones primeramente mencionadas en este capítulo:

1. No podía modificar unilateralmente los niveles de las comisiones por residual que fueron fijados contractualmente a favor de la Convocante.
2. No haber liquidado y no haberle pagado oportuna e íntegramente a la Convocante, según las reglas contractuales, las comisiones, regalías y/o utilidades a que esta última tenía derecho.
3. No podía aplicar las penalizaciones establecidas en el contrato sub iúdice, (cláusulas 7.26.3, 7.26.3.1, 7.26.3.3, 7.26.3.4 y 7.26.4 e inciso primero del punto 1 del Anexo A), sin demostrar previamente un incumplimiento imputable a la Convocante a título de culpa, ni tampoco podía compensar,

motu proprio, dineros de la Convocante con dineros que fueron descontados de manera unilateral por Comcel a título de fraudes, caldist, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos.

4. Extender cláusulas abusivas en el contrato que tuvieron por causa, por objeto y/o como efecto, una afectación grave de los intereses de la Convocante.

Con respecto a los primeros incumplimientos imputados, esto es, *modificar unilateralmente los niveles de las comisiones por residual y no haber liquidado y no haberle pagado oportuna e íntegramente a la convocante, según las reglas contractuales, las comisiones, regalías y/o utilidades a que esta última tenía derecho*, encuentra el Tribunal que si bien en el Anexo A del contrato se plasmó el “Plan de Comisiones del Distribuidor” (folio 30 del cuaderno de pruebas No. 1), posteriormente, mediante Otrosí suscrito el 30 de mayo de 2001, las partes modificaron tal anexo (folios 11 a 16 del cuaderno de pruebas No. 2) y, como lo pone de presente la Convocada y lo verificaron la perito y el Tribunal, en varias comunicaciones que obran en el mencionado cuaderno de pruebas No. 2, Comcel estableció varias modificaciones de esas tarifas que fueron aceptadas en su momento, una a una, por Ever Green.

Como ya se mencionó en otro aparte del laudo, dentro de esas modificaciones aceptadas se encuentra la del 17 de marzo de 2004 (folio 252 del cuaderno de pruebas No. 2) que redujo la comisión por residual del 3% al 1.5% y esa remuneración fue expresamente aceptada por el representante legal de la convocante, según consta al final de tal comunicación (folio 257)

Tal aceptación de Ever Green es suficiente argumento para concluir que no se dieron los incumplimientos mencionados pero, además, para el Tribunal resulta evidente que los planes para penetrar el mercado y, de la mano de ellos, las comisiones de los distribuidores, no podían quedarse indefinidamente atadas a un porcentaje o condiciones particulares porque el

mercado, las nuevas tecnologías y la competencia así lo imponen. No siempre la reducción del porcentaje de remuneración podía afectar al distribuidor. Era bien factible que, a cambio de una menor tarifa, pudiera acceder a un mayor mercado, por la vía de los nuevos productos, de las promociones o de los nuevos planes. Pero si Ever Green consideró en algún momento que la modificación de su remuneración constituía un incumplimiento, a pesar de su aceptación expresa, ha debido reclamar. Pero ocurrió lo contrario: Ever Green participó de los planes y promociones propuestos por Comcel y facturó y percibió la remuneración planteada por el operador sin protesta alguna lo cual, aun a falta de aceptación expresa, su anuencia implica su tácita a la modificación, sin que a esta altura de iter contractual resulte seria y consecuente con el principio de la buena fe efectuar reclamo por ese concepto.

En cuanto tiene que ver con el pago efectivo de la remuneración, el Tribunal encuentra que el dictamen estableció que Comcel había cumplido con sus obligaciones durante la ejecución del contrato. En efecto, luego de un minucioso análisis y la utilización de filtros para la valoración de las fuentes contables puestas de presente por las partes y la determinación de los valores pagados por Comcel frente a los que debía pagar (folios 4 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 5), concluyó: (i) que las comisiones por concepto de activación tuvieron un déficit de \$13.44 millones (folio 19); (ii) que la comisión por residual presentó un déficit de \$7.84 millones (folio 28); (iii) que las bonificaciones por legalización presentaron un exceso de pago en \$6.37 (folio 32); (iv) que la bonificación por permanencia en prepago tuvo un relativo equilibrio al presentarse un exceso de \$20.000 aproximadamente (folio 33); (v) que la bonificación por permanencia en pospago resultó en un equilibrio entre las comisiones liquidadas y las efectivamente canceladas (folio 34); (vi) que respecto de la remuneración por concepto de recaudo en el centro de pago y servicios resultó un equilibrio entre lo liquidado y lo pagado (folio 35); (vii) que las bonificaciones por cumplimiento de metas y demás incentivos representaron un exceso de pago por \$18.23 millones.

Por todo lo anterior concluyó que inexistencia de un lucro cesante por supuestos menores valores pagados con una confiabilidad del 99.9504%

Otra imputación a Comcel consiste en *haber aplicado las penalizaciones establecidas en el contrato sin demostrar previamente un incumplimiento de la convocante a título de culpa, o haber compensado, motu proprio, dineros de la convocante con dineros que fueron descontados de manera unilateral por fraudes, caldist¹³, reversiones por desactivaciones, reversiones por bajo consumo, reversiones por ajustes/reclamos, sanciones por inconsistencias documentales y sanciones por cheques y vouchers devueltos.*

Al respecto el Tribunal encuentra que en la modificación del Anexo A, que en esencia se contemplaba en el texto primigenio se estableció lo siguiente:

*“En caso de desactivación del cliente o abonado obtenido mediante cualquiera de las conductas expresadas en el numeral 7.26 del contrato de distribución y, en particular, mediante fraude al contrato de distribución, al de suscripción, a los planes y programas o a través de declaraciones falsas o inexactas o actividades fraudulentas por parte del DISTRIBUIDOR, incluidas las maquinaciones tendientes a aumentar las activaciones o el número de Abonados que no correspondan a la realidad, o en los casos de activación con base en la documentación e información suministrada por EL DISTRIBUIDOR con base en documentos o datos falsos, total o parcialmente o, cuando siendo veraces pertenecen a personas distintas que no hayan autorizado su utilización o, cuando de cualquier manera permite o tolera la utilización de datos suministrados por los usuarios, clientes o suscriptores en sus solicitudes, por él mismo, su personal, otros distribuidores, centros o puntos de venta o canales de distribución, para obtener la activación posterior de líneas sin la anuencia del suscriptor o de personas que no lo hayan autorizado o cuando tolera la utilización indebida de la información confidencial, de los documentos de identificación de su personal o de la papelería y documentación suministrada y, sin perjuicio de las sanciones pactadas, **OCCEL, podrá hacer en cualquier tiempo deducciones de las comisiones por cuentas irrecuperables o de dudoso recaudo hasta por***

¹³ Hace referencia a penalizaciones y descuentos por indebida atención, que para las partes significaba “Calidad del Distribuidor” o por legalizaciones de Kit Prepago.

un máximo del total de las comisiones pagadas al Centro de Ventas por concepto de la activación de todos los clientes obtenidos de la manera irregular aquí indicada, sin que se excluyan otros efectos previstos en el contrato de Distribución para los mismos hechos OCCEL se reserva el derecho de hacer descuentos o de acreditar las cuentas de sus Abonados, cuando en su opinión, a ello hubiere lugar (folios 14 del cuaderno de pruebas No. y 31 del cuaderno de pruebas No. 1) (destaca el Tribunal).

En el numeral 6 de la modificación del mencionado Anexo A y en el numeral 7 del Anexo original, también se previó:

“Sin perjuicio de las penalizaciones establecidas en el contrato de distribución y, en especial, en su cláusula séptima, si dentro de un término de treinta días siguientes a la suscripción del contrato de servicios de telefonía móvil celular el DISTRIBUIDOR, no ha hecho entrega a OCCEL de la documentación que trata el numeral 7.6 de la cláusula 7 del contrato de Distribución, OCCEL facturará al DISTRIBUIDOR los valores que debía entregarle o que se hayan causado en favor de OCCEL, junto con los intereses de mora correspondientes y descontará, deducirá o compensará dichos valores de las facturaciones pendientes de pago o futuras a cargo de OCCEL. En el caso que trata este numeral 7 del ANEXO A, el DISTRIBUIDOR perderá el derecho a las comisiones que trata este ANEXO A y a todos los beneficios que comprende el ANEXO C de este contrato de distribución, con respecto al abonado o a los abonados con los que se presente la situación que trata este numeral” (folio 16 del cuaderno de pruebas No. 2 y 33 del cuaderno de pruebas No. 1).

A su vez, la mencionada cláusula 7 del contrato contempla una serie de obligaciones especiales del distribuidor tendientes a evitar o impedir el fraude en las activaciones y se estableció que en cualquiera de esos casos, *“En cualquiera de los casos contemplados en los literales 7.26.1 a 7.26.4 inclusive, toda la responsabilidad de cualquier naturaleza, incluida la patrimonial será exclusiva, única e íntegra del DISTRIBUIDOR quien responderá de todos los daños, costos y gastos dentro de éstos pero sin*

limitarlos, los valores de activación, de teléfono en caso de pérdida, destrucción, extravío o hurto, y el valor total de los consumos generados y, además perderá las comisiones, beneficios o utilidades que se hubieren causado hasta el instante de la comprobación siquiera sumaria de estos hechos y, no obstante cualquier disposición en contrario en este Contrato” (folio 13 del cuaderno de pruebas No. 1) (Destaca el Tribunal.)

No puede imputarse incumplimiento cuando existe estipulación contractual que amparaba el procedimiento, el cual, a su vez, no se advierte ilegal. Por el contrario, tales estipulaciones están previstas para comprometer al distribuidor en cumplir con las políticas del operador y evitar que la negligencia en su actividad pueda reflejarse en una mayor remuneración.

Adicionalmente, debe recordarse cómo el Tribunal accedió a reconocerle mérito a las denominadas Actas de Transacción, Conciliación y Compensación precisamente en punto de las remuneraciones debidas, luego de los saldos establecidos con fundamento en estas cláusulas contractuales. Pero, simultáneamente, no encuentra el Tribunal que la parte Convocante hubiera efectuado reclamo alguno dentro de los plazos contractualmente establecidos ni en ningún otro momento anterior a esta demanda con respecto al pago de la remuneración o de los descuentos.

Esa conducta de Ever Green ahora manifestada no está acorde con el principio de la buena fe contractual.

Finalmente, en cuanto a la imputación consistente en *extender cláusulas abusivas en el contrato*, no encuentra que se trate de un incumplimiento contractual porque ellas fueron acordadas antes de su ejecución, de manera que no puede sostenerse seriamente que el contrato nació incumplido, ni aquí se ha reclamado una responsabilidad precontractual; o fueron convenidas luego de la celebración del contrato y ejecutadas sin duda con posterioridad, de manera que el incumplimiento tampoco podía ser previo. Adicionalmente, respecto de algunas de ellas, solo hasta este laudo se ha

producido un pronunciamiento jurisdiccional que determina que son ineficaces, lo cual no permite sancionar su incumplimiento retroactivo.

Habiendo quedado claro que Comcel no incurrió en incumplimiento contractual, lo cual no se opone a que sea condenado en este laudo a pagar la prestación que establece el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, o cesantía comercial, debe concluirse que Ever Green dio por terminado el contrato de manera unilateral, pero no por justa causa imputable a Comcel, y no resulta procedente declarar que la Convocada está obligada a pagar la indemnización a que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio. Esta disposición establece que, *“Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa¹⁴, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”*. Y agrega que, *“Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato”*. Finalmente pone de presente que, *“Si es el agente el que da lugar a la terminación unilateral del contrato por justa causa comprobada, no tendrá derecho a indemnización o pago alguno por este concepto”*.

De manera que no mediando incumplimiento de Comcel, según lo ha establecido este Tribunal, no procede el reconocimiento ni el pago de esta indemnización.

En virtud de lo expuesto tampoco resulta procedente imponer las condenas que la convocante pretendía derivar de los incumplimientos imputados, los cuales no quedaron establecidos.

Finalmente, no habiendo prosperado la pretensión Vigésima Cuarta, tampoco resulta procedente acceder, por la vía de pretensiones consecuenciales, a las peticiones contenidas en la pretensión Vigésima Quinta, sin perjuicio de lo

¹⁴ Mediante sentencia C-990-06 del 29 de noviembre de 2006 la Corte Constitucional declaró inexecutable la expresión *“fijada por peritos”* que aparecía en esta parte de la norma.

resuelto en otros apartes del laudo y en la parte resolutive sobre la causación de las comisiones.

VIII. EL ACUERDO DE PAGO Y LA CARTERA CORRIENTE, EL DERECHO DE RETENCIÓN ALEGADO POR EVER GREEN, LA HIPOTECA EXISTENTE Y LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

La demanda de reconvencción versa sobre el supuesto incumplimiento de Ever Green al acuerdo de pago suscrito el 30 de octubre de 2009 en desarrollo del contrato y, respecto de lo cual, en las pretensiones Trigésima Quinta a Trigésima Séptima la Convocante solicita se declare que aquel fue extendido por Comcel, que incorporó deudas infundadas y que se declare nulo. Simultáneamente, en las pretensiones Trigésima Octava a Cuadragésima, respecto de los dineros que adeuda a Comcel, la Convocante solicita se declare que a partir de la terminación del contrato los ha retenido legítimamente con fundamento en el artículo 1326 del Código de Comercio; que, como consecuencia, no está en mora de pagar tales sumas; y que tiene derecho a retenerlas hasta que se le cancele la cesantía comercial y demás indemnizaciones, sin que el Tribunal pueda compensar el dinero retenido con las condenas a su favor. E igualmente, en la pretensión Cuadragésima Tercera pide se declare extinguida la hipoteca constituida a favor de Comcel como garantía de pago del mencionado acuerdo y en la Cuadragésima Tercera solicita que se ordene a la convocada la destrucción de todo título valor suscrito por Ever Green o por sus socios o administradores que respaldan el cumplimiento del contrato.

Como todos estos temas guardan íntima relación conviene efectuar su estudio de manera conjunta.

En la primera audiencia de trámite el Tribunal puso de presente que tenía competencia para conocer de la demanda de reconvencción en la medida en que las controversias allí planteadas giran alrededor del acuerdo de pago del 30 de octubre de 2009 y que éste fue celebrado en desarrollo del contrato suscrito el 14 de agosto de 2001, el cual es objeto de este proceso. A lo

anterior ha de agregarse que en la propia demanda principal se incluyen pretensiones sobre el mencionado acuerdo, de manera que ambas partes, desde diferentes puntos de vista, han involucrado tal acuerdo de pago como parte de la ejecución contractual y lo vinculan con la competencia del Tribunal.

Sea lo primero poner de presente que Ever Green reconoce la deuda relacionada con el *Acuerdo de Pago*, el cual, al decir de la perito, “... *estaba constituido por las facturas listadas en la Tabla 2.1.1. Esencialmente se trata de cartera asociada con las compras de kits prepago que hace EVER GREEN a COMCEL*”. En efecto, de un lado, ello resulta evidente del texto del Acuerdo de Pago suscrito el 30 de octubre de 2009 (folios 232 a 235 del cuaderno de pruebas No. 2) en el cual la convocante “*reconoce en forma espontánea, madura, deliberada y voluntaria la obligación*” por valor de \$512.820.000 (cláusula Primera), la cual se obligó a pagar en los términos que allí constan (cláusula Segunda). De otro lado, así se desprende del texto de la pretensión Trigésima Octava de la demanda¹⁵. Por otra parte, al dar respuesta a los hechos 9 y 10¹⁶ que versan sobre el reconocimiento mencionado, la reconvenida se limita a decir que no le constan, lo cual, al tenor de lo dispuesto en el artículo 95 del Código de Procedimiento Civil, comporta indicio grave en su contra de acuerdo con lo probado. Adicionalmente, al dar respuesta al hecho 14, según el cual, “*Desde el mes de enero de 2010 Ever Green empezó a incumplir los acuerdos de pago mencionados anteriormente, lo cual se mantuvo hasta la terminación unilateral del contrato de distribución por parte de Ever Green*”, la Convocante lo niega pero invocando el alegado derecho retención. Por lo demás, la deuda y el saldo actual fueron verificados por la perito, quien, luego de implementar el algoritmo para la cartera que formaba parte del Acuerdo de Pago, determinó que Ever Green adeuda a Comcel a la fecha de

¹⁵ “Respecto de los dineros que LA CONVOCANTE le adeuda a COMCEL...”.

¹⁶ Hecho 9: “En el segundo acuerdo de pago Ever Green reconoció la obligación “exigible a cargo de EVER GREEN COMMUNICATIONS S.A y a favor de COMCEL S.A., por valor de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA”. Hecho 10: “En el mismo acuerdo de pago, según se recoge en el numeral segundo, Ever Green Communications S.A. se comprometió a pagar a COMCEL S.A. “la suma de QUINIENTOS DOCE MILLONES OCHOCIENTOS VEINTE MIL PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA. (...) en un periodo máximo de dieciocho meses (18) contados a partir de la fecha de suscripción del presente acuerdo de pago (...).”.

terminación del contrato la suma de \$123.425.181 (folio 263 del cuaderno de pruebas No. 5) y a la fecha del dictamen la suma de \$101.049.766 (folio 114 del mismo cuaderno).

No hay evidencia de que Comcel hubiera extendido los acuerdos de pago que obran en el expediente, particularmente el mencionado del 30 de octubre de 2009 ni encuentra el Tribunal que esa circunstancia hubiera devenido en abuso, dolo, o mala fe. Tampoco encuentra que en tales acuerdos se hubieran incluido deudas infundadas. Ni advierte el Tribunal ninguna razón para declarar su nulidad.

Por el lado de la *cartera corriente*, el dictamen precisa que *“hace referencia a aquella cartera que no ha sido vinculada con acuerdos de pago, tal y como se infiere de la lectura de este tipo de documentos, y más particularmente el acuerdo de pago suscrito en octubre 30 de 2009. Así la tipificación de la mora para la denominada cartera corriente se circunscribe a la identificación de facturas, no vinculadas a un acuerdo de pago, que no han sido ni pagadas ni compensadas después de su fecha de vencimiento”*.

Igualmente, la perito identificó facturas no vinculadas al acuerdo de pago vigente. De acuerdo con el dictamen al 30 de noviembre de 2010 el saldo reportado por Comcel por este concepto ascendía a \$233.760.000 que a la fecha de terminación del contrato el 15 de diciembre de dicho año, no se encontraba cancelado (folios 122 y 123 del mismo cuaderno). Sin embargo, efectuado el algoritmo de verificación y comparación con la “base de coordinación de crédito y control de pago”, la perito depuró ese valor en la suma de \$223.760.000 a noviembre 30 de 2010, tal y como aparece en la Tabla 2.16.1 de la página 122 del dictamen.

En cuanto hace referencia a la cláusula penal, en el acuerdo de pago suscrito entre Ever Green y Comcel, las partes acordaron, en el numeral 11, lo siguiente: *“El incumplimiento del presente acuerdo de pago, constituye incumplimiento del contrato de distribución suscrito entre las partes y dará derecho a Comcel S.A. a darlo por terminado por incumplimiento, hacer efectiva la cláusula penal y las garantías reales constituidas, sin perjuicio del*

ejercicio de las demás acciones para el cobro de perjuicios que dicho incumplimiento haya causado“.

En la cláusula 26.2 del contrato las partes estipularon lo siguiente:

“26.2 Penal Pecuniaria: Sin perjuicio de la pena pecuniaria consagrada en otras estipulaciones de este contrato, en caso de incumplimiento total o parcial de cumplimiento tardío o defectuoso, renuencia al cumplimiento, retraso o simple atraso de las obligaciones legales y contractuales por el distribuidor, éste pagará incondicionalmente a OCCEL, sin necesidad de requerimiento o reconvencción judicial o extrajudicial ninguna, las siguientes sumas que se pactan a continuación a título de penal pecuniaria y, que de acuerdo con las circunstancias hará exigida a OCCEL:

26.2.3 Cuando a juicio de OCCEL el incumplimiento sea grave y, lo será, entre otros casos en todas las hipótesis de que trata el numeral 7. De este contrato, Comcel podrá imponer una penal pecuniaria de cinco mil salarios mínimos legales mensuales vigentes“.

La cláusula 31 del Contrato suscrito entre Ever Green y Comcel dispone lo siguiente:

“31. Si a la terminación de este contrato por cualquier causa, realizadas las deducciones, descuentos y compensaciones de que trata el numeral precedente, resulta algún crédito, prestación alguna deuda a favor de OCCEL S.A. podrá cobrar ejecutivamente la obligación principal con la cláusula penal pactada o la indemnización ordinaria de perjuicios. En uno y otro caso, bastará copia de este contrato y la certificación del saldo insoluto firmada por el revisor fiscal de OCCEL S.A. sobre la existencia de la obligación, monto y exigibilidad y sin necesidad de requerimiento alguno al que renuncia expresa y espontáneamente. .”.

El Tribunal pone de presente que no está probado que Ever Green haya pagado las sumas debidas y por ende debe ser condenado a pagarlas junto con intereses.

Sin embargo, encuentra que el incumplimiento no es grave, lo cual se demuestra, de una parte, con la desproporción entre el valor debido por Ever Green, por causa del acuerdo de pago y la cartera corriente, frente a los valores facturados por la convocante por concepto de comisiones, o más pertinentemente, entre aquellas sumas y las generadas en favor de Comcel por la actuación del agente comercial. De otra, con el hecho de que a pesar de que las deudas de Ever Green venían desde hacía mucho tiempo, Comcel nunca consideró que debía terminar el contrato sino que, por el contrario, continuó con la relación contractual y habría podido seguir ejecutándola de no haber sido por la terminación unilateral de la Convocante. Finalmente, dado que el método habitual previsto por las partes para ajustar sus cuentas eran las denominadas Actas de Transacción, Conciliación y Compensación y en ellas no se advierte reparo alguno ni se calificó como grave el incumplimiento de Ever Green, no puede el Tribunal deducir la condición para la aplicación de la cláusula penal.

En cuanto hace al *derecho de retención* el artículo 1326 del Código de Comercio señala que *“El agente tendrá los derechos de retención y privilegio sobre los bienes o valores del empresario que se hallen en su poder o a su disposición hasta que se cancele el valor de la indemnización y hasta el monto de dicha indemnización”*.

Considera el Tribunal que no podía la Convocante acogerse al derecho de retención y privilegio de que trata el artículo 1326 del Código de Comercio para eludir el pago de las sumas causadas a su cargo, materia de un acuerdo de pago celebrado y que venía cumplido parcialmente. El pretendido derecho de retención no justifica ni convalida la mora por parte de Ever Green. La ley permite al agente ejercer el derecho de retención sobre los bienes o valores del empresario, que se hallen en su poder o a su disposición por la operación del contrato, para asegurar el pago de la indemnización por la terminación del mismo sin justa causa y hasta concurrencia de su monto. Pero no puede el agente ampararse en tal derecho para incumplir los pagos en favor del empresario en los términos que prevé el contrato porque tal conducta haría inviable el desarrollo del mismo.

Por lo tanto, no accede el Tribunal a reconocer el derecho de la Convocante de retener las sumas en cuestión en virtud del derecho que confiere el artículo 1326 del Código de Comercio.

Con todo, como en la contestación a la demanda principal Comcel ha propuesto la excepción de compensación, la suma debida por la Convocante será compensada con la condena por concepto de la prestación a que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.

De esta manera el Tribunal habrá de liquidar los intereses moratorios sobre la deuda de Ever Green frente a Comcel, vinculada con el Acuerdo de Pago, hasta la fecha de este laudo, en la medida en que se trata de obligaciones de plazo vencido en estado de mora, al tenor de lo dispuesto en el numeral 1º del artículo 1608 del Código Civil¹⁷. Y sumará ese resultado al saldo insoluto por la cartera corriente, con intereses de mora en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil, hasta la fecha del laudo, lo que determinará el valor a cargo de la Convocante en esa fecha. Así establecido ese valor hará la compensación contra la liquidación de la prestación de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio reconocida a la convocante, que incluye intereses de mora en los términos ya expuestos

Los intereses de mora del capital derivado del acuerdo de pago ascienden a la suma de \$64.669.659.

El cálculo de los intereses de mora de la cartera corriente, que se causan en los términos del artículo 90 del Código de Procedimiento Civil tiene en cuenta que la notificación del auto admisorio de la demanda de reconvención se produjo el día 20 de junio de 2011. De manera que ellos ascienden a \$96.240.000.

¹⁷ “El deudor está en mora:

1o.) Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituirlo en mora.

2o.) Cuando la cosa no ha podido ser dada o ejecutada sino dentro de cierto tiempo y el deudor lo ha dejado pasar sin darla o ejecutarla.

3o.) En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor”.

Los cálculos de la deuda a favor de Comcel, de la compensación y del saldo a favor de Ever Green son, en consecuencia, los siguientes:

1. Condena a favor de Ever Green por la cesantía comercial:	
a. Capital:	\$1.291.780.000
b. Intereses moratorios:	\$ 635.603.000
Total:	\$1.927.383.000
2. Condena a favor de Comcel:	
a. Capital derivado de los Acuerdos de pago:	\$ 101.049.766
b. Intereses moratorios del capital anterior:	\$ 223.760.000
c. Capital derivado de la cartera corriente:	\$ 64.669.659
d. Intereses moratorios del capital anterior:	\$ 96.240.000
Total:	\$ 485.719.425
3. Compensación:	
a. A favor de Ever Green:	\$1.927.383.000
b. A favor de Comcel:	\$ 485.719.425
Saldo a favor de Ever Green:	\$1.441.663.575

En consecuencia, efectuada la compensación de las deudas mutuas subsiste un saldo a favor de Ever Green y en contra de Comcel que asciende a \$1.441.663.575 que incluye capital e intereses. Si bien con lo que se resuelve en este laudo habrán de quedar extinguidas las obligaciones de las partes con ocasión del contrato sub examine no puede el Tribunal pronunciarse sobre la extinción de la hipoteca constituida a favor de Comcel *“sobre el bien inmueble identificado con la Matrícula Inmobiliaria No. 01N-254310 de la Oficina de Registro de Instrumentos Públicos de Medellín Norte, la cual se constituyó mediante la escritura pública No. 369 de febrero 25 de 2010 de la Notaría 25 de Bogotá DC.”*, como se solicita en la pretensión Cuadragésima Tercera. De una parte, porque al Tribunal no le fue presentado como prueba tal instrumento para determinar su preciso contenido y, de otra, porque a diferencia del acuerdo de pago, no hay evidencia de que ella se haya producido en ejecución del contrato. Por la misma razón, tampoco podrá el Tribunal acceder a la pretensión subsidiaria,

consistente en ordenarle a Comcel realice las gestiones necesarias para levantar la hipoteca.

Por falta de evidencia también habrá de negarse la pretensión Cuadragésima Cuarta, orientada a que se le ordene a Comcel la destrucción de todo título valor suscrito por la Convocante, sus socios o administradores, que respalden el cumplimiento de las obligaciones que tenían por fuente el contrato sub iúdice.

X. EXCEPCIONES

La sociedad Comcel propuso las siguientes excepciones.

1. El análisis de la relación contractual entre Comcel y Ever Green debe limitarse a la ejecución del contrato en el que se pactó cláusula compromisoria.

Este hecho no constituye excepción y por tanto el Tribunal se debe abstener de pronunciarse sobre la misma.

2. **Prescripción.** Alega Comcel que se presenta la prescripción de cinco años que es el término estatuido en el artículo 1329 del Código de Comercio. Sin embargo, la prescripción de la acción para reclamar la prestación e indemnización previstas en el artículo 1324 del Código de Comercio, así como la orientada a pedir la declaración sobre la naturaleza e ineficacia de algunas cláusulas contractuales solo nace con la terminación del contrato, ocurrida apenas el 15 de diciembre de 2010. Por otra parte, si bien las pretensiones orientadas al reconocimiento y pago de comisiones, regalías o utilidades no se limitaron en el tiempo, a pesar de que la demandante sí lo hizo al formular sus preguntas a la perito, resulta claro que el Tribunal no encontró base para la prosperidad de las mismas.

3. **Transacción.** Esta excepción fue analizada por el Tribunal que solo la aceptó en lo referente al ajuste de cuentas entre las partes.

4. **Pago.** Esta excepción se fundamenta en que las partes acordaron que el 20% de todo pago que hiciera Comcel se debía imputar como *“pago anticipado de toda prestación, indemnización o bonificación que por cualquier causa y concepto sea exigible o deba pagarse en virtud de la ejecución y de la terminación del contrato, cualesquiera sea su naturaleza”*. Ya se ha analizado que este pago anticipado en la forma como quedó estipulado y condicionado no resulta admisible.

5. **Compensación.** Esta excepción prospera parcialmente, según lo expuesto.

6. **Contrato no cumplido.** Se fundamenta en que Ever Green incumplió el contrato de distribución y por lo tanto no está legitimado para pretender la declaratoria de terminación del contrato con justa causa imputable a Comcel, ni para pedir indemnización de perjuicios. Esta excepción está probada. Ever Green dio unilateralmente por terminado el contrato sin justa causa, y por ende no está legitimado para pedir la indemnización equitativa prevista en el artículo 1324 inciso segundo del Código de Comercio.

7. Aplicación de la teoría de los actos propios

Esta excepción fue propuesta por la supuesta contradicción entre el reclamo plasmado en la demanda y el comportamiento precedente de Ever Green quien jamás reclamó un incumplimiento de Comcel, particularmente en punto de la aceptación de la variación de las comisiones y de la aplicación de las penalizaciones.

No considera el Tribunal que la imputación del incumplimiento debiera abordarse necesariamente por la vía de la teoría de los actos propios porque implicaría suponer que la tolerancia siempre es sinónimo de aceptación. Lo cierto es que en el presente caso el asunto debía tratarse, como se hizo en este laudo, desde el análisis de la imputación en concreto para determinar si existió o no el incumplimiento. Por lo anterior el Tribunal no encuentra procedente esta excepción.

8. Inexistencia de circunstancias que constituyan un presunto incumplimiento contractual por parte de Comcel. Esta excepción está probada porque no se demostró el incumplimiento de Comcel.

9. Terminación injustificada del contrato de distribución. Esta excepción está probada. En efecto, Ever Green terminó el contrato de agencia comercial en forma unilateral e injustificada ya que no probó que dicha terminación hubiera sido ocasionada por causa atribuible a Comcel.

10. Inexistencia de ejercicio abusivo de las facultades contractuales por parte de Comcel. Esta excepción se debe negar porque está acreditado que Comcel en ejercicio de su posición dominante propuso y logró la adopción de cláusulas abusivas que conllevan el abuso del derecho previsto en los artículos 95 numeral 1 de la Constitución en concordancia con el artículo 830 del Código de Comercio. Anteriormente se expresaron las razones que condujeron a este Tribunal a declarar ineficaces algunas estipulaciones contractuales.

11. Improcedencia de la declaratoria de invalidez o ineficacia de las cláusulas del contrato de distribución entre Comcel (Ocel) y Ever Green, así como las de las “*actas de compensación, conciliación y transacción*”. Esta excepción debe ser negada por las razones expuestas con anterioridad.

12. Improcedencia del pago de intereses moratorios

Se funda esta excepción en la alegación según la cual para la procedencia de los intereses de mora el capital debe estar plenamente determinado y corresponder a una suma líquida. Esta excepción no prospera porque, respecto de las pretensiones que han de prosperar, la demanda no ha reclamado la generación de intereses de mora desde la fecha del incumplimiento sino bajo la aplicación de lo dispuesto en el artículo 90 del Código de Procedimiento Civil y así lo ha resuelto el Tribunal en la medida en que la notificación del auto admisorio de la demanda en procesos contenciosos de conocimiento como éste, produce el efecto del requerimiento judicial para constituir en mora al deudor.

13. **Inexistencia del contrato** de agencia comercial e improcedencia del pago de las prestaciones del artículo 1324 del Código de Comercio. Esta excepción se niega por cuanto anteriormente se llegó a la conclusión de que se tipifica un contrato de agencia comercial. Respecto al pago de la prestación mercantil prevista en el inciso primero del artículo 1324 se debe reconocer en la cuantía que se establece en el dictamen pericial. Respecto a la indemnización equitativa prevista en el numeral 2 del citado artículo 1324 se debe negar porque el contrato de agencia comercial se terminó unilateralmente por Ever Green y por causa no imputable a Comcel.

14. Ausencia de presupuestos legales para la obligatoriedad del precedente arbitral

El Tribunal puso de presente que habría de seguir el precedente por razones de igualdad que es un principio consagrado en el art 13 de la Constitución Política, y porque no hay razones para modificarlo. Sin embargo puso de presente que tal posición hace parte de sus consideraciones y no resulta procedente resolver sobre este aspecto de manera general dentro de esta Litis. El acogimiento del precedente judicial, o arbitral, en este caso, no es asunto que haga parte de la Litis, vinculada en este caso a un contrato que reguló relaciones de distribución bajo la figura de la agencia comercial. De manera que al no sostenerse la pretensión no es necesario resolver la excepción.

Por su parte Ever Green propuso las siguientes excepciones:

1. Primera Excepción de Mérito: De el acuerdo de pago. El H. Tribunal no está habilitado para pronunciarse sobre este negocio jurídico. Extinción de las obligaciones que tuvieron por fuente el Acuerdo de Pago.

Se funda la convocante en la falta de competencia del Tribunal, en la necesidad de un pronunciamiento previo sobre la existencia, validez e interpretación del acuerdo de pago y la extinción de las obligaciones allí pactadas.

Al respecto el Tribunal puso de presente que tenía competencia para conocer de la demanda de reconvención en la medida en que las controversias allí planteadas giran alrededor del acuerdo de pago del 30 de octubre de 2009 y que éste fue celebrado en desarrollo del contrato suscrito el 14 de agosto de 2001, el cual es objeto de este proceso. Igualmente que en la propia demanda principal se incluyen pretensiones sobre el mencionado acuerdo, de manera que ambas partes, desde diferentes puntos de vista, han involucrado tal acuerdo de pago como parte de la ejecución contractual y lo vinculan con la competencia del Tribunal.

2. Segunda Excepción de Mérito: Derecho de Retención; el pago del dinero, los bienes y los demás valores que han sido retenidos por LA CONVOCANTE no se ha hecho exigible.

El Tribunal concluyó que la convocante no podía acogerse al derecho de retención y privilegio de que trata el artículo 1326 del Código de Comercio para eludir el pago de las sumas causadas a su cargo, materia de un acuerdo de pago celebrado y que venía cumplido parcialmente, por lo cual no resulta procedente la excepción.

3. Tercera Excepción de Mérito: Cláusula penal enorme

Como la excepción se propuso ante la eventualidad de que se condenara a la Convocante por este aspecto, hipótesis que no tuvo lugar, no resulta del caso el análisis propuesto.

4. Cuarta Excepción de Mérito: Novación y compensación

No encontró el Tribunal probado que las obligaciones a cargo de Ever Green hubieran sido novadas ni compensadas, por lo cual no prospera la excepción.

C. COSTAS

Como surge de lo expuesto, ambas demandas prosperarán solo parcialmente, por lo que el Tribunal, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, condenará a las partes Convocada y Convocante en proporciones de 60% y 40%, respectivamente.

En consecuencia, teniendo en cuenta que Ever Green asumió el 50% de los costos del Tribunal, la Convocada deberá rembolsarle el 10% de las sumas por gastos y honorarios de este proceso, valor que asciende a \$17.700.000; y asumir el 20% de las agencias en derecho que el Tribunal establece en la suma de \$8.800.000. No se condena al reembolso del 10% de los honorarios que la Convocante de la perito, dado que Ever Green no acreditó su pago.

En consecuencia, Comcel deberá pagar a Ever Green la suma de \$26.500.000 por concepto de costas.

Los excedentes no utilizados de la partida de gastos, si los hubiera, serán rembolsados por el Presidente del Tribunal a las partes en igual proporción, salvo que, para ese momento, la Convocada haya efectuado y acreditado ante el Tribunal el pago de las condenas, caso en el cual tales excedentes serán entregados en su integridad a esta última.

PARTE RESOLUTIVA

En mérito de lo expuesto, este Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir las controversias surgidas entre Ever Green Communications S.A., hoy en liquidación judicial, como parte convocante y demandante, y Comunicación Celular S. A. – Comcel S. A., como parte convocada y reconviniendo, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE

1. Declarar que entre Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, como agente, y Occidente y Caribe Celular S.A. (Ocel S.A.), hoy Comunicación Celular S. A. – Comcel S. A., como agenciado, se celebró y se ejecutó un contrato típico de agencia comercial, el cual está regulado en los artículos 1317 y siguientes del Código de Comercio.
2. Declarar que las cláusulas que integran el mencionado contrato fueron extendidas y dictadas por Ocel S.A., hoy Comcel S.A., de tal manera que dicho negocio jurídico, respecto de la convocante, fue de adhesión.
3. Declarar que el contrato sub iúdice se ejecutó de manera permanente e ininterrumpida entre el 14 de agosto de 2001 y el 15 de diciembre de 2010, fecha en la que la Convocante dio por terminada la relación jurídico negocial.
4. Declarar que a la terminación del contrato sub iúdice se hace exigible la obligación que tiene Comcel S.A. de pagarle a la Convocante la prestación prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio.
5. Declarar que para el cálculo de la prestación mercantil a que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio se deben tener en cuenta la totalidad de las comisiones o utilidades que la Convocante recibió durante los últimos tres años de ejecución del contrato sub iúdice, y que guardan una relación directa con las actividades de promoción y explotación que ésta ejecutó como agente comercial de Comcel S.A.
6. Declarar que el inciso tercero de la cláusula 30 y el numeral 5º del Anexo A del contrato sub iúdice tenían por efecto consecuencias antinómicas frente a las estipulaciones contractuales en las que se acordaron las comisiones y bonificaciones que Comcel S.A. le debía pagar a la Convocante.
7. Declarar que la antinomia a que se refiere el numeral anterior se resuelve a favor de la interpretación que hizo la Convocante.

8. Declarar que Comcel S.A. nunca efectuó a favor de la Convocante pago anticipado alguno a título de la prestación mercantil del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, ni a título de indemnizaciones.

9. Declarar que las *“Actas de Transacción, Conciliación y Compensación”* suscritas por las partes durante la ejecución del contrato sub iúdice fueron verdaderos negocios de transacción en lo relativo a la liquidación, causación y pago de comisiones y que, en consecuencia, todos los demás asuntos que son objeto de la presente litis no fueron materia de transacción.

10. Declarar que Comcel S.A. incurrió en abuso del derecho por la inclusión, en el contrato sub iúdice, de cláusulas que tienen como efecto la creación de un desequilibrio económico en perjuicio de los intereses de la Convocante.

11. Declarar la ineficacia de las siguientes cláusulas y disposiciones contractuales: (i) Cláusula 4, en lo que refiere a la naturaleza del contrato. (ii) Cláusula 12, en los apartes que rezan: *“normal desarrollo”* e *“indirecta”*. (iii) Cláusula 14, inciso 3º, en el aparte que reza: *“... sin que el distribuidor ni sus sub-distribuidores puedan ejercer derecho de retención por ningún concepto ni reclamar contraprestación económica de ninguna naturaleza a los que renuncian expresa y espontáneamente, pues todos estos valores se concibe como una contraprestación a favor de OCCEL por designarlo distribuidor”*. (iv) Cláusula 14, incisos 5º y 6º. (v) Cláusula 17. (vi) Inciso tercero de la Cláusula 30. (vii) Anexo “A”, numeral 4º en la parte que dice *“hasta la fecha de la terminación”*. (viii) Anexo “C”, numeral 5º. (ix) Anexo “F” de numerales 4º y 5º. (x) Cláusula 5.3.

12. Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante, por concepto de la prestación establecida en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, la suma de mil doscientos noventa y un millones setecientos ochenta mil pesos (\$1.291.780.000) moneda corriente, sin perjuicio de la compensación de que trata el numeral 26 de esta misma parte resolutive.

13. Condenar a Comcel S.A. a pagar a favor de la Convocante los intereses moratorios causados sobre la suma dineraria a que se refiere el numeral

inmediatamente anterior, los cuales ascienden a la fecha del laudo a la suma de seiscientos treinta y cinco millones seiscientos tres mil pesos (\$635.603.000) moneda corriente, sin perjuicio de la compensación de que trata el numeral 26 de esta misma parte resolutive.

14. Negar las demás pretensiones de la demanda principal.

15. Declarar que el 30 de octubre de 2009 Comcel S.A. y Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, celebraron un acuerdo de pago por la suma de quinientos doce millones ochocientos veinte mil pesos (\$512.820.000) a cargo de la segunda, pagaderos en 18 cuotas mensuales.

16. Declarar que Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, incumplió el acuerdo de pago celebrado el día 30 de octubre de 2009, pues no pagó todas las cuotas establecidas en el numeral segundo del mencionado acuerdo.

17. Declarar que en cumplimiento de la cláusula décima del acuerdo de pago mencionado, y también de conformidad con la cláusula 7.28 del contrato del 14 de agosto de 2001, Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, debía mantener al día su cartera corriente con Comcel, respecto de los bienes y servicios adquiridos por la Convocante.

18. Declarar que Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, incumplió la cláusula décima del acuerdo de pago y la cláusula 7.28 del contrato sub iúdice, por cuanto no mantuvo al día la cartera corriente con Comcel S.A.

19. Declarar que en la cláusula 31 del contrato sub iúdice, las partes acordaron que los saldos insolutos a la terminación del mismo serían pagados por Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, dentro de los 15 días siguientes a tal evento.

20. Declarar que por causa del Acuerdo de Pago del 30 de octubre de 2009, a la terminación del contrato había un saldo insoluto a cargo de Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, por valor de ciento veintitrés

millones cuatrocientos veinticinco mil ciento ochenta y un pesos (\$123.425.181) moneda corriente y que a la fecha del dictamen tal saldo ascendía a la suma de ciento un millones cuarenta y nueve mil setecientos sesenta y seis pesos (\$101.049.766) moneda corriente.

21. Declarar que por causa de la cartera corriente, al 30 de noviembre de 2010 el saldo adeudado por este concepto a cargo de Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, ascendía a doscientos veintitrés y tres millones setecientos sesenta mil pesos (\$223.760.000) moneda corriente, que a la fecha de terminación del contrato el 15 de diciembre de dicho año, no se encontraba cancelado.

22. Declarar que Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, incumplió el contrato suscrito el día 14 de agosto de 2001, en cuanto violó la cláusula 31 del mismo, pues no dio cumplimiento al término de quince (15) días a partir de la fecha de terminación del contrato, establecido para el pago de los créditos, prestaciones o deudas a favor de Comcel S.A.

23. Declarar que hasta la fecha de este laudo Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, no ha pagado a Comcel S.A. los saldos insolutos a su favor que existían a la terminación del contrato.

24. Condenar a Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, al pago de la suma de cuatrocientos ochenta y cinco millones setecientos diecinueve mil cuatrocientos veinticinco pesos (\$485.719.425) moneda corriente que adeuda a Comcel S.A. con motivo de los incumplimientos de las obligaciones vinculadas con el Acuerdo de Pago del 30 de octubre de 2009 y con la cartera vencida, incluidos los intereses de mora causados, sin perjuicio de la compensación de que trata el numeral 26 de esta misma parte resolutive.

25. Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención.

26. Acceder a la compensación solicitada por la Convocada y, en consecuencia, condenar a Comcel S.A. a pagar a Ever Green Communication S.A., hoy en liquidación judicial, la suma de mil cuatrocientos cuarenta y un

millones seiscientos sesenta y tres mil quinientos setenta y cinco pesos (\$1.441.663.575) moneda corriente, que corresponde al saldo derivado de aquella.

27. Condenar a Comcel S.A. a pagar a Ever Green Communications S.A., hoy en liquidación judicial, la suma de veintiséis millones quinientos mil pesos (\$26.500.000) moneda corriente, por concepto de costas.

28. Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

29. Disponer la devolución del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Notifíquese y cúmplase,

MARCO GERARDO MONROY CABRA

Árbitro Presidente

MANUEL URUETA AYOLA

Árbitro

JORGE LARA URBANEJA

Arbitro

ROBERTO AGUILAR DÍAZ

Secretario