

LA FACULTAD DE MODIFICACIÓN UNILATERAL EN LOS CONTRATOS DE DISTRIBUCIÓN DE ACUERDO CON LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

Monografía de Grado

Diana María Guerrero Castro

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario

Facultad de Jurisprudencia.

Bogotá

junio de 2010

CONTENIDO

INTRODUCCIÓN.....	8
CAPÍTULO 1 : EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN.....	12
1.1. La buena fe y la libertad contractual	12
1.2. La autonomía negocial	13
1.3. Evolución de la autonomía	14
1.4. El principio de legalidad y los límites a la autonomía	18
1.5. Atipicidad contractual y los principios del derecho	20
1.6. La interpretación en los contratos atípicos	21
CAPÍTULO 2 : EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN	24
2.1. El origen de la intermediación	24
2.2. Los contratos de colaboración empresarial.....	25
2.3. El contrato de distribución como modalidad de intermediación y colaboración	26
2.4. La agencia comercial y el contrato de distribución.....	29
2.5. El contrato de distribución y el suministro con distribución	32
2.6. Aspectos generales del contrato de distribución.....	34
2.7. Elementos del contrato de distribución.....	37
2.8. Contenido del contrato de distribución	38
CAPÍTULO 3 : LA CLÁUSULA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL Y LA BUENA FE	41
3.1. La buena fe en la formación del contrato	41
3.2. La modificación unilateral y la teoría de los actos propios	42
3.3. La modificación unilateral y las cláusulas abusivas	44
3.4. La buena fe como criterio de interpretación de las cláusulas de modificación unilateral.....	47
CAPÍTULO 4 : CLÁUSULA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL EN EL DERECHO PÚBLICO	49
CAPÍTULO 5 : CLÁUSULA DE MODIFICACION UNILATERAL Y SU APLICACIÓN EN LA	
JURISPRUDENCIA ARBITRAL	53
5.1. Laudo entre COMCELULARES F.M. LTDA. (parte convocante) y COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (parte convocada)	53
5.2. Laudo entre CONCELULARES (parte convocante) y COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (parte convocada)	65
CAPÍTULO 6 : CONCLUSIONES.....	71
BIBLIOGRAFÍA.....	75

JUAN PABLO CARDENAS MEJIA
Abogado

AVENIDA CALLE 72 No. 6 - 30 PISO 11
BOGOTÁ D. C.
COLOMBIA

PBX: 5432808

Bogotá D.C, abril 30 de 2010

Doctor
FRANCISCO BERNATE
Coordinador Trabajos de Grado
Facultad de Jurisprudencia
Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario
Ciudad.



Ref.: Remisión Monografía de Grado.

Muy apreciado Doctor Bernate:

Por medio de la presente me permito remitir la Monografía de grado de la alumna DIANA MARÍA GUERRERO CASTRO, titulada "**La Facultad de modificación unilateral en los Contratos de Distribución de acuerdo con la Jurisprudencia arbitral**", la cual encuentro ajustada a los lineamientos de la Universidad.

Sin otro particular.

Cordialmente,



JUAN PABLO CARDENAS MEJIA.

10
349 p

FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
ACTA DE SUSTENTACIÓN DE MONOGRAFÍA DE GRADO
PREGRADO

FECHA 11 de junio de 2010

HORA DE INICIO 2:45 pm

ESTUDIANTE (S) Diana María Guerrero Castro

CÉDULA (S) 53061057

DIRECTOR Doctor Juan Pablo Cárdenas Mejía

SEGUNDO EVALUADOR Doctor Juan Jacobo Calderón Villegas

TÍTULO DE LA MONOGRAFÍA "Facultad de Modificación Unilateral en los Contratos de Distribución de acuerdo con la Jurisprudencia Arbitral"

PREGUNTAS

1. ¿La aceptación de la justicia arbitral de los cláusulas de modificación implica que la diferencia entre contratos de D. público y D. Privado tiende a desaparecer?

2. ¿La aceptación de este tipo de cláusulas depende en principio de la asimetría de las partes?

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SRA. DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
SECRETARÍA ACADÉMICA



Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co

UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

PREGUNTAS

3. De los hechos arbitrados citados, se deduce si son cláusulas muy funcionales en contratos de larga duración, ¿podrían aceptarse en contratos que no tengan esa naturaleza?

4. ¿En concreto que significa que el concepto de buena fe sea limitante de esas cláusulas? ¿qué debe entender el juez en esos casos?

5. En algunos de los hechos parece que el tribunal dubita en la decisión ¿tiene alguna duda de que exista la voluntad de la justicia arbitral de aceptar estas cláusulas?

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SRA. DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
SECRETARIA ACADEMICA

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

RESULTADO DE LA SUSTENTACIÓN

REPROBADA _____

APROBADA X

APROBADA CON MENCIÓN ESPECIAL _____

APROBADA CON SUGERENCIA DE PUBLICACIÓN _____

HORA DE FINALIZACIÓN 3:20

FIRMAS

DIRECTOR

[Signature]

SEGUNDO EVALUADOR

Juan J Calderon

SECRETARIO ACADÉMICO

[Signature]

COLEGIO MAYOR DE NUESTRA SRA. DEL ROSARIO
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA
SECRETARIA ACADÉMICA

Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario - 1653

Calle 14 No. 6-25 - Teléfono: (571) 297 0200 - Telefax: (571) 281 8583
Bogotá D.C., Colombia - www.urosario.edu.co



UNIVERSIDAD DEL ROSARIO

RESUMEN

Este trabajo tiene por objeto estudiar cómo las partes pueden pactar cláusulas de modificación unilateral en los contratos de distribución, puesto que dicha facultad se encuentra fundamentada en el ejercicio de la autonomía de la voluntad, por medio del cual las partes pueden elegir la manera y la figura mediante la cual van a desarrollar sus relaciones. Sin embargo, dicha facultad no es absoluta y tiene un límite en el orden público y las buenas costumbres.

Particularmente en el contrato de distribución, por ser atípico, esta facultad presenta mayor relevancia pues al analizar sus elementos esenciales, no se puede acudir a la ley, sino que se debe acudir a la costumbre y a la práctica mercantil. Para analizar e interpretar la facultad de modificación unilateral, los tribunales arbitrales parten del principio de buena fe, a través del cual se analiza si el ejercicio de dicha facultad es abusivo, pues se ha establecido que este tipo de cláusulas no son en sí mismas abusivas.

El análisis trazado se realiza de acuerdo con el del principio de la buena fe en las diferentes etapas de la negociación, debiendo estar presente a su vez durante toda la negociación y posteriormente durante su ejecución. Así, entonces, los árbitros analizan si la cláusula de modificación unilateral fue pactada, es decir que se revisa la validez de la misma y, en segundo lugar, se analiza si el ejercicio de la cláusula fue abusivo, es decir si conllevó a un abuso del derecho o a un abuso de la posición dominante en el contrato.

INTRODUCCIÓN

Colombia como Estado Social de Derecho, tiene como uno de sus pilares la libertad, por lo que eleva dicho principio a constitucional, es así como el artículo 13 de la Constitución, establece que todas las personas nacen libres e iguales ante la ley.

Libertad que está desarrollada, entre otros, en los artículos 14, 16 y 333 de la Constitución Política, mediante el reconocimiento de la personalidad jurídica, el libre desarrollo de la personalidad y la libre iniciativa privada.

La libertad reconocida por principio a los particulares respecto de sus intereses, en relación con la celebración del acto, implica que el particular es libre para decidir si lo celebra o no, si lo celebra mediante una actividad personal o por medio de otra persona, así como a la determinación del contenido del acto y a que el mismo no pertenezca a tipos dotados de disciplina legal (P. Rescigno, 1978, citado en Hinestrosa, 1986, p. 14).

Esa libertad se desprende de diversos textos constitucionales y se evidencia en el Código Civil Colombiano, que inspirado en el Código Francés, consagra el principio de la autonomía de la voluntad, dejando claro que la manifestación de consentimiento obliga a los contratantes a aquello que han pactado, siendo la extensión del dogma consensualista y la regla del derecho romano que señala que “*el solus consensus obligat*” (Mosset, 2004, p. 24), por lo que el contrato solo puede ser invalidado por el mutuo consentimiento.

Entonces una vez que el hombre se ha decidido a contratar y ha decidido con quien hacerlo, es igualmente libre para estipular las cláusulas que mas convengan a sus intereses (Ibíd., p. 27).

La fuerza obligatoria del contrato hace que el acuerdo de voluntades deba ser respetado por quienes lo expresaron y por los jueces que lo deben hacer cumplir dentro de los límites del ordenamiento, puesto que solo la voluntad tiene el poder de atar, ligar o vincular a quienes la expresan; es decir que en derecho contractual la voluntad tiene un estatus semejante a la ley en cuanto vincula a los contratantes y, por tanto, es fundamentadora de toda actividad jurídica (Fierro-Méndez, 2007).

Es así como el contrato surge como un acuerdo de voluntades de las partes, quienes haciendo uso de la autonomía de la voluntad, establecen la manera como quieren desarrollar sus relaciones dentro del marco de la Constitución y la ley.

Así mismo, la Constitución consagra, en el capítulo de mecanismo de protección de los derechos, la buena fe, por lo que en su artículo 83 establece la obligación de los particulares de ejercerla en todas sus actuaciones.

Específicamente, el principio constitucional se encuentra también establecido en el artículo 1603 del Código Civil Colombiano que destaca la importancia de la ejecución de los contratos de buena fe. De otro lado, en la legislación mercantil se reconoce la existencia de la buena fe no solamente en la ejecución del contrato sino también en las etapas previas a su celebración, porque es en este momento cuando se materializa el acuerdo de voluntades debiéndose las partes lealtad so pena de indemnizar los perjuicios que se causen tal y como lo dispone el artículo 863 del Código de Comercio.

De lo anterior, se desprende que la exigencia de la buena fe no surge con el contrato como tal, sino desde la negociación que tiene inmersa la intención de las partes y su voluntad de obligarse en un futuro la cual se consolida en el contrato y sus cláusulas, además debe estar presente durante toda la etapa precontractual y posteriormente en su ejecución.

En consecuencia, como lo indica el artículo 871 del Código de Comercio Colombiano, los contratos deben celebrarse, así como ejecutarse de buena fe y obligarán a los contrayentes no solo a lo que en ellos se comprometen sino a todo lo que le corresponda en atención a la naturaleza de los mismos, la costumbre o la equidad.

Pero, ¿cómo conciliar el principio de la libertad con las necesidades del comercio que nos obligan a someternos a contratos en donde la discusión de cláusulas no es posible y en donde simplemente podemos prestar el consentimiento adhiriéndonos a una serie de condiciones que establece una de las partes?

El criterio que establece la jurisprudencia arbitral es la buena fe, mediante la cual se analizan las cláusulas y se decide: *“si dichas cláusulas realmente establecen un desequilibrio inadecuado”* (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 152).

Entre las cláusulas que han ameritado un análisis juicioso de los Tribunales Arbitrales se encuentra la de modificación unilateral; pero, ¿se trata en realidad de una facultad de modificación unilateral o de una renuncia consentida? Aún más, ¿cómo justificar la modificación unilateral en los contratos de distribución cuando dicha potestad se predica exclusivamente del Estado en la contratación estatal?

Finalmente, es de destacar, como lo señala el profesor Juan Pablo Cárdenas (1984, p. 2), que cualquier estudio de alguna figura del derecho mercantil debe tener en cuenta tres aspectos: el papel que desempeña la costumbre mercantil, por tratarse de un derecho de formación consuetudinaria; la tendencia a la unificación de conceptos, y, por último, resaltar que el derecho comercial no es totalmente autónomo e independiente, particularmente en lo que respecta a los contratos y a las obligaciones, por lo que el derecho comercial se refiere a las bases fundamentales del derecho privado y por tanto se realizará una constante referencia a los principios fundamentales del derecho civil y del derecho constitucional presente en cualquier rama del derecho.

De tal manera, la presente monografía tiene por objeto establecer si de acuerdo con la Jurisprudencia arbitral existe una facultad de modificar unilateralmente los contratos de distribución, cómo debe interpretarse desde la óptica de la buena fe y si dicha facultad se pueda ejercer sin menoscabar el principio de libertad, teniendo en cuenta los tres aspectos arriba mencionados.

CAPÍTULO 1 : EL MARCO JURÍDICO DEL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

Previo al desarrollo de esta monografía es oportuno definir los principios que rigen los contratos en general y que son aplicables de manera específica al contrato de distribución y a la modificación unilateral cuyo estudio se pretende en éste trabajo de grado, comenzando por la buena fe y la libertad contractual por ser los pilares en lo que se funda la actividad contractual, siguiendo con la autonomía de la voluntad y sus límites, para concluir con la atipicidad negocial y su interpretación.

1.1. La buena fe y la libertad contractual

La buena fe de las personas es un postulado de las relaciones humanas, fundamentado en la confianza mutua y en la credibilidad de la palabra del otro. Por tal motivo, se estableció como un pilar de la Constitución en el artículo 83, el cual irradia todas las actuaciones que se originan en la celebración, ejecución y terminación de los contratos¹.

Así, en el derecho privado y, particularmente, en el Código de Comercio Colombiano se establece la obligación de las partes de mantener la buena fe durante todas las etapas de su relación. Se habla, entonces, de buena fe en la etapa previa al contrato, durante su celebración y durante la ejecución del mismo.

¹ Se ha discutido si: ¿el fundamento de la buena fe en Colombia, es constitucional o legal?, y si ¿dicho principio es eficaz entre particulares? Llegándose a la conclusión de que el fundamento para hacer operar la buena fe es el Es así como el Código de Comercio Colombiano desarrolla el artículo constitucional, estableciendo el deber de buena fe tanto en el periodo precontractual (artículo 863), así como en la celebración y en su ejecución (artículo 871).

De la buena fe se desprenden ciertas cargas, deberes y derechos para las partes que intervienen en los contratos; entre ellos la lealtad, la buena fe y la colaboración entre las partes tal como lo indica la jurisprudencia arbitral (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 78).

La buena fe se encuentra ligada a la autonomía de la voluntad, en el uso que hacen las partes de dicha facultad para escoger los elementos que regulan su relación contractual. En particular, porque las partes manifiestan su consentimiento de buena fe en la suscripción del contrato, lo cual implica que no pueden ir en contra de sus propios actos y desconocer la naturaleza del mismo después de haberlo ejecutado (Weiner et al., 2009, 30 de abril, p. 67), doctrina que presupone “*la eficacia jurídica de la conducta vinculante, una conducta formada por actos que sean jurídicamente eficaces y válidos – y, por tanto, inimpugnables por la persona afectada por ellos*” (González Pérez, citado en Weiner et al., 2009, 30 de abril).

1.2. La autonomía negocial

En términos del Profesor Fernando Hineirosa, la autonomía es “*el poder de darse a si mismo normas*” (Función, límites..., p. 10). Así mismo, la voluntad es considerada como la: “*Facultad de decidir y ordenar la propia conducta*” (Real Academia Española, 2001).

Ahora bien, esa definición aplicada al ámbito de los contratos implica la posibilidad que tienen las partes de autorregular su relaciones jurídico-negociales; en efecto, sin la voluntad y el ejercicio de la misma las partes verían imposible la concreción de la libertad contractual y crear relaciones fundadas en la buena fe.

1.3. Evolución de la autonomía

Algunos doctrinantes² ubican el origen del principio de la autonomía de la voluntad en el derecho romano; pues aunque no estaba constituido como doctrina general, el Corpus Iuris Civilis, incluyó el contrato como fuente de las obligaciones, convirtiéndose tiempo después en la piedra angular del derecho privado moderno.

Por su parte, el profesor Christian Larroumet (1993, p. 85) sostiene que fueron los canonistas, seguidos por la escuela del derecho natural, los primeros en exponer este principio.

En igual sentido, indican Alex Weill y François Terré, en sus estudios de derecho civil y obligaciones, que los primeros aportes del origen de la teoría de la voluntad provienen del derecho canónico, señalando que contrario al derecho romano, el cual no admitía en principio mas que los contratos formalistas, los canonistas consideraban el contrato desde el ángulo de la moral habiendo insistido en que el acto de voluntad, así no tuviera las formas exigidas, por sí solo era suficiente para producir la obligación jurídica (2009, 30 de abril, p. 54). He aquí la importancia del consentimiento y la conciencia de los contratantes de obligarse a lo que han dicho. Pues de allí procede el desarrollo de los vicios del consentimiento, la lesión y el enriquecimiento sin justa causa, así como el surgimiento de la teoría de la causa en los contratos.

Igual opinión tiene Claro Solar sobre la importancia que tuvo el derecho canónico en la formación de la teoría de la autonomía de la voluntad, quien afirma que el principio “tiene sus fuentes lejanas en el derecho canónico que ha buscado como implantar profundamente en la conciencia humana el respeto a la palabra empeñada” (citado en Fierro-Mendez, 2007, p. 9).

² Hacen parte del grupo de doctrinantes que sostienen esta teoría: El profesor argentino Marcelo Carlos Cuaglia, los colombianos Fernando Cancino y Eliodoro Fierro Méndez y el Francés Eugene Petit. Ver: Rafael Enrique Fierro-Méndez (2007, pp. 7 y ss.).

Por otra parte, un sector de la doctrina (Weill & Terré, 1980, p. 54) sostiene que la autonomía de la voluntad proviene del derecho inherente al hombre, comúnmente denominado derecho natural, en el que la autonomía se concebía como absoluta e ilimitada.

A partir del siglo XVI el fundamento de la autonomía cambia; entonces, la idea de derecho divino se sustituye con las libertades naturales del hombre, constituyendo la libertad el fundamento y objeto del derecho.

Según lo afirma Abelardo Torr , con respecto a la escuela del derecho natural de los Siglos XVII y XVIII, lo justo es lo que est  de acuerdo con la naturaleza humana, en lo que esta tiene de universal y permanente. En ella se incluían principios inmutables de justicia, tales como los pactos deben cumplirse y el que causa un daño a otro debe indemnizarlo (Torr , 1981, p. 427).

Con la expresión *Pacta Sunt Servanda*, que se traduce como lo pactado debe ser ley para las partes, se genera el primer reconocimiento que se hace de la autonomía de la voluntad como fuente de derecho.

A su vez, otra parte de la doctrina ubica el nacimiento de la autonomía de la voluntad en la Revolución Francesa, donde el individualismo se manifiesta en su máxima expresión, así los individuos son libres de hacer todo aquello que no contrarie el orden público ni las buenas costumbres.

Otro punto esencial de la Revolución es la igualdad, lo cual hace que ningún hombre, excepto el Estado, pueda imponer su voluntad sobre otro.

El Estado basa su existencia en la voluntad del hombre, que es por lo demás fuente de ley. Es así como el Estado depende de la voluntad depositada del hombre, mientras que la autonomía de la voluntad sólo es válida "*en tanto se encuentre reconocida por el ordenamiento jurídico estatal*" (Ballesteros, 1999, p. 17).

Tiempo después, durante el liberalismo, el Estado dejaba a la libertad del mercado (ley de oferta y demanda), la regulación de la autonomía de la voluntad, donde la única posibilidad de limitarla era por motivos de interés general.

Posteriormente, con la intervención del Estado en la economía (Estado paternalista o interventor), la autonomía de la voluntad se ve limitada por medio del orden público económico como una barrera contra los desastres ocasionados en el liberalismo.

En efecto la concepción voluntarista estuvo presente desde la edad media, pero fue sólo a partir de la escuela histórica del derecho en el siglo XIX que se decantaron los conceptos de autonomía privada y negocio jurídico, además de entenderse que la libertad y la autonomía contractuales eran principios políticos invulnerables (Villa Rosas, 2002, p. 58). “La voluntad sería entonces la fuente motriz y el factor esencial que determinaría la formación, modificación, extinción y efectos de todo acto jurídico, estableciendo además la inspiración que debería seguir el juez para interpretarlo” (Ibíd.).

La crisis del voluntarismo y la creciente intervención estatal en las relaciones de los particulares reafirmaron la necesidad de garantizar el imperio de la ley sobre las relaciones particulares; por lo cual el valor de toda convención radicaba en la norma legal que la reconoce y protege y, por tanto, no es la voluntad misma la que produce efectos obligatorios sino su declaración dada dentro de los límites preestablecidos.

Así, en época contemporánea se entiende que es la disposición de intereses la que le da origen y contenido al negocio jurídico, mientras que el ordenamiento le corresponde su calificación y otorgamiento de eficacia jurídica (Ibíd., p. 59).

Hoy el fundamento a la autonomía privada tiene una base constitucional contemplada en el artículo 16 que consagra el libre desarrollo de la personalidad como derecho fundamental de cualquier ciudadano, así como el reconocimiento a la personalidad jurídica de todo colombiano, al igual que a la libre iniciativa privada y libertad económica consagradas en los artículos 14 y 333 respectivamente de la Constitución Política. Por lo que la autonomía privada supone hoy la disposición de los intereses particulares, pero bajo las directrices trazadas por el Estado con respeto de los principios constitucionales contemplados en nuestra Constitución Política.

En efecto, como lo ha señalado la jurisprudencia constitucional el alcance contemporáneo de la autonomía de la voluntad “supone la existencia de un *poder dispositivo* de regulación, pero sometido a la intervención normativa del Estado, de suerte que, lejos de entrañar un poder absoluto e ilimitado de regulación de los intereses de los particulares, como era lo propio del liberalismo individualista, se encuentra sometido a la realización de la función social de la propiedad privada y de las libertades básicas de la economía de mercado” (M.P. Escobar Gil, 2003, pp. 52-53).

Es por ello que el ejercicio de la autonomía “se manifiesta de la siguiente manera: (i) En la existencia de una libertad para contratar o no, siempre que dicha decisión no se convierta en un abuso de la posición dominante o en una práctica restrictiva de la competencia; (ii) En el logro o consecución no sólo del interés particular sino también del interés público o bienestar común; (iii) En el control a la producción de efectos jurídicos o económicos, con el propósito de evitar el abuso de los derechos; (iv) En el papel del juez consistente en velar por la efectiva protección de los derechos de las partes, sin atenerse exclusivamente a la intención de los contratantes y; (v) A la sujeción de la autonomía de la voluntad a los parámetros éticos de la buena fe” (Ibíd., p. 53).

Como lo advierte Hiestrosa (Función, límites..., p. 13), una de las expresiones más notorias de la libertad contractual está en la libertad de escoger la figura negocial y determinar cuál será su contenido, qué conlleva a la selección de una categoría negocial o a la creación de una nueva que implica el conocimiento, la individualización y la escogencia de unos determinados efectos finales.

Esta libertad es utilizada en la concepción del contrato atípico de distribución estudiado en esta monografía, de allí la importancia de su mención y del análisis de la autonomía privada y la buena fe en todas las etapas precontractuales y contractuales.

1.4. El principio de legalidad y los límites a la autonomía

De acuerdo con el profesor José Antonio Ballesteros Garrido la autonomía de la voluntad, “consiste en la posibilidad de que los individuos puedan dictar normas, como expresión de esa libertad para autorregular sus relaciones privadas, normas que el Estado asumirá como propias, concediéndolas un vigor semejante al de la ley y por cuya eficacia velará con idéntico rigor” (1999, p. 17).

De acuerdo con lo anterior, consideramos que para desarrollar el tema aquí buscado (Contratación Privada), la definición sobre la cual nos enfocaremos será en esta última, ya que denota los siguientes elementos clave para el entendimiento y desarrollo de una postura clara de los límites que dicha autonomía contiene:

1. Autorregulación.
2. Relaciones Privadas.
3. Equiparación de dichas normas auto dictadas con las normas dictadas por un Estado.

No obstante la indiscutible existencia de la autonomía de la voluntad, el ordenamiento colombiano ha considerado necesario reconocer la existencia de dicha libertad de configuración y establecer sus límites.

La autonomía se deriva del principio constitucional de libertad como la potestad que tienen los particulares de hacer todo aquello que no se encuentre prohibido por la Constitución y la ley. En particular, en materia contractual el legislador ha buscado regular las relaciones negociales a través de la tipificación y la consagración de normas imperativas cuya concertación no está en manos de los particulares.

A su vez la doctrina mayoritaria ha considerado que la autonomía de la voluntad no es absoluta y que encuentra su límite más importante en el orden público (Feldstein, 1995, p. 76), considerado como un: *“Conjunto de normas tendientes a salvaguardar la seguridad, la estabilidad, la paz, la salubridad y en general, el interés comunitario y el bien común”* (Monroy Cabra, 1999, p. 271).

El orden público consiste en una serie de normas que son inherentes a cada ordenamiento y que no pueden ser derogadas por acuerdo entre los particulares; esto es conocido como **orden publico interno** y, para nuestro caso específico, el Código Civil Colombiano en el artículo 16 establece que: *“No podrán derogarse por convenios particulares las leyes, los actos de cuya observancia están interesados el orden y las buenas costumbres”*. De otro lado existe el orden público internacional que “hace relación a la inaplicación de las normas extranjeras que siendo originariamente aplicables, pudieran vulnerar los principios fundamentales del ordenamiento jurídico del foro” (Ibíd., p. 273). El orden público, por lo tanto, se encuentra por encima de la voluntad de las partes y está compuesto por una serie de disposiciones de mayor jerarquía que hacen posible la convivencia en las relaciones entre los particulares y que a su vez los limitan.

1.5. Atipicidad contractual y los principios del derecho

La praxis comercial tiene una dinámica que va más rápido que el desarrollo legislativo, existiendo un sinnúmero de contratos atípicos, que surgen como una respuesta frente a la avance de la tecnología al creciente comercio y a la imposibilidad de codificación.

Por lo que “los particulares dentro de los límites propios para la disposición de sus intereses, pueden celebrar contratos cuyo contenido no tenga regulación o disciplina en la legislación, en síntesis pueden llevar a cabo contratos atípicos” (Villa Rosas, 2002, p. 60).

Ya desde el desarrollo comercial medieval, se impuso la búsqueda de mecanismos más flexibles que los que establecía la tradición romanística dejando de lado la clasificación de contratos innominados del derecho justinianeo³, lo que facilitó el proceso para darle una valoración distinta al concepto de la voluntad y por tanto a la formación y estructura del contrato.

Ha reconocido la jurisprudencia arbitral que: “la atipicidad tiende a ser la nota distintiva de la contratación mercantil moderna, por la misma creatividad de los empresarios al momento de satisfacer sus necesidades y en virtud de la libertad de configuración que el ordenamiento jurídico les confiere a través del postulado de la autonomía de la voluntad privada o de autodeterminación” (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 82).

³ Indica Gonzalo Villa, que el derecho justinianeo clasifica los contratos innominados en contraposición a las figuras contractuales nombradas por las fuentes clásicas, así según el digesto 19, 5,5. Los contratos innominados se clasifican en cuatro categorías: *Do ut des*, *Do ut facias*, *facias ut des* y *facio ut facias*. Para mayor desarrollo puede consultarse a Gonzalo Villa Rosas (2002).

Es ahí donde la posibilidad de suscribir contratos atípicos gracias al postulado de la autonomía de la voluntad se materializa como la posibilidad de llenar un vacío normativo, como sucede en el contrato de distribución que no por ser atípico escapa a los principios de buena fe, autonomía y a las normas de orden público. Lo anterior se explica en tanto que son principios fundamentales que permiten la convivencia y que fueron creados para regular las relaciones entre los particulares.

1.6. La interpretación en los contratos atípicos

La importancia de la hermenéutica en esta monografía proviene del estudio en concreto de un contrato de naturaleza atípica como quedó arriba mencionado, es por ello determinante definir el marco normativo que ha de prevalecer para interpretarlo y definir como se regulan las conductas que deben desplegar las partes para satisfacer las prestaciones a su cargo (Ibíd., p. 35).

Además, “integrar las lagunas que surgen de deficiencias en la redacción de estipulaciones contractuales o como consecuencia de no haber contemplado hipótesis o situaciones de hecho, porque resultaba impensable que ellas se presentaran o porque las partes desde un inicio confiaron en que no se verían abocadas a una situación semejante” (Ibíd.).

El estudio de la hermenéutica tiene como propósito precisar la voluntad de las partes y determinar su común intención sin limitarse al sentido literal de las palabras lo que llevaría a una común intención objetivizada en el acuerdo (Bianca, 1998, 2007, p. 388), y solo en el evento en que ésta no pueda ser establecida deberá acudirse a criterios de interpretación objetiva, dirigidos a la conservación del contrato y a la interpretación en contra del predisponente.

En particular, los contratos atípicos requieren también de una interpretación. En primer lugar, debe revisarse el contenido contractual y en él, la común intención de las partes, siempre que sus cláusulas no sean contrarias a las normas imperativas. En segundo lugar, deben interpretarse con fundamento en las costumbres mercantiles y en caso de vacíos, haciendo uso de la analogía, se aplicaría la normatividad de los contratos típicos afines.

Sobre esto último vale recordar que existen contratos atípicos puros cuyo contenido es extraño a cualquier otra definición negocial establecida en la ley. Así como los contratos mixtos o complejos que resultan de la mezcla de varios tipos contractuales reconocidos por el legislador o que mezclan elementos de contratos típicos, estos últimos conocidos como contratos atípicos impropios, perteneciendo el contrato de distribución a ésta clasificación.

Adicionalmente, se indica que los contratos atípicos en general encuentran mayores dificultades en su interpretación “de un lado, la de precisar su admisión y validez, habida cuenta que es necesario establecer que su función económico–social se encuentra conforme con los principios ético-jurídicos rectores del ordenamiento; y, de otro, la de establecer las reglas jurídicas que los disciplinan” (Monroy Torres, 2006, 14 de dic., p. 86). Así, solo una vez superado estos inconvenientes se aplican en general las reglas de interpretación mencionadas en el texto precedente.

En efecto, como lo ha señalado la jurisprudencia arbitral (Jaramillo Schloss et al., 2008, 30 de oct., p. 47), los métodos de interpretación a aplicar a los contratos y, en específico, al contrato de distribución son tres:

1. **La verificación:** que consiste en analizar el significado realmente relevante de lo que acordaron las partes, identificando los elementos esenciales del contrato, es decir buscando la común intención de las partes.
2. **La calificación jurídica:** en donde se identifica el contrato celebrado mediante la comparación de sus elementos esenciales con los contratos tipificados en la ley.

3. **La Integración:** “En esta última se busca completar un todo con las partes que le faltan. Es la etapa del proceso interpretativo en la cual fuentes ajenas a la voluntad de los co-contratantes entran a ser parte del reglamento que los vincula. Estas fuentes son usualmente formas legales que entran a hacer parte del contrato celebrado, bien sea por vía subsidiaria o de manera imperativa” (Ibíd., p. 47).

En todo caso es oportuno recordar que la integración va mas allá de la interpretación pues ésta última simplemente busca el sentido del contrato, mientras que la primera tiene como fin completarlo como un todo.

El anterior proceso Interpretativo se encuentra consagrado en los artículos 1618 y siguientes del Código Civil, en lo que respecta a la verificación y los artículos 1501 del Código, 1 y siguientes y 822 del Código de Comercio para la etapa de calificación e integración. Concluidas estas etapas se establece la calificación jurídica del contrato vinculante para las partes que en él intervinieron (Ibíd., p. 49).

En conclusión el marco normativo de esta monografía dirigida al estudio del contrato de distribución y la modificación unilateral del mismo está compuesto por la revisión de la autonomía de las partes, el respeto de las normas de orden público, la aplicación de las reglas de interpretación de los contratos atípicos y la buena fe.

CAPÍTULO 2 : EL CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN

2.1. El origen de la intermediación

A lo largo de la historia la regla general en el desarrollo del comercio era el contacto directo entre quien producía o prestaba el servicio y su usuario o cliente y la participación de terceros como intermediarios constituía una excepción; sin embargo, fenómenos como la contratación en masa, el aumento de los mercados, de la oferta, de la demanda y la especialización de las actividades comerciales terminaron por llevar a establecer mecanismos eficientes para la distribución de bienes y servicios (Bonivento, 1999, p. 3), agilizando el tráfico jurídico.

Es claro que “el incremento cada vez mayor de las relaciones económicas no solo en el interior de los Estados, sino entre los diferentes miembros de la comunidad internacional, ha dado lugar a que el derecho comercial adquiriera mayor importancia” (Cárdenas, 1984, p. 1).

Con el paso del tiempo se produjo en el comercio la necesidad no solamente de producir bienes y servicios para venderlos sino de una persona especializada que se encargara de hacer las labores de intermediación; es así como esta persona ya no producía los bienes, sino se encargaba de promocionar o explotar los negocios de otro.

Fue el desarrollo industrial y la velocidad de las comunicaciones las que hicieron necesarias la creación de nuevas figuras que sirvieran de auxiliares del comercio (Ibíd., p. 5). Se trataba, entonces, de personas cuya única labor sería poner en contacto a dos personas (como ocurre en el corretaje) o bien ampliar, o recuperar, una determinada clientela (lo que se conoce como contrato de agencia) y cuyo actuar no le generaba un beneficio propio sino que ocasionaba una ganancia al empresario; sin duda se trataba de una tarea especializada.

De este modo quedó demostrado que “el empresario ya no podía asumir directamente todos los negocios que se relacionaban con su actividad y requería una persona que se dedicara de manera permanente y estable a promover sus negocios en otras plazas” (Ibíd.).

Por lo que el solo hecho de la intermediación se trataba del desarrollo de una actividad comercial que debe ser desarrollada por un profesional del comercio, pues si la práctica exige profesionalidad del comerciante, aún más de quienes profesionalmente se dedican a celebrar actos de comercio en interés de los comerciantes principales (Ibíd., p. 4).

El papel de los intermediarios es velar por los intereses del empresario, este rol ha tenido una significativa trascendencia en el derecho mercantil y, específicamente, en lo relacionado con el desarrollo legislativo de los contratos de intermediación, es así como el legislador reconoce la situación y busca proteger tanto los intereses del intermediario como del empresario.

2.2. Los contratos de colaboración empresarial

Hoy se distinguen en el tráfico mercantil los contratos de colaboración empresarial, los cuales no son otros que la evolución de esas formas primitivas de intermediación que pretenden la circulación de los bienes y servicios del empresario, relacionados ya con la producción y el consumo, con una particularidad adicional: buscan un objetivo común, lo cual implica un deber recíproco de colaboración que de ninguna manera menoscaba la independencia y autonomía de los empresarios involucrados en la cooperación (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 75).

Por tal motivo, el mayor interés lo tiene el fabricante que cumple una labor de supervisión y control definiendo los lineamientos, así como las políticas que seguirá el colaborador contratista, existiendo una confianza recíproca que se afianza al establecer la relación comercial al nutrirse de uno de los postulados del principio de la buena fe: el deber de colaboración recíproco entre las partes, que inclusive puede llegar a proyectarse después de terminado el contrato (Ibíd., p 77).

Esa confianza mutua le agrega el carácter de contrato *intuitu personae*, pues la confianza se basa en determinadas cualidades del distribuidor, tal y como lo indica la doctrina española: *“La cooperación exige una confianza mutua entre las partes que se basará en unas determinadas cualidades del distribuidor (morales, profesionales, técnicas, económicas, etc.). De este modo a mayor integración, mayor relevancia intuitu personae. No obstante, en estos contratos este elemento no tiene consecuencias jurídicas especialmente relevantes salvo que ello sea pactado a través de cláusulas, como la prohibición de cesión del contrato, la prohibición de subcontratación y la posibilidad de resolver el contrato si dejan de existir determinadas cualidades de las partes”* (Pellise, 1999, p. 45 citado en Monroy Torres et al, 2006, 14 de dic., p. 77).

2.3. El contrato de distribución como modalidad de intermediación y colaboración

Es oportuno resaltar que de acuerdo con la jurisprudencia arbitral (Jaramillo et al., 2006, 1 de dic., p. 69), el término distribución tiene dos acepciones, en la primera de ella y más genérica se entiende por sistemas de distribución como aquellos mecanismos que utilizan los fabricantes para llevar a cabo la comercialización de bienes y servicios.

De otro lado en su segunda acepción y en su sentido restringido, se entiende por contratos de distribución todas esas modalidades en que se produce la comercialización, que tienen la finalidad de permitir “*al proveedor, fabricante, importador o dispensador de servicios, colocar su producción mediante la cooperación estable con organizaciones empresariales independientes pero ligadas contractualmente a su actividad e incluso en esta última integradas*” (Ibíd., p. 70).

En la actualidad existen una gran serie de contratos que se abarcan dentro de los contratos de intermediación y colaboración entre ellos se encuentran: distribución, agencia, comisión y corretaje, entre otros.

A su vez, la agencia comercial contempla dentro de su definición la distribución, pero ésta debe entenderse en sentido estricto o restringido; es decir que cuando el artículo 1317 del Código de Comercio Colombiano establece la posibilidad del agente de actuar como distribuidor, se está haciendo referencia en general a los contratos de intermediación, valga decir aquellos por los cuales se lleva un bien o servicio a los consumidores.

Dentro de las modalidades de intermediación y la reciente clasificación de contratos de colaboración, aparece la distribución como tipo contractual definido como aquel contrato por medio del cual una persona que se denomina distribuidor adquiere productos a su propia cuenta y riesgo para comercializarlos, obteniendo como remuneración la diferencia entre la adquisición y la venta.

Una de las notas relevantes de la distribución es su atipicidad, pues se trata de un contrato no regulado en la ley civil o mercantil, pero que se practica en forma reiterada por el conglomerado social y que, por lo tanto, en esos usos tienen una función identificable e incluso una regulación (Arrubla, 1998, p. 28).

Es esa atipicidad la que permite a las partes en principio regular libremente su contrato. Esta facultad proviene del postulado de la autonomía de la voluntad que se deriva en Derecho Mercantil colombiano del artículo 4 del Código de Comercio, según el cual Los convenios entre particulares tienen plena validez y sólo están sometidos a las normas de carácter imperativo.

Es esa autonomía de la voluntad lo que permite definir el contenido del contrato, las reglas para su ejecución y terminación respetando en todo caso el orden público; es así como la autonomía de la voluntad no es absoluta y tiene como límite las normas imperativas. El mutuo acuerdo para la definición del clausulado es fundamento de las facultades otorgadas a una de las partes.

Se destaca, también, la estabilidad que implica el contrato de distribución, pues se persigue el aumento de la fidelidad de la clientela y la remuneración por los esfuerzos hechos por el distribuidor por dichas gestiones. Lo anterior dado que si el contacto con la clientela es esporádico o si este servicio puede ser prestado por otro intermediario no habría esfuerzo de captación y por ende no sería coherente pagar una remuneración por esta actividad.

Las partes que intervienen en el contrato de distribución se denominan **distribuidor o intermediario**, cuya función es la comercialización en el mercado, por cuenta y riesgo propio de los bienes o servicios de un tercero, el cual se conoce como **distribuido, productor o fabricante**.

2.4. La agencia comercial y el contrato de distribución

Es importante hacer un análisis de las figuras contractuales de agencia comercial y la distribución previo al estudio de la facultad de modificación unilateral, pues se trata de una controversia permanente que ha sido estudiada por la Jurisprudencia Arbitral, particularmente en el sector de las comunicaciones y que tiene incidencia en la aplicación de la facultad mencionada.

La agencia comercial como el contrato de distribución parten de la actividad de intermediación, teniendo en cuenta que ambos buscan satisfacer *“la necesidad de distribución en el proceso de comercialización de productos por parte de empresarios”* (Holguín Neira & Pombo Abogados, sep. de 2008); no obstante lo anterior advierten la Jurisprudencia Arbitral y la Corte Suprema de Justicia que existen diferencias sustanciales entre el contrato de agencia comercial y el contrato de distribución.

La primera y más evidente de ellas es que mientras la agencia comercial es un contrato típico en la legislación colombiana, regulado en los artículos 1317 a 1335 del Código de Comercio, el contrato de distribución es clasificado como atípico por no existir normatividad alguna que regule sus elementos esenciales, naturales y accidentales.

La segunda diferencia parte de la naturaleza de los contratos; por consiguiente en la agencia comercial el agente explota los negocios por cuenta ajena, en tanto que el distribuidor realiza los negocios por cuenta y riesgo propio. La anterior diferencia determina los efectos jurídicos diversos que se aplican a los negocios que ellos realicen, de tal forma que mientras el distribuidor no debe trasladar dichos efectos al fabricante, el agente sí debe trasladar a la orbita patrimonial del empresario los efectos jurídicos de los actos por él ejecutados.

En efecto, en el contrato de agencia comercial “el agente de manera independiente, estable y remunerada realiza la labor por cuenta del agenciado, lo cual significa que las consecuencias jurídicas, los efectos jurídicos de los actos ejecutados por el agente, así no sea representante del empresario se trasladan o deben trasladarse a la órbita patrimonial del empresario, quien es el llamado a asumir los riesgos” (Ibíd., p. 2).

Se trata de una de las formas específicas del mandato mercantil como lo señala la jurisprudencia arbitral (Luna Bisbal et al., 2007, 23 de febrero), pues de conformidad con el artículo 1262 del Código de Comercio, la gestión del mandatario se lleva a cabo por cuenta del mandante.

Contrario a lo anterior en el contrato atípico de distribución, el distribuidor es quien “asume las consecuencias de la celebración de los negocios, siendo suyos los riesgos de los bienes objeto de distribución, suya la cartera y suyos los beneficios tales como las ventajas de los aumentos de los precios” (Holguín Neira & Pombo, sep. de 2008, p. 3).

La Corte Suprema de Justicia en fallo de 2 de diciembre de 1980, precisó en igual sentido la diferencia señalando que: “Quien distribuye artículos que ha adquirido en propiedad, no obstante que fueron fabricados por otro, al realizar su venta en una determinada zona, no ejecuta actividad de agente de comercio, sino de simple vendedor o distribuidor de productos propios”.

Y concluye, “la diferencia es bien clara: El distribuidor que actúa como agente comercial en nada lo benefician o perjudican las alzas o bajas que puedan sufrir los productos que promueve, como quiera que la propiedad de éstos en ningún momento del proceso de mercadeo pasa a ser suya, sino que del dominio del fabricante o empresario pasa al de la clientela sin que la gente tenga que adquirirlos. Por el contrario, cuando el distribuidor ha adquirido para sí los productos que promueve, resulta claro que un aumento en los precios de venta después que sean suyos los beneficia directamente, de la misma manera que lo perjudicaría una baja en las mismas circunstancias. El agente comercial, que distribuye, coloca en el mercado productos ajenos, no propios” (M.P. Giraldo Zuluaga, 1980, Sentencia de 2 de dic).

Por lo que los demás argumentos relativos a la remuneración, riesgos asumidos, instrucciones y poderes giran alrededor de este tema central: el encargo de una gestión por parte del empresario al agente, el cual resulta medular para establecer si hay o no agencia, pues este elemento le es inherente a la agencia comercial, como arquetípica operación de intermediación (M.P. Jaramillo Jaramillo, 2006, 16 de marzo).

La tercera diferencia se deriva de los elementos esenciales de estos contratos, pues mientras en el contrato de agencia mercantil se encuentra la obligación de cancelar la cesantía comercial y la indemnización de perjuicios en caso de terminación unilateral del contrato, en el contrato de distribución estos elementos son ajenos, el cual naturalmente no contempla dichas obligaciones, toda vez que, por tratarse de elementos esenciales de la agencia, desnaturalizarían el contrato de distribución.

Finalmente, es oportuno precisar que la exclusividad no es elemento que nos permita diferenciar la agencia comercial de la distribución, toda vez que la misma puede estar o no presente en estas figuras sin que se afecte su esencia.

Así mismo, se debe precisar que una de las tareas que puede cumplir el agente es de distribución, pero para que se trate de un contrato de agencia mercantil debe encargarse el agente de promocionar y explotar los negocios del empresario de manera permanente en un determinado ramo y zona lo cual supone continuidad y excluye la realización de encargos esporádicos.

2.5. El contrato de distribución y el suministro con distribución

Aunque para algunos los contratos de distribución encajan dentro del contrato de suministro, para otros el contrato de distribución es distinto pues realmente su función va mucho más allá de un contrato simple de suministro. Lo anterior implica que el contrato de distribución es atípico.

El contrato de suministro y el contrato de distribución hacen parte de los sistemas de distribución en sentido amplio, pero gozan de elementos diferenciadores. Para establecer las diferencias entre el contrato de distribución y suministro se debe partir del análisis de sus elementos esenciales, esto es capacidad, consentimiento, objeto y causa.

El Código de Comercio Colombiano define el contrato de suministro en su artículo 968 como “el contrato por el cual una parte se obliga, a cambio de una contraprestación, a cumplir a favor de otra, en forma independiente prestaciones periódicas o continuadas de cosas o servicios”.

De lo anterior definición tenemos que los elementos esenciales del contrato de suministro son.

- Prestaciones periódicas
- Remuneración

- Independencia por parte del suministrador.

Con respecto al objeto del contrato, el cual consiste en el caso del contrato de suministro en prestaciones periódicas, se trata de una necesidad de un bien o servicio que debe ser cubierta de manera permanente en el tiempo, mientras que en el contrato de distribución existe una necesidad de generar un aumento en el mercado, fidelizando al cliente.

Lo anterior no quiere decir que en el contrato de suministro no pueda pactarse la obligación de generar un aumento en el mercado, solo que no es de la esencia del contrato de suministro esta actividad.

El segundo elemento es la remuneración o retribución, que en el caso del contrato de suministro solamente la recibe el suministrador y consiste en el precio que tengan los bienes o servicios en el mercado, mientras que en el contrato de distribución, el distribuidor paga al proveedor el costo de sus bienes, pero recibiendo una ganancia que consiste en la diferencia obtenida por el distribuidor en la reventa de los bienes, la cual se entiende como la remuneración de su labor.

En lo relacionado con la causa del contrato, la cual no sobra decirlo al igual que el objeto de cualquier contrato debe ser lícita, en el contrato de suministro consiste en la necesidad permanente de un bien o servicio que necesita ser suplida periódicamente, mientras que en el contrato de distribución la causa y fin económico del contrato es aumentar la clientela por parte del proveedor y el interés económico del distribuidor, pues se busca que los bienes lleguen tanto a comerciantes, como a consumidores.

Lo dicho no obsta para que las partes del contrato de suministro establezcan que los bienes o productos sean revendidos, pero esto no obedece a la práctica regular.

En un primer momento⁴, en el contrato de suministro se establecía la posibilidad de que los bienes o servicios suministrados fueran revendidos, lo que dio origen al contrato de distribución, el cual por sí mismo implica la reventa de bienes y el aumento de la clientela, cuestión que no sucede en el contrato de suministro en donde debe ser pactado.

Adicionalmente, es oportuno indicar que en el contrato de suministro existen una serie de condiciones para cumplir la prestación y para terminar el contrato, establecidas en la ley mercantil colombiana, mientras que en el contrato de distribución debido a su naturaleza atípica se debe acudir a los criterios de interpretación, integración y analogía como regla de interpretación para llenar dichos vacíos.

2.6. Aspectos generales del contrato de distribución

Como se mencionó, el contrato de distribución es un contrato atípico, por lo que su contenido varía según el acuerdo de voluntades al que lleguen las partes pero se mantienen unos caracteres generales del contrato que lo permiten distinguir de otros tipos contractuales.

⁴ El inciso tercero del artículo 975 del Código de Comercio, derogado por el artículo 33 de la Ley 256 de 1996, establecía que: *“El que recibe el suministro en calidad de distribuidor asume la obligación de promover, en la zona que se designe, la venta de mercancías o servicios de los cuales tiene la exclusividad y responde de los perjuicios, en caso de incumplimiento de tal obligación, aunque haya cumplido el contrato en la cuantía mínima fijada”*. De lo que se observa que, en vigencia de esa norma, el adquirente de los bienes objeto del contrato de suministro podía asumir el carácter de distribuidor de la mercancía adquirida, con la obligación de promover la venta siempre que se pactara la cláusula de exclusividad.

Existen dos empresas independientes unidas por un vínculo de cooperación que implica el acercamiento y difusión de productos en el mercado. Se resalta que también puede consistir en personas naturales pero estos intermediarios deben ser independientes del empresario, ya que como lo indica la jurisprudencia arbitral *“los intermediarios son personas físicas o jurídicas titulares de una organización empresarial propia que, a cambio de recibir una compensación económica que no siempre tiene carácter remuneratorio, realizan funciones de comercialización con independencia del empresario principal al servicio de cuyo interés actúan y con quien, por lo tanto, mantienen una relación estable y duradera en el tiempo (...)”* [Jaramillo et al., 2006, 1 de dic., p. 73].

De lo anterior se sigue que aunque puede ser desarrollado por personas naturales, lo que no puede existir es una relación de subordinación entre el empresario y el intermediario, creándose un vínculo laboral, pues se estaría atentando contra la esencia de esta figura que le permite al distribuidor a cuenta y riesgo propio realizar sus actividades. Sin embargo, se destaca que la mayor parte de distribuidores son empresas y no personas naturales. El distribuidor actúa en nombre y riesgo propio, por lo que no es un representante del distribuido, dado que la intermediación del distribuidor, desvincula a quien vende los bienes de aquellos que los adquieren, salvo los derechos del consumidor⁵.

La relación contractual se caracteriza por una permanencia en el tiempo, con una estabilidad jurídica que busca el aumento de la clientela por parte distribuidor para cumplir con la función económica del contrato y a su vez de acuerdo con el deber de colaboración para colocar en el mercado la producción de una empresa cuando ella no puede o no quiere hacerlo por sí misma (Romero Pérez, La Relación..., p. 4).

⁵ <http://www.mercadotendencias.com/contrato-de-distribucion/>

Aunque la estabilidad no necesariamente se identifica con una larga duración de la relación contractual, sino con “periodos de retorno para el intermediario de las inversiones efectuadas para la captación de la clientela y para contribuir al posicionamiento de la marca distintiva de los productos o servicios del empresario” (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 78). Por tanto el distribuidor no es un mero “revendedor” ya que está unido a la empresa suministradora por unas lazos más o menos estrechos, necesarios para que se de la efectiva colaboración empresarial que se busca.

Se encarga, entonces, no solo de la promoción y organización de la distribución en el territorio asignado, sino que posee una posición privilegiada dentro del mismo, pues en la mayoría de los casos el distribuidor le confiere el derecho exclusivo de sus productos, lo que implica que la colaboración no puede ser episódica, sino estable creando vínculos estrechos entre las partes que llevan al distribuidor a abstenerse de comercializar productos de la competencia (Manzanares, Artículos Doctrinales...). En todo caso, pertenece a la órbita de la autonomía de las partes definir si el contrato tiene o no una cláusula de exclusividad.

Implica la obligación irrestricta de una de la partes de penetrar una zona determinada del mercado, al igual que a distribuir los bienes y servicios de la empresa productora (Romero Pérez, La Relación..., p. 4).

Para que el contrato desarrolle esta obligación se requiere la configuración de una planificación comercial, “a través de cláusulas que establecen precios unitarios, régimen de mercados, programas de publicidad, obligatoriedad de tener establecimiento abierto, stock de una determinada cantidad de mercaderías, etc.”⁶. Se trata de un contrato oneroso que contempla como remuneración la diferencia de precios entre la adquisición y la reventa.

⁶ <http://www.mercadotendencias.com/contrato-de-distribucion/>

Puede implicar la constitución de una cadena en la distribución, del productor a distribuidor mayorista, y del distribuidor mayorista a uno minorista y de este último al consumidor o cliente⁷.

Todo lo expuesto nos lleva a definir los elementos del contrato de distribución como: el objeto, la causa, y el consentimiento.

2.7. Elementos del contrato de distribución

Objeto

Como lo dispone el artículo 1517 del Código Civil Colombiano: “Toda declaración de voluntad debe tener una o más cosas, que se trata de dar, hacer o no hacer”.

Es así como el contrato de distribución tiene por objeto prestaciones de hacer consistentes en la comercialización de productos o servicios que el distribuidor adquiere del productor en un mercado determinado para ampliar los negocios del empresario, para lo cual se requiere la colaboración especializada del distribuidor y prestaciones de dar consistentes en pagar el precio de los bienes que se distribuyen.

Causa

La causa de todo contrato es el “*fin inmediato y concreto que impulsa a las partes a contratar*” (Romero Pérez, La Relación..., p. 5), es el motivo que induce al acto o contrato como lo advierte la legislación civil y que en los contratos de naturaleza mercantil se identifica con su función económica, para el caso en concreto del contrato de distribución su fin es comercializar los productos para aumentar la fidelidad de la clientela.

⁷ *Ibíd.*, página 4.

Consentimiento

Las partes deben expresar libremente su intención de contratar, libre de error, fuerza o dolo, consentimiento que se observa en la negociación del contenido del contrato o, como sucede en los contratos de adhesión, en la aceptación o rechazo de las cláusulas contractuales.

Aquí se destaca que si bien existen contratos de distribución donde se negocian las cláusulas, la mayoría de ellos responden a contratos de adhesión, en los que el distribuidor firma el formulario ya predispuesto.

2.8. Contenido del contrato de distribución

No obstante la atipicidad del contrato de distribución, existen obligaciones y derechos de las partes reconocidos en la práctica comercial que se incluyen generalmente en el contenido contractual, ellos son:

- **Obligaciones y derechos del distribuido, fabricante o productor⁸:**

Entregar los bienes al distribuidor en la cantidad, tiempo y forma previsto, o a pedido del distribuidor, dependiendo de lo pactado.

No realizar por sí o por terceros operaciones en la zona del distribuidor y evitar que otros terceros las realicen. En todo caso todo ello dependerá de si se ha pactado la exclusividad.

1. Entregar un producto idóneo.
2. Informar al distribuidor la variación de los precios.

⁸ <http://www.mercadotendencias.com/contrato-de-distribucion/>

3. Definir las modalidades de comercialización y la publicidad respectiva.

- **Obligaciones y derechos del distribuidor⁹:**

1. Pagar al distribuidor los bienes adquiridos dentro del plazo y manera acordada.
2. Lograr el posicionamiento de la marca, la obtención y mantenimiento de la clientela y, en general, la colocación del bien en el mercado por medio de la adecuación de su estructura física y administrativa.
3. No faltar con su obligación de exclusividad en caso de haber sido pactada, lo que se traduce en:
 4. No adquirir de personas diferentes al fabricante los bienes producidos por el distribuidor.
 5. No salirse de la zona de exclusividad para incursionar en nuevas zonas.
 6. No realizar ventas o promociones fuera de la zona de exclusividad.
 7. No vender productos que se encuentren en competencia con aquellos fabricados por el distribuidor.
 8. Permitir el control por parte del fabricante¹⁰.
 9. Mantener la disponibilidad de productos del distribuidor.
10. Cumplir con las demás obligaciones establecidas en el contrato.

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ El control por parte del fabricante sobre la actividad del distribuidor, puede verse en controles sobre la publicidad que se haga de los productos, los márgenes que fijan el precio del producto para la venta al consumidor, la infraestructura que debe tener el local, entre otros.

En adición al establecimiento de los derechos y obligaciones generales arriba mencionados se contempla en las cláusulas contractuales algunas facultades para la variación unilateral de algunas condiciones inicialmente pactadas, como sucede en los contratos de distribución de servicios celulares, donde se autoriza a operadores celulares a establecer unilateralmente las cuotas mínimas de distribución, o las zonas y políticas de mercadeo para el distribuidor. Facultades que se estudiarán en el siguiente capítulo, de acuerdo con la buena fe y la jurisprudencia arbitral.

CAPÍTULO 3 : LA CLÁUSULA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL Y LA BUENA FE

3.1. La buena fe en la formación del contrato

“Durante el desarrollo de las negociaciones y durante la formación del contrato las partes se deben comportar según la buena fe. La buena fe aparece aquí como regla de conducta, es decir buena fe en sentido objetivo” (Bianca, 2007, p. 182).

La buena fe se formula entonces como un criterio general de comportamiento de las partes inclusive desde esta etapa de negociación, que exige no solamente el veto de una conducta deshonesta sino que también tiene una exigencia positiva, prestando al contratante todo aquello que ella exige, como deberes de diligencia, cooperación, etc. (Diez Picazo, 1963, p. 139).

Es en esta etapa donde la buena fe asume en particular el carácter de un deber de información de una parte respecto de la otra, pues cada una de ellas tiene el deber de informar las circunstancias que sean desconocidas para la otra y que puedan resultar determinantes para la prestación de su consentimiento, esto es aquellas por las cuales la otra parte si las hubiese conocido no habría contratado o habría contratado bajo condiciones diversas (Galvano, 1992, p. 461).

Buena fe que debe estar presente tanto en la elaboración conjunta del contenido de las cláusulas contractuales como en la elaboración de formularios que servirán de base para los contratos de adhesión, particularmente en aquellas cláusulas que facultan a modificar las condiciones iniciales del contrato durante el transcurso de la ejecución o su terminación unilateral, por llevar implícita una renuncia consentida de los derechos de su contratante. Principio que debe respetarse aún más en el caso de los contratos de adhesión en donde se presenta una condición de desequilibrio existiendo una parte débil, es decir el adherente.

3.2. La modificación unilateral y la teoría de los actos propios

Como lo establece el Código Civil Colombiano y en general los principios generales del derecho, todo contrato legalmente celebrado es ley para los contratantes, por lo que no puede ser invalidado o modificado sino por su consentimiento mutuo o por las causas que establezca el ordenamiento jurídico.

Así las cosas, para que exista la facultad de modificación unilateral en los contratos privados debe haber una autorización previa de las partes que se materialice en la inclusión de una cláusula expresa que contenga la manifestación clara e inequívoca de la facultad que se está autorizando, sin que ello implique la variación del objeto pues ha de advertirse que si las partes cambian el objeto, el efecto de dicha alteración no es otro que la sustitución de una obligación por otra, es decir una novación por cambio de objeto (Hinestrosa, 2007, p. 539).

A lo que se suma el hecho de que la libertad negocial en la legislación colombiana tiene ciertos límites: “El artículo 1522 del Código Civil prohíbe la condonación del dolo futuro y la culpa grave, la cual se asimila al dolo, según el artículo 63 del mismo código. Esta limitación afecta directamente el primer elemento de la responsabilidad, el incumplimiento de una obligación e indirectamente a otro componente de ella cual es el daño indemnizable” (Laudo Arbitral de CBM Celular S.A. contra Comcel, citado en Weiner et al., 2009, 30 de abril, p. 138).

Al suscribir el contrato, y en particular aquel que contiene unas condiciones generales preestablecidas, se acepta que existe una igualdad formal manifestada en la simple posibilidad de consentir la celebración del contrato, *“lo cual no oculta ni elimina la desigualdad de hecho que hay entre ellos; y también se reconoce que en virtud de diversas circunstancias de desigualdad real y hasta de estado de necesidad, puede resultar comprometida la libertad de quien contrata sujeto total o parcialmente a condiciones generales”* (Pinzón Sánchez, 2007, p. 223).

Sin embargo ha señalado el profesor Pinzón Sánchez que: “La consideración de un desequilibrio en la situación de hecho de las partes en el momento de contratar es totalmente irrelevante para los códigos tradicionales, diseñados a partir de supuestos de la igualdad y libertad de los ciudadanos contratantes (...)”[Ibíd., p. 222].

Entonces, cuando cada una de las partes manifiesta su consentimiento sobre un contenido contractual debe atenerse a lo allí establecido, pues no sería adecuado desprenderse de su voluntad inicial so pretexto de librarse de los compromisos adquiridos.

Dichos compromisos adquiridos deben cumplirse al tenor de la obligación como lo establece el artículo 1627 del Código Civil Colombiano, integrado con las disposiciones legales, la costumbre y la equidad, por lo que el acreedor no puede ser obligado a recibir otra cosa diferente a lo que se le debe, ni el deudor obligado a hacer algo distinto a lo pactado.

Además la obligación de respetar los compromisos adquiridos surge de la confianza suscitada por los actos que impone una coherencia lógica del comportamiento del contratista, no debe tratarse de una confianza en *aparentia iuris*. Igualmente dicho respeto determina el valor de la conducta en la ejecución del contrato. Evidentemente el creador de esa apariencia jurídica está obligado en principio por la buena fe a permitir que terceros que confiaron en ella la utilicen en la ejecución del contrato por lo que no puede ni destruirla, ni pretender su ineficacia (Diez Picazo, 1963, p. 142).

Por ello es relevante el principio de la buena fe y la conciencia de renuncia de ciertos derechos en la autorización de modificaciones unilaterales pues como lo señala la doctrina “*a nadie le es lícito volver contra sus propios actos*” (Monroy Torres, 2006, 14 de dic., p. 131), y en caso de hacerlo estaría violando la buena fe, pues “*el hecho de que una persona trate, en una determinada situación jurídica, de obtener la victoria en un litigio, poniéndose en contradicción con su conducta anterior, constituye un proceder injusto y falta de lealtad*” (Diez Picazo, 1963, p. 143).

Sea oportuno recordar que para analizar la procedencia de la teoría de los actos propios es necesario que se presenten las siguientes circunstancias como lo indica el doctrinante Díez Picazo:

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

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

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

“4. Que en ambos momentos, conducta anterior y pretensión posterior, exista una absoluta identidad de sujetos” (Ibíd., pp. 193-194).

Aspectos ampliamente aplicados en la jurisprudencia arbitral para el análisis de las cláusulas de modificación unilateral y el posterior rechazo del comportamiento de alguno de los contratantes con fundamento en dicha cláusula; puesto que no es otro que un caso de *venire contra factum proprium*, por tratarse de unas mismas partes cuyo comportamiento debe basarse en el contrato como conducta anterior cuyas comportamientos posteriores son incompatibles con el contrato inicial.

3.3. La modificación unilateral y las cláusulas abusivas

La tendencia de la contratación moderna ha llevado a que los negocios se realicen a través de condiciones generales preestablecidas, diseñando formularios que permitan al empresario racionalizar sus costos de operación.

De esta tendencia no es ajeno el contrato de distribución, por lo que los grandes empresarios en las últimas décadas han uniformado el contenido contractual, sometiendo a sus futuros contratistas al dilema de la aceptación o no de esas condiciones.

La existencia de esas condiciones generales pone en duda la autonomía contractual, pero no por ello se puede dudar que no sean contratos como lo advierte Díez Picazo (1996, p. 31), *“el contrato puede quedar formado cuando dadas las condiciones en que han sido emitidas las declaraciones de voluntad de las partes, la buena fe exige que el contrato se encuentre formado”* (Ibíd., p. 34).

En muchas ocasiones “el contenido contractual se forma con criterios distintos de aquellos sobre los que las partes quisieron vincularse, de manera que, en este punto el principio de buena fe posee un gran margen de actuación: Un contrato debe presentar aquel contenido que las partes según la confianza razonable, podían esperar que tal contrato tuviera” (Ibíd.).

El problema ocurre cuando en la redacción de las condiciones generales se incluyen cláusulas que tienden al detrimento del adherente, como cuando se atribuyen al predisponente, facultades exorbitantes como la modificación unilateral.

Se ha entendido que estamos en presencia de cláusulas abusivas cuando se trata de estipulaciones que producen una desproporción significativa e injustificada de las obligaciones entre las partes, lo cual implica la violación de la buena fe a que están obligados los contratantes, entonces se trata de proteger a la parte débil que se limitó a aceptar el texto predispuesto del ejercicio abusivo del derecho de contratar (Jaramillo Schloss, 2008, 30 de oct., p. 68).

Es allí donde debe estudiarse si existe el desequilibrio que no se justifica a la luz de la buena fe y, por consiguiente, se trata de una cláusula abusiva cuya aplicación deba desconocerse por el juzgador en el caso de una controversia, dejando eficaz el resto del contrato, o si por el contrario no existió abuso contractual debiéndose aplicar la cláusula en discusión.

La jurisprudencia arbitral en materia de contratos de distribución ha señalado que es preciso hacer un “análisis de cada una de las cláusulas acusadas de conllevar un abuso del derecho o que puedan estar afectadas por otros vicios, con la finalidad de determinar cuáles son válidas o eficaces o cuáles son inválidas o ineficaces” (Ibíd., p. 78). A raíz de esto se procederá a hacer un estudio detenido de tres casos analizados por tribunales arbitrales con el fin de establecer en que casos las modificaciones unilaterales implican el abuso por parte de uno de los contratantes.

Análisis que parte de la aplicación del mandato constitucional del artículo 83 para evitar cualquier abuso que haga una persona de su posición dominante en una situación jurídica determinada y la revisión de la renuncia tácita, que hace el contratante en los términos del artículo 15 del Código Civil, el cual establece: *“podrán renunciarse los derechos conferidos por las leyes y con tal de que solo miren al interés individual del renunciante, y que no esté prohibida la renuncia”* (se subraya fuera del texto).

El Código Civil Colombiano contempla en el artículo 1602 que el contrato es ley para las partes y establece como derecho de cualquier contratante que el acuerdo de voluntades solo puede ser modificado con el consentimiento mutuo de las partes.

Esto se conoce como la fuerza obligatoria del contrato; por lo que, si las partes alteran esta regla, por medio de la autorización a una de las partes a modificar el contrato sin contar con un consentimiento posterior, se genera una renuncia tácita a esa facultad otorgada por la ley, lo que conllevaría a un aparente desequilibrio contractual y permitiría un posible abuso de las facultades negociales.

Indica la jurisprudencia arbitral que: “No todo desequilibrio contractual, en consecuencia, implica abuso del derecho, abuso de la posición dominante, sino que los que presentan las características que se acaban de señalar, luego para precisar si las cláusulas desequilibradas implican o no los mencionados abusos, además de su consideración en abstracto, se requiere como se indicó, estudiarlas en concreto, vale decir, tomando en cuenta los factores como condiciones individuales y profesionales de los contratantes, el tipo de negocios de que se trata, y las características del mercado donde se van a desarrollar las actividades y otros que no es del caso detallar” (Jaramillo et al., 2006, 1 de dic., p. 90).

De lo anterior se desprende que la sola predisposición del contrato de distribución con algunas cláusulas desequilibradas no es por sí solo un indicio definitivo del cual se infiera que está dirigida a perjudicar a los distribuidores (Ibíd., p. 91).

Así mismo debe distinguirse la cláusula que es en sí misma abusiva de las cláusulas cuyas prerrogativas son ejercidas de manera abusiva, pues sus efectos son diferentes, mientras la primera puede carecer de validez o eficacia por ser abiertamente abusiva por vulnerar la buena fe y el justo equilibrio de las prestaciones recíprocas, la segunda conlleva la sanción de quien ejerce el poder de manera abusiva.

3.4. La buena fe como criterio de interpretación de las cláusulas de modificación unilateral

El deber general de buena fe tiene la función de colmar las inevitables lagunas de las cláusulas y de servir como criterio de interpretación de las mismas en caso de no poder descifrar la común intención de las partes contratantes, es por ello que *“al juez, en concreto, le corresponde establecer aquello que no es conforme a la buena fe o que es contrario a ella”* (Galvano, 1992, p. 454).

La ley por más analítica que sea no puede prever todas las situaciones posibles ni todos los abusos que las partes puedan cometer y la falta de norma legal no puede ser el sustento que permita el desbordamiento de las facultades contractuales derivadas de la autonomía de la voluntad sin una consecuencia jurídica que sancione ese comportamiento.

Así pues, la buena fe objetiva exige una actuación recta y honrada fundada en la adecuación de la conducta al principio que inspire y fundamente el vínculo negocial (Laguado, 2003, p. 15). Lo cual permite determinar el alcance que pueden tener las cláusulas de modificación unilateral. En el fondo dichas cláusulas buscan que el contrato diseñado por las partes pueda ajustarse a las variantes condiciones que se presentan en la realidad, por lo que es claro que su ejercicio no se ajusta a la buena fe, cuando a través de ella se busca alterar radicalmente el esquema diseñado por los contratantes en beneficio de uno de ellos y en detrimento del otro.

Así mismo, es posible pactar la cláusula de modificación unilateral siempre y cuando sea ejercida de buena fe, debido a que si se desconoce este principio se estaría configurando un comportamiento abusivo por parte del predisponente, causando un detrimento a la parte que se somete a las condiciones generales.

A continuación se procederá a revisar los casos de la jurisprudencia arbitral sobre cláusulas de modificación unilateral donde se aplica este criterio de interpretación.

CAPÍTULO 4 : CLÁUSULA DE MODIFICACIÓN UNILATERAL EN EL DERECHO PÚBLICO

En los contratos estatales la nota característica es la prevalencia del interés general, de esta manera se establecen una serie de prerrogativas a favor de la administración que le permiten, al igual que en los contratos privados, la modificación unilateral.

Dichas prerrogativas son denominadas cláusulas excepcionales al derecho común y se encuentran enumeradas en el artículo 14, numeral 2 de la ley 80 de 1993, el cual establece dentro de medios de las entidades estatales para el cumplimiento del objeto contractual, la posibilidad de pactar cláusulas de terminación, interpretación, modificación, de sometimiento a las leyes nacionales, de caducidad y de reversión.

La primera diferencia que surge entonces es que, mientras en el derecho privado el acuerdo de modificación unilateral surge bien del contrato o de la intención de las partes como expresión de la autonomía de la voluntad, en la contratación estatal, la administración no requiere del consentimiento, pues, “en efecto, la teoría del acto administrativo se construye a partir del poder particular de la administración de definir una situación jurídica creadora de derechos y obligaciones para terceros (los administrados) sin obtener previamente su acuerdo” (Benavides, 2004, p. 365).

Así las cosas, dichas cláusulas se entienden incluidas, de acuerdo con el artículo 14 de la ley 80 de 1993, en los contratos que tengan por objeto el ejercicio de una actividad que constituya monopolio estatal, la prestación de servicios públicos o la concesión de bienes o servicios del Estado, así como en los contratos de obra, sean o no pactadas expresamente dentro del contrato.

La segunda diferencia parte de la relación de las cláusulas excepcionales al derecho común, con el servicio público, pues es “a través de la celebración y ejecución de los contratos que las partes deben buscar el cumplimiento de los fines estatales y la continua y eficiente prestación de los servicios públicos” (Ibíd., 373).

La facultad de modificación unilateral específicamente, se encuentra establecida en el artículo 16 de la Ley 80 de 1993, en donde se señalan las condiciones para ejercerla, ya que “el régimen de exorbitancia no se aplica de manera generalizada o global al contrato, sino sólo que ello sea estrictamente necesario” (Ibíd.) siendo una facultad reglada.

Dentro de las condiciones para ejercerla se encuentran de acuerdo con el profesor Lamprea (p. 337):

1. Que el contrato se halle en etapa de ejecución.
2. Que haya un riesgo inminente de paralización de la ejecución del contrato o afectación grave del servicio público que se satisface con él.
3. Que la única vía para precaver tales riesgos es introduciendo variaciones al contrato.
4. Que las partes no hayan llegado a un acuerdo en las condiciones de la modificación y las nuevas obligaciones del contratista.

En caso de no llegar a un acuerdo con el contratista, la modificación es ejercida por medio de un acto administrativo debidamente motivado “en el cual se plasmaran los motivos que tiene la Administración para modificar el contrato, (...) se procederá a modificar el contrato suprimiendo obras que se habían contratado antes; adicionando obras que no se habían contemplado en el contrato inicial; estableciendo nuevas cantidades de trabajos a ejecutar; determinando los nuevos suministros a adquirir o suprimiendo los que inicialmente se habían solicitado o determinado o suprimiendo servicio” (Franco Gutiérrez, 2000, p. 333).

Contra el acto administrativo que decreta la modificación unilateral, el artículo 14 de la ley 80 de 1993, establece la posibilidad para el contratista de interponer recurso de reposición, el cual luego de decidido en el sentido de confirmar la modificación no tiene recursos, resultando agotada la vía gubernativa

Además de lo anterior el artículo 16 de la ley 80 de 1993, señala la posibilidad del contratista de renunciar a la ejecución del contrato, si las modificaciones alteran el valor del contrato en 20% o más del valor inicial, lo que constituye otro de los límites a la facultad de modificación unilateral por parte de las entidades estatales. En dado caso se procede a la liquidación del contrato, teniendo la entidad la obligación de adoptar las medidas necesarias para garantizar la terminación del objeto del contrato.

La doctrina mayoritaria¹¹ señala que si bien la facultad de modificación unilateral permite hacer variaciones al contrato, estas modificaciones no pueden variar el objeto del mismo, por que en dado caso se estaría frente a un nuevo contrato.

Por último señala el profesor Omar Franco Gutiérrez (Franco Gutiérrez, 2000, pp. 336, 337 y 338), que en la modificación unilateral:

- No pueden modificarse el contrato en las personas que intervienen en él.
- Puede cambiarse o modificarse el valor del contrato hasta un 20%, más allá de este porcentaje el contratista puede desistir del contrato.
- Deben mantenerse las condiciones técnicas para la ejecución del contrato.
- Deben respetarse las ventajas económicas que se hayan otorgado al contratista.
- Debe guardarse el equilibrio financiero del contrato para ambas partes.
- Deben reconocerse al contratista los nuevos costos provenientes de la modificación.

¹¹ Hacen parte del grupo de doctrinantes que sostienen esta teoría: El doctrinante Jorge Pino Ricci y el profesor Juan Ángel Palacio Hincapié, quien señala que “hoy la legislación es amplia en el sentido de permitir la modificación del objeto contratado, pero nunca la modificación puede llegar a remplazar el objeto contratado”. Ver : Juan Ángel Palacio Hincapié (2003, p. 320) y Jorge Pino Ricci (1996, p. 203).

Finalmente hay que destacar la prohibición establecida por parágrafo del artículo 14 de la ley 80 de 1993, que señala los contratos excluidos de la posibilidad de ejercer la facultad de modificación unilateral entre ellos los contratos que se celebren con personas públicas internacionales, o de cooperación ayuda o asistencia, contratos interadministrativos, los de empréstito, de donación, arrendamiento, los que tengan por objeto el desarrollo de actividades científicas y tecnológicas y los contratos de seguro tomados por las entidades estatales.

CAPÍTULO 5 : CLÁUSULA DE MODIFICACION UNILATERAL Y SU APLICACIÓN EN LA JURISPRUDENCIA ARBITRAL

5.1. Laudo entre COMCELULARES F.M. LTDA. (parte convocante) y COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (parte convocada)

Árbitros: MARCELA MONROY TORRES, JORGE EDUARDO NARVÁEZ y JUAN PABLO CÁRDENAS

Análisis del laudo:

Las controversias que analizan se originaron en dos contratos. El denominado “CONTRATO DE DISTRIBUCIÓN – CENTRO DE VENTAS Y SERVICIOS”, que las partes celebraron el 31 de octubre de 1995, y otro celebrado el 20 de enero de 1999.

Una vez analizada la naturaleza jurídica del contrato celebrado entre **COMCELULARES F.M. LTDA., y COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A.**, el Tribunal de Arbitramento pasa a analizar la pretensión del **COMCELULARES** sobre las facultades de modificación unilateral incluidas en el contrato.

MODIFICACIONES SOBRE LAS TARIFAS DE LAS COMISIONES Y LOS PRECIOS DE LOS SERVICIOS OFERTADOS

Al respecto, en el punto 7 del contrato celebrado entre las partes, se señalan los “Deberes y obligaciones del Distribuidor” y allí en 33 numerales se configura un detallado marco de actuación para el “distribuidor”, del cual es necesario destacar, entre otras, las siguientes obligaciones que adquiere **COMCELULARES** (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 97):

“1. Cumplir las políticas, metas y estándares de mercadeo y con las instrucciones de COMCEL. (Num. 7.1)

2. Aplicar las tarifas que unilateralmente sin previo aviso le indique COMCEL para los servicios y productos a que se refiere el contrato. (Núm. 7.3)” (Subrayado fuera del texto).

Estipulaciones que determinaron la forma como debía desarrollarse la relación contractual y la manera como COMCELULARES F.M. debía proceder.

Adicionalmente señala el laudo que “en la cláusula séptima relativa a los deberes y obligaciones de los centros de ventas y servicios se comprometía a un mínimo de ventas mensuales, a participar en las promociones diseñadas por COMCEL para el público, a seguir los planes de ventas y a anunciar sus servicios a través de avisos externos e internos que debía colocar en los locales de que se valiera para el desarrollo de su actividad” (Ibíd., p. 118).

De la misma forma, se precisa en el laudo, “debía ajustarse al manual de identidad corporativa para el manejo de la publicidad y la utilización de logotipos y abstenerse de utilizar material promocional que no fuera aprobado previamente” (Ibíd.).

En relación con la remuneración del centro de ventas y servicios, resulta claro que éstas consistían en comisiones por activación del servicio de telefonía celular, y por residual, vale decir por la utilización o tiempo al aire del respectivo abonado, siempre que cumpliera con un término mínimo de permanencia (Anexo A del contrato). Para el servicio de pospago se reconocían las comisiones de activación y suscripción del contrato de prestación de servicios y, posteriormente, se reconocía también una comisión residual que se calculó sobre la facturación mensual de cada uno de los abonados (Ibíd., p. 119).

Respecto de la facultad de fijar el precio en los productos prepago, el demandante acusó el anexo G del contrato referido a los productos prepago, en el cual se establecía que es prerrogativa de COMCEL modificar en cualquier momento los descuentos que reconoce por el producto prepago (Ibíd., 210).

Sobre este particular se encontró por el tribunal que el anexo G del contrato, dispone:

Anexo G. PLAN DE DESCUENTOS DEL DISTRIBUIDOR POR LA COMPRA Y DISTRIBUCIÓN DEL PRODUCTO PREPAGO AMIGO. Numeral V. DESCUENTOS.

“COMCEL reconocerá al DISTRIBUIDOR los descuentos pactados en este Anexo por la compra de Tarjetas AMIGO de COMCEL. Los descuentos por otros Productos Prepagados no enumerados en la presente Cláusula serán informados oportunamente por COMCEL al Distribuidor quien desde la fecha de la suscripción del presente contrato reconoce y acepta que es prerrogativa de COMCEL definir y modificar en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por venta del Producto Prepagado AMIGO”.

Ahora bien, en relación con dicha estipulación el Tribunal precisó lo siguiente:

“La doctrina tradicional en materia de derecho civil en Colombia y en Francia había sostenido que el objeto de un contrato no puede quedar al arbitrio de una parte (Esmein, 1952, p. 268; Pérez Vives, 1954, p. 253).

De esta manera, la doctrina consideraba que la regla del artículo 1865 del Código Civil en el sentido que ‘No podrá dejarse el precio al arbitrio de uno de los contratantes’, constituía apenas una expresión de un principio general aplicable a todos los contratos. Con base en este razonamiento, la jurisprudencia francesa tradicionalmente anulaba los contratos de larga duración en los cuales se había otorgado a una parte la facultad de fijar el precio.

Sin embargo, tal solución generaba problemas en el desarrollo de las relaciones a largo plazo, en las cuales podía ser muy difícil determinar desde un principio el precio que regiría durante toda la relación¹². Razón por la cual, **después de una evolución a la cual no vale la pena hacer referencia, la Corte de Casación Francesa en cuatro fallos del 1º de diciembre de 1995 abandonó su posición tradicional y concluyó que es posible que el precio en los contratos de aplicación de un contrato marco quede en manos de un contratante, y en tal caso lo que debe verificarse por el juez es que no haya abuso al fijar el precio** (Terré et al., 2005, p. 282). Solución que la doctrina señala es aplicable a otros contratos y en particular a los contratos de distribución” (Negrilla fuera del texto) [Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 210].

Posición que se mantiene también en la contratación internacional, es así como, “los principios de contratación comercial de Unidroit, que buscan establecer las reglas que deben guiar la contratación comercial internacional, disponen en su artículo 5.7, relativo a la determinación del precio, lo siguiente:

- 2) Cuando el precio que debe ser fijado por una parte es manifiestamente irrazonable, será sustituido por un precio razonable no obstante toda estipulación en contrario” (ibíd., p. 211).

De igual manera, “el artículo del 2-305 del Código de Comercio Uniforme de los Estados Unidos establece que cuando el precio debe ser fijado por el vendedor o por el comprador, el mismo debe ser fijado de buena fe.

Una regla semejante se encuentra consagrada por el artículo 305 del Código Civil Alemán el cual establece: “Cuando la prestación debe ser determinada por una de las partes contratantes, debe considerarse en la duda, que esta determinación debe hacerse de manera equitativa”.

¹² Por ello la solución era criticada no sólo por la doctrina francesa sino incluso por la del derecho comparado (Zweigert & Kötz, 2002, p. 404).

Una regla análoga se encuentra en el Código Europeo de Contratos (conocido también como proyecto Gandolfi o proyecto Pavia) en cuyo artículo 31 se dispone que “si la determinación del contenido del contrato se encomienda a una de las partes contratantes o a un tercero, en caso de duda, se considerará que dicha determinación debe hacerse sobre la base de una apreciación equitativa” (Ibíd.).

A lo que se suma que “incluso la legislación de protección al consumidor no es totalmente refractaria al hecho de que una parte tenga algún poder de modificación del contenido contractual. En efecto, la ley 142 de 1994 establece en su artículo 133 entre las cláusulas abusivas “133.13”. Las que confieren a la empresa la facultad de modificar sus obligaciones cuando los motivos para ello sólo tienen en cuenta los intereses de la empresa” (subrayado fuera del texto) [Ibíd.].

A juicio del Tribunal de Arbitramento, “en el derecho colombiano es igualmente posible sostener que no existe una regla general que prohíba convenir en un contrato que va a tener desarrollo a través de otros actos jurídicos, que una de las partes puede determinar el precio aplicable en cada uno de estos actos jurídicos y en tal caso corresponde al juez verificar que dicho poder no se ejerza abusivamente” (subrayado fuera del texto) [Ibíd., p. 212]

Lo anterior, puede observarse en el artículo 969 del Código de Comercio que permite en el suministro que una de las partes determine la cuantía del suministro, dentro de límites máximos o mínimos, o que solicite lo que corresponda a su capacidad de consumo o a sus ordinarias necesidades. Por lo que no es contrario al ordenamiento que el objeto del contrato pueda depender de la voluntad de una de las partes (Ibíd.). Es por ello, que la doctrina ha señalado que la prohibición de las normas civiles de que en la venta el precio sea fijado por una parte, no obedece a una imposibilidad técnica, sino simplemente al propósito del legislador de proteger a las partes (Ghestin, & Desche, 1990), y por tal razón, diversas legislaciones lo autorizan (Monroy Torres et al., 2006, 14 de dic., p. 212).

Ahora bien, dentro del análisis probatorio no se acreditó que el Anexo G haya formado parte del acuerdo de voluntades de las partes, por lo que el Tribunal se abstuvo de hacer un pronunciamiento sobre la invalidez impetrada (Ibíd., p. 213). A lo que se suma que del comportamiento de las partes se observó total aquiescencia por parte de COMCELULARES frente a las comunicaciones que COMCEL le enviaba, en las que solicitaba su aceptación expresa frente a las comisiones correspondientes a los diversos planes de ventas y promociones (Ibíd., p. 233).

Más aún, el Tribunal consideró relevante el hecho de que prácticamente en todas estas comunicaciones, COMCEL le solicitaba a la Convocante aceptar por escrito las comisiones que entraban a modificar o adicionar y frente a estos casos la Convocante jamás hizo cosa diferente de manifestar su aceptación (Ibíd.).

“En general, concluye el Tribunal, a lo largo de la ejecución contractual jamás existió discrepancia alguna por parte de COMCELULARES F.M. respecto de la forma en que COMCEL introducía modificaciones o adiciones al régimen de comisiones contenido en los dos contratos, y particularmente, en los correspondientes anexos A. En efecto, la conducta de COMCELULARES F.M. indica que, en esa época, esta parecía considerar que todos los cambios en el régimen de las comisiones eran normales y estaban comprendidos dentro del giro del negocio de COMCEL” (Ibíd., p. 235).

También, fue relevante para el Tribunal de arbitramento la conducta independiente de la Convocante, pues está claro que llevó a cabo un estudio juicioso del clausulado del segundo contrato, razón por la cual es aun más dicente que, a pesar de haber analizado la minuta del segundo contrato y del Anexo A, no hubiera cuestionado siquiera mínimamente el hecho, ahora alegado como una de las pretensiones principales de su demanda, consistente en el incumplimiento de COMCEL respecto del régimen de comisiones; en efecto, brilla por su ausencia en esta carta de comentarios y observaciones a la minuta del segundo contrato, al menos una observación sobre el hecho de que COMCEL, en el texto proyectado, se reservaba el derecho de imponer planes de ventas y promociones.

Así las cosas señala el Tribunal que esta conducta es consistente con el hecho de que la Convocante aceptó en general las modificaciones que respecto del régimen de las comisiones le presentó regularmente COMCEL, lo cual explica que en ese entonces jamás hubiese formulado reclamos por incumplimientos (Ibíd., p. 242).

MODIFICACIONES RELACIONADAS CON EL NÚMERO DE VENTAS MÍNIMAS Y LAS COMISIONES PACTADAS

En la Cláusula 7ª del contrato celebrado entre COMCELULARES y COMCEL se encuentran las obligaciones y deberes del llamado Centro de Distribución y Servicios, de la cual el Tribunal encontró relevantes los siguientes numerales (Ibíd., p. 268):

Cláusula 7.9: “El centro de Ventas y Servicios se obliga a realizar ventas mínimas mensuales de OCHENTA (80) activaciones. COMCEL se reserva el derecho de modificar periódicamente este número de ventas mínimas mensuales, a su exclusiva discreción, mediante aviso escrito al Centro de Ventas y Servicios con 90 días de anticipación”.

COMCELULARES en su calidad de Convocante, en su alegato de conclusión sostuvo de manera tajante que: “Dentro del contrato que rigió las relaciones entre Comcelulares F.M. y COMCEL, no existe facultad expresa alguna, que le permitiera a esta modificar unilateralmente las condiciones económicas del contrato, en especial en lo que se refiere al pago de comisiones” (Ibíd., p. 269).

Frente a ello la COMCEL como parte Convocada sostuvo que “El clausulado contractual aceptado por COMCEL y COMCELULARES F.M., demuestra que COMCEL dentro de la capacidad que tenía de manejar su propia red de distribución, contaba con la facultad unilateral de fijar las comisiones, modificando sus cuantías e importes. En efecto, la cláusula 7.9.2 del contrato de distribución que las partes celebraron en 1999 que dice:

7.9.2. Las cuotas mínimas de activaciones netas de productos y de servicios que señale COMCEL para planes o programas periódicos, esporádicos o transitorios de promociones de productos y servicios”.

Y más adelante, agrega que:

“El Tribunal advertirá que dentro del nutrido catálogo de disposiciones contractuales cuya invalidez o ineficacia pretende Comcelulares F.M., esta particular cláusula, que no refleja nada distinto que el dirigismo que mantenía Comcel dentro de su propia red de distribución, no fue objeto de ningún ataque. Es decir, la cláusula es válida y eficaz, y su alcance no ha sido objeto de discusión en este trámite. Al rompe, se infiere, entonces, que el dicho de Comcelulares F.M acerca de no existir ninguna disposición que permitiera a Comcel la modificación de la escala de comisiones y sus cuantías, no es cierto. Sí lo podía hacer, porque contractualmente existía pacto en tal sentido. Además, porque Comcel era el líder y dirigente de su propia red de distribución. Y así actuó durante toda la vigencia del contrato” (Ibíd., p. 270).

Estudiadas las cláusulas anteriores correspondientes al primer contrato, el Tribunal encontró lo siguiente:

En el contrato suscrito el 31 de octubre de 1995 no se consagra de manera literal y textual una “facultad expresa” que permitiese a COMCEL “modificar unilateralmente las condiciones económicas del contrato, en especial en lo que se refiere al pago de comisiones”.

El mismo contrato contenía algunas previsiones que, interpretadas de manera sistemática y en conjunto, determinan que sí existía el espacio contractual para que COMCEL introdujese de manera obligatoria planes de ventas y promociones, pero que, en sí mismas, no determinan necesariamente que la imposición de tales planes llevase aparejada una facultad implícita para modificar el mínimo mensual de activaciones.

Obsérvese que la cláusula 7.10 hacía obligatorio para la Convocada la participación de ésta en las promociones que COMCEL ofreciese al público, precisando que deberá hacerlo “observando estrictamente los términos y las condiciones que COMCEL le comunique sobre cada una de las promociones”, lo cual por supuesto demuestra que, en el caso específico de las promociones, la Convocante no sólo estaba obligada a aceptarlas, sino que debía hacerlo observando estrictamente los términos y condiciones que COMCEL fijase para ellas. Sin embargo, a juicio de este Tribunal, ello no necesariamente incluía lo relacionado con el esquema de la remuneración.

El comportamiento de la Convocada indica que ella misma no se conducía como la titular de una indiscutible facultad contractual de modificación de las comisiones, lo cual se hace evidente si se observa que en la mayoría de los casos en que estableció planes de venta y promociones, de manera expresa se dirigió a COMCELULARES F.M. para solicitar su aceptación expresa y escrita de las comisiones que se fijaban para cada uno de dichos planes (subrayado y negrilla fuera del texto).

De otra parte, la cláusula 7.11, por su parte, de modo expreso, consagra para la Convocante la obligación de sujetarse y seguir los planes de ventas que diseñara COMCEL; pero ello, a juicio del tribunal, no implicaba a su turno que esta última estuviese autorizada por una cláusula contractual con el alcance de entregar a COMCEL la capacidad de crear por sí sola determinadas condiciones de remuneración, en función de los diversos planes de ventas y menos de modificar de manera automática lo que se había previsto en el contrato, con su Anexo A.

El Tribunal entiende que aunque resultaría lógico que cada plan de ventas lleve implícito el costo del mismo, sin embargo, contrariamente a lo afirmado en el alegato de conclusión de la Convocada, su comportamiento contractual pone de presente que ésta creía necesario obtener el consentimiento de COMCELULARES F.M. cada vez que le presentaba al mercado un determinado plan de ventas.”(Ibíd., p. 271).

En este sentido, precisa el tribunal “el comportamiento contractual de la Convocante durante el primer contrato, permite concluir que las actuaciones de COMCELULARES F.M., al aceptar expresamente las modificaciones al sistema de comisiones contenido en el Anexo A de este primer contrato, implicaban su consentimiento a la modificación de las condiciones de las comisiones inicialmente establecidas en el contrato y su Anexo A” (negrilla fuera del texto) [Ibíd., p. 272].

En resumen, manifiesta el Tribunal que “el Anexo A del primer contrato contiene un esquema de comisiones que, a juicio del Tribunal, era el que iba a regir; sin embargo, COMCEL logró, caso por caso, que la Convocante aceptase cambios de fondo en el esquema de comisiones, directamente relacionados con la necesidad de introducir nuevos planes de venta o promociones, los cuales si bien podían ser establecidos unilateralmente por COMCEL conforme a las cláusulas 7.10 y 7.11, no tenían la virtualidad de implicar de la misma manera la imposición de modificaciones a las comisiones, lo que por supuesto explica por qué COMCEL siempre solicitó la aceptación expresa de COMCELULARES F.M., frente a cada caso” (Ibíd., p. 273).

Sin embargo, “si realmente hubiese sido claro para COMCEL que poseía la facultad de modificar unilateralmente las comisiones, como se afirma en el alegato de conclusión de la Convocada, ¿qué explicación tiene entonces el hecho de que ésta, motu proprio, solicitara el consentimiento escrito y expreso de la Convocante, cada vez que introducía un plan de ventas al cual le correspondía una comisión diferente de la que se planteaba en el Anexo A?” (Ibíd., p. 272).

Interrogante que absuelve el Tribunal señalado que a su juicio “La conducta de las partes, criterio de interpretación del contrato, confirma que COMCEL no tenía la facultad de modificar las comisiones. En efecto, examinando la actuación de las partes en la práctica, el Tribunal encuentra que, en este tramo de la relación contractual que sostuvieron COMCELULARES F.M. y COMCEL, vale la pena poner de presente una circunstancia que en el período contractual anterior no se hizo evidente. A la luz del material probatorio recabado en este proceso, (...), se encuentran comunicaciones de COMCEL a COMCELULARES F.M. en las que la primera informa expresamente a la segunda, que se han adoptado planes de venta o promociones que expresamente dicen adicionar o modificar el anexo A del contrato suscrito en 1999, para, acto seguido, solicitar la aceptación de la Convocante. (...)” [Ibíd., p. 278].

Conforme a lo anterior, “por la vía de las modificaciones expresamente introducidas por COMCEL y aceptadas por COMCELULARES F.M., esta última aceptó que se adicionaran y cambiaran las condiciones del Anexo A del segundo contrato, de un modo que el Tribunal califica de habitual, al punto de que jamás hubo una sola manifestación de COMCELULARES F.M. oponiéndose a que COMCEL introdujese modificaciones a dicho régimen de comisiones”.

En este orden de ideas, es claro para el Tribunal (Ibíd.) que al igual que en primer contrato, a partir del segundo contrato, la posición de COMCEL en el sentido de introducir modificaciones al Anexo A por la vía descrita arriba y la aceptación de COMCELULARES F.M. a las mismas, seguía siendo el modus operandi formal del contrato y tuvo como verdadero efecto –nuevamente– que el régimen de comisiones pactado en el citado Anexo A, fuese alterado y sustituido por las condiciones de las comisiones que se pagaban en función de los planes de venta que se iban diseñando en la medida de las necesidades del mercado, lo cual fue aceptado por la Convocante, con su firma en cada uno de dichos documentos.

Así las cosas, si bien es claro que este segundo contrato tampoco consagraba una facultad unilateral para fijar el precio o valor de las comisiones, lo cierto es que por la conducta de las dos partes, el régimen inicial de comisiones fue variado y sustituido, con la aceptación expresa de la Convocante, lo cual obviamente hace inocua la reclamación de incumplimiento que alega la Convocante, pues ésta, con su actuación, convalidó la alteración de las comisiones.

Comentarios adicionales:

No obstante lo anterior, y las consideraciones señaladas por el Tribunal, es oportuno señalar que como se vio en la legislación comparada y en la colombiana, la facultad de modificar el precio no es violatoria del ordenamiento jurídico, por lo que si el tribunal hubiese encontrado que el Anexo G hacía parte de la voluntad de las partes, y que no habían comportamientos de las partes que desvirtuaran tal modificación unilateral no la habría invalidado.

Igual ocurre con el Anexo A, pues si del comportamiento de COMCEL y de COMCELULARES se hubiese observado la aceptación y ejecución de la facultad de la modificación unilateral, no se habría considerado el incumplimiento del contrato por haber modificado el contrato sin contar con el consentimiento expreso o tácito de su contraparte.

En este sentido, es claro que no se pactó en el contrato una facultad de modificación unilateral, lo que llevó a su análisis desde la óptica del incumplimiento contractual.

De lo que se concluye, que es válido que en los contratos de distribución se incluyan cláusulas que autoricen a una de las partes a modificar unilateralmente los precios, y en caso de abuso podrá la parte afectada demandarlo para que sea el juez el que revise el caso en concreto. Es así como se pueden pactar dichas cláusulas de modificación unilateral que faculte a una de las partes a modificar unilateralmente el contrato. Como ya se dijo, ese abuso se determina de acuerdo con el principio de la buena fe.

5.2. Laudo entre CONCELULARES (parte convocante) y COMUNICACIÓN CELULAR S.A., COMCEL S.A. (parte convocada)

Árbitros: CARLOS ESTEBAN JARAMILLO SCHLOSS, JUAN PABLO CÁRDENAS MEJÍA y GABRIEL JAIME ARANGO RESTREPO

Análisis del laudo:

Las controversias que se analizan se originaron en desarrollo del contrato que suscribieron COMCEL y CONCELULARES el 17 de marzo de 1999, para el efecto se citaron las cláusulas pertinentes del contrato mencionado.

Respecto de la facultad de modificación unilateral aparentemente incluida en el contrato manifestó **CONCELULARES** dentro de las pretensiones que *“Las modificaciones no fueron previa y libremente discutidos entre las partes, sino por el contrario, impuestas por **COMCEL**, bajo criterios y decisiones que representaron el abuso de su posición dominante”* (Jaramillo Shloss et al., 2006, 1 de dic., p. 39).

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

Los apartes transcritos de las cláusulas del contrato, relacionados con la pretensiones de CONCELULAR se encuentran en los numerales xiii), xiv), xv) y xvi) del anexo G del contrato que preceptúan en su orden: “*que es prerrogativa de COMCEL definir y modificar en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por venta del Producto Prepago AMIGO*”; que “*COMCEL puede dar por terminado anticipadamente la distribución de EL PRODUCTO PREPAGADO, sin expresión de causa, sin ninguna responsabilidad, con el único requisito de dar aviso por escrito con una anticipación de treinta días a la fecha de terminación solicitada*”; que la “*relación jurídica de distribución se regula en su totalidad*” por el contrato; y que se entiende y acepta que los planes de prepago nunca han dado ni darán derecho a comisión de residual...” (Ibíd., p. 111).

Al respecto, el Tribunal tras analizar las cláusulas citadas indicó estas cláusulas se ajustan a derecho y son por tanto válidas:

En primer lugar, menciona el Tribunal, “se encuentra acorde con la naturaleza del contrato de distribución que COMCEL se reserve la facultad de variar los descuentos que concede en la compra de los artículos requeridos para los planes prepago; aceptar lo contrario equivaldría a maniatarse ante las variaciones del mercado de la telefonía móvil y de los mencionados artículos, lo cual podría acarrear consecuencias negativas para ambas partes. Además, si alguna duda cabía a este respecto, fue aclarada por el otrosí suscrito por las partes y la disposición constituyó así una de las condiciones económicas del negocio” (negrilla fuera del texto) [Ibíd., p. 112].

En segundo lugar, se indica que **“la facultad de COMCEL de dar por terminada la distribución unilateralmente y sin causa**, mediante un preaviso de treinta días, no obstante el plazo fijado para la duración del contrato, **también fue aceptada libremente por CONCELULAR, que debió haberla tomado en cuenta en la elaboración de su plan de negocios”** (Ibíd.).

De lo anterior, se concluye que el Tribunal, en defensa de la autonomía de la voluntad, reconoce la posibilidad que tienen las partes de incluir aquellas cláusulas que faculden a su contraparte a modificar las condiciones contractuales, pues con la firma del contrato está manifestando su autorización tácita para el momento en que se lleguen a presentar las modificaciones allí previstas.

Es así como el contrato menciona que “EL DISTRIBUIDOR desde la fecha de suscripción del presente Anexo reconoce y acepta que es prerrogativa exclusiva de COMCEL definir y modificar unilateralmente y en cualquier momento los descuentos que reconozca al DISTRIBUIDOR por la venta de Producto Prepagado AMIGO” (Ibíd., p. 126).

De esta manera, es claro que “el contrato celebrado entre COMCEL y CONCELULARES al regular las activaciones mínimas contemplaba una facultad para COMCEL de fijar escalas de comisiones, de acuerdo con los centros o puntos de ventas” (Ibíd.).

Igual ocurre, para los planes prepago, pues en el Anexo A del contrato suscrito entre COMCEL y CONCELULARES se estipuló que las comisiones de planes prepago corresponderían a una tabla previamente determinada por COMCEL para este efecto.

En este orden de ideas, “era clara la facultad de COMCEL de modificar los descuentos en el caso del producto prepago” (Ibíd.).

No obstante lo anterior, el Tribunal señala que la facultad unilateral prevista en el contrato no es igualmente precisa en las otras cláusulas.

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

De la cláusula arriba transcrita “no se infiere con claridad que COMCEL pudiera modificar las comisiones en todos los casos, pues tal previsión parte de unas cuotas mínimas por zonas geográficas que serán señaladas junto con las escalas de comisiones de acuerdo con los centros o puntos de venta, lo anterior indica que el propósito de la estipulación es más bien otorgar un poder de determinar cuál es la escala de comisión aplicable según el centro o punto de venta teniendo en cuenta la zona geográfica de que se trate y **no habilitar a COMCEL para modificar libremente tales comisiones**” (Ibíd.).

A lo que se suma que si en el contrato se había pactado una escala de comisiones, la facultad de modificarla debía existir de manera indudable y no en forma ambigua; pues de otra manera no existiría la debida concordancia entre todas y cada una de las partes del contrato a la que se refiere el Código Civil (Ibíd., p. 127).

Ahora bien, aplicando las reglas de interpretación, señala el Tribunal sobre este punto que de la conducta de las partes a lo largo de la ejecución del contrato no implicó un reconocimiento para que COMCEL pudiera modificar las comisiones pactadas en el contrato.

Como quiera que el Anexo A fue modificado por otrosí suscrito por las partes en el año 2001, es claro que no podía COMCEL modificar libremente las comisiones, pues si el operador de telefonía celular hubiera podido hacerlo no hubiera sido necesario suscribir el otrosí mencionado ni que se previera la aceptación de la modificación por CONCELULAR (Ibíd.).

De este modo, los criterios de interpretación de los contratos previstos en la ley civil, y en particular los consagrados por el artículo 1622 del Código Civil, esto es, el deber de interpretar las cláusulas de un contrato dando el sentido que mejor convenga a la totalidad y el que impone tomar en cuenta la conducta que han observado las partes en la ejecución del contrato, condujeron al Tribunal a concluir que la cláusula analizada no confirió a COMCEL el poder de modificar las comisiones pactadas (Ibíd., p. 128).

Sin embargo, debe tenerse en cuenta que CONCELULARES, desde la firma del contrato dio aplicación a las nuevas condiciones que establecía COMCEL, sin formular reparo alguno, y sólo en el año 2004 manifestó su inconformidad.

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

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

Por lo que no se aceptó como argumento válido la existencia de un vicio del consentimiento, pues es menester que el mismo reúna los requisitos previstos por el Código Civil y, en particular, tratándose de violencia que realmente haya una conducta ilícita que haya privado al contratante de libertad y lo haya llevado a contratar (Ibíd., p. 129).

Así las cosas, es necesario que, quien manifieste que fue víctima del vicio, demuestre una conducta injusta y determinante. No basta a este efecto cualquier tipo de temor, sino que se requiere, según exige el Código Civil, que la violencia sea capaz de “producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición” (Ibíd.).

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

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

CAPÍTULO 6 : CONCLUSIONES

Es evidente que la Jurisprudencia Arbitral parte del principio de libertad contractual para hacer el estudio de los contratos de distribución, lo que muestra la primacía de la intención de las partes en la definición de las cláusulas contractuales, así como su comportamiento en ejecución del contrato.

Los árbitros hacen un análisis acerca de si se trata de un contrato atípico o típico, por que de ello dependerá el contenido de las normas de orden público que hayan de respetar los contratantes.

En ese proceso de interpretación, independientemente del tipo de contrato, deben aplicarse las reglas establecidas en la ley, por lo que el contrato no puede tener como finalidad defraudar a la ley, eliminando prestaciones de un contrato a través de la simple denominación diferente del acuerdo de voluntades, por lo que a pesar de la importancia de la intención de las partes no pueden los contratantes denominar un contrato de distribución, cuando en su contenido se refieren a prestaciones de un contrato de agencia comercial y pretender con esa definición eliminar prestaciones como la cesantía comercial que corresponden de manera imperativa a este tipo contractual.

En lo que respecta a la práctica mercantil se concluye que existe una tendencia nacional con respecto a los contratos de distribución y, en particular, en aquellos de distribución de telefonía celular de incluir cláusulas que autorizan a uno de los contratantes a fijar y cambiar de manera posterior las tasas de comisión y los precios de los bienes y servicios a distribuir, que han dado origen a las controversias relacionadas con la facultad de modificación unilateral.

Estas controversias relativas a la facultad de modificación unilateral llevan indiscutiblemente a hacer un análisis del abuso contractual, la buena fe y la teoría de los actos propios.

Dado el reiterado uso del contrato de distribución entre los comerciantes, la jurisprudencia arbitral ha tenido un papel determinante en la unificación de conceptos relacionados con la definición del contrato de distribución, la interpretación de las cláusulas de modificación unilateral en este tipo de contratos y su diferencia con otro tipo de figuras contractuales. Estudio arbitral que ha llevado a que los laudos tengan como fundamento principios del derecho civil como la fuerza obligatoria de los contratos y aplicación de principios constitucionales como la libertad y la buena fe, dejando claro que el derecho comercial no es completamente autónomo e independiente, por lo que muchos de sus conceptos provienen de otras ramas del derecho.

De tal manera que los árbitros, respetando la fuerza obligatoria del contrato y por ello las estipulaciones de los contratantes, deben en todo caso conciliarlas con principios rectores del ordenamiento como es la buena fe que irradia todas las actuaciones de los contratantes. Por lo anterior, el árbitro debe analizar si las cláusulas presentan una violación a éste principio constitucional. Análisis que debe hacerse en cada caso en concreto, “por supuesto, lo ‘excesivo’ de la estipulación, su ‘injustificación’ o ‘irrazonabilidad’, su ‘desproporción’, son asuntos que en cada caso deben ser cuidadosamente evaluadas por el juzgador. No existen, ni podrían existir, definiciones únicas, precisas y generalizables sobre tales características” (Luna Bisbal, 2007, 23 de feb., p. 106).

Pues cada relación jurídica contractual tiene sus particularidades, encontrando que “lo que en determinado evento puede ser visto como justificado y razonable, en otro podría tenerse como injustificado. La renuncia a un derecho, por ejemplo, puede tener plena explicación en un determinado caso, dadas sus propias particularidades, pero no tenerla en otro diferente. La asunción de un determinado gravamen puede ser más que razonable en un caso, pero absurdo en otro distinto” (Ibíd., p. 106).

Análisis que debe involucrar la etapa precontractual, contractual y poscontractual, incluidas las condiciones de hecho y de derecho que rodearon cada una de estas tres etapas, (Ibíd., p. 107).

Respecto de la violación del principio de la buena fe, el juez arbitral hace un análisis detenido de la existencia de cláusulas abusivas, entendiendo por tales *“las cláusulas que, incluidas por regla general en un contrato de contenido predispuesto, establecen, sin explicación seria, proporción ni razonabilidad, ventajas o prerrogativas excesivas para el predisponente, o cargas, obligaciones o gravámenes injustificados para el adherente, todo ello en detrimento del principio de celebración y ejecución de buena fe contractual y del normal y razonable equilibrio contractual”* (Ibíd., p. 106).

No obstante, no debe olvidarse que “el carácter abusivo de una estipulación no se produce de manera automática y predefinida, ni a su configuración puede llegarse por el mero cotejo mecánico con un listado taxativo” (Ibíd., p. 107). En consecuencia su clasificación como abusiva “dependerá de la serena y profunda ponderación del juez, con base en las reglas de la sana crítica, y, se reitera, según las características y especificidades propias de cada caso particular” (Ibíd.).

Desde este punto de vista, el Código Civil Colombiano contempla en el artículo 1602 que el contrato es ley para las partes y establece como derecho de cualquier contratante que el acuerdo de voluntades solo puede ser modificado con el consentimiento mutuo de las partes. Por lo que, si las partes alteran esta regla, autorizando a una de las partes a modificar el contrato sin contar con un consentimiento posterior, nos encontramos frente a una hipótesis de renuncia a esa facultad otorgada por la ley, que conlleva a un aparente desequilibrio contractual, y a un posible abuso de las facultades negociales, el cual en caso de controversia será decidido por el árbitro bajo la luz de la buena fe.

Desde esta perspectiva diversos tribunales arbitrales han considerado que las cláusulas que otorgan facultades de modificación a una de las partes de ciertos aspectos del contrato, necesarios para que se pueda desarrollar la actividad de intermediación no son en sí mismas abusivas. Sin embargo, los Tribunales consideran que lo que se debe examinar es si el ejercicio de dichas facultades es abusivo. Esta solución acogida por la jurisprudencia arbitral colombiana es coherente con la adoptada en otros ordenamientos, pues si bien es permitido pactar esas cláusulas de modificación unilateral, éstas están sujetas al control judicial cuando se abuse de ellas.

Es claro que las enseñanzas del derecho canónico con respecto de la importancia del respeto por la palabra empeñada, siguen teniendo plena vigencia en la actualidad. Es así como las partes, haciendo uso de la autonomía de la voluntad, son libres de escoger la manera como desarrollarán sus relaciones, pero una vez seleccionado el modelo en el cual enmarcarán sus relaciones deben estarse a lo dicho; pues de actuar de una manera contraria con lo pactado se estaría faltando al deber de lealtad, ocasionando una violación del principio de buena fe que debe estar presente durante todas las etapas del contrato. Además, en todo caso los contratantes deben observar un deber de fidelidad contractual no sólo a la letra del contrato sino a la operación económica que realmente han querido celebrar, lo cual corresponde al deber de obrar de buena fe. De modo que el ejercicio de facultades contractuales sin tener en cuenta lo que las partes pretendían implica una actuación abusiva.

BIBLIOGRAFÍA

- Arrubla Paucar, Jaime. (1998), *Contratos Mercantiles*, Tomo II: Contratos Atípicos (3ra Ed.). Bogotá: Biblioteca Jurídica Diké.
- Benavides, José Luis. (2004), *El contrato estatal. Entre el derecho público y el derecho privado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Ballesteros Garrido, José Antonio. (1999), *Las Condiciones generales de los contratos y el principio de la autonomía de la voluntad*. Barcelona: José María Bosch Editor.
- Bianca, Massimo. (2007), *Diritto civile*, Tomo III, Il contrato. Milano: Giuffrè. Trads. Fernando Hinestrosa & Edgar Cortés. Bogotá: Universidad Externado de Colombia. (Trabajo original publicado en 1998).
- Bonivento Jiménez, José Alejandro. (1999), *Contratos mercantiles de intermediación* (2da Ed.). Bogotá: Ediciones Librería del Profesional.
- Cárdenas, Juan Pablo. (1984), *El contrato de agencia mercantil*. Bogotá: Editorial Temis.
- Diez Picazo, Luis. (1963), *La Doctrina de los Propios Actos*. Ed. Bosch Barcelona.
- _____(1996), *Las Condiciones Generales de la Contratación y las Cláusulas Abusivas*. Madrid: Civitas.
- Esmein, Paul. (1952), *Traité Practique de Droit Civil Francais de Planiol y Ripert*, Tome VI. Paris.
- Feldstein de Cárdenas, Sara. (1995), *Contratos Internacionales*. Buenos Aires: Editorial Abeledo-Perrot.

- Fierro-Méndez, Rafael Enrique. (2007), *Teoría General del Contrato, Contratos Civiles y Mercantiles*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley Limitada.
- Franco Gutiérrez, Omar. (2000), *La Contratación Administrativa: Comentarios a la ley 80 de 1993 y sus decretos reglamentarios*. Bogotá: Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez.
- Galgano, Francisco. (1992), *El negocio jurídico*. Valencia: Ed. Tirant lo Blanch.
- Ghestin, Jacques & Desche, Bernard. (1990). *Traité des Contrats. La Vente*, nro. 387. Ed LGDJ.
- Hinestrosa, Fernando. (1986), *Función, Límites y Cargas de la Autonomía Privada*. En *Estudios de Derecho Privado, homenaje al Externado en su Centenario*. Bogotá: Externado.
- _____(2007), *Tratado de las Obligaciones*, Tomo I. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- _____(s.f.), *Función, límites y cargas de la autonomía privada en Revista de Derecho Civil*. Nro. 2. Universidad Externado de Colombia.
- Holguín Neira & Pombo Abogados. (Septiembre de 2008), *Diferencias sustanciales entre el contrato de agencia y el contrato atípico de distribución*. Boletín nro. 0006. Recuperado de: <http://www.hnpabogados.com.co/Boletin%20VI/Diferencia%20Contrato%20Agencia%20y%20Distribuci%C3%B3n.pdf>
- Jaramillo Schloss, Carlos Esteban; Cárdenas Mejía, Juan Pablo & Zea Fernández, Guillermo. (2008, 30 de octubre), *Laudo arbitral entre Movitell y Comcel*.
- Jaramillo, Carlos Esteban; Cárdenas Mejía, Juan Pablo & Arango Restrepo, Gabriel Jaime (Árbitros). (2006, 1 de diciembre), *Laudo Arbitral entre Concelular S.A y Comcel S.A*.

- Laguado Giraldo, Carlos Andrés. (2003), *Condiciones Generales, Cláusulas Abusivas y el Principio de Buena fe*. Recuperado de: http://www.javeriana.edu.co/Facultades/C_Juridicas/pub_rev/documents/231-251.pdf
- Lamprea Rodríguez, Pedro Antonio. (2007), *Contratos Estatales*. Bogotá: Editorial Temis.
- Larroumet, Christian. (1993), *Teoría General del Contrato*, (vol. I), Bogotá: Editorial Temis.
- Luna Bisbal, David; Muñoz Laverde, Sergio & Escorcía, Pedro Nel (Árbitros). (2007, 23 de febrero), *Laudo arbitral entre Punto Celular Ltda y Comunicación Celular S.A.*
- Manzanares Bastida, Bruno. (s.f.) Artículos Doctrinales: Derecho Mercantil. Aspectos básicos del contrato de distribución internacional. *Noticias jurídicas*. Recuperado de: <http://noticias.juridicas.com/articulos/50-Derecho%20Mercantil/200811-2963145785236.html>.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo. (1999), *Tratado de Derecho Internacional Privado*. Bogotá: Editorial Temis.
- Monroy Torres, Marcela., Narváez, Jorge Eduardo. & Cárdenas, Juan Pablo. (2006, 14 de diciembre), *Laudo arbitral entre Comcelulares F.M. LTDA. y Comunicación Celular S.A., Comcel S.A.*
- Mosset Iturraspe, Jorge. (2004), *El contrato en una Economía de Mercado*. Trujillo: Editorial Normas Legales.
- M.P. Escobar Gil, Rodrigo. (2003), *Sentencia T 468*. Colombia: Corte Constitucional.
- M.P. Giraldo Zuluaga, Germán. (Sentencia de 2 de diciembre de 1980), *Partes Cacharrería Mundial S.A contra Iván Merizalde Soto y Otro*. Colombia: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil.

- M.P. Jaramillo Jaramillo, Carlos Ignacio. (16 de marzo de 2006), *Expediente No 25286 3103 000 1998 02432 01*. Colombia: Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil.
- Palacio Hincapié, Juan Ángel. (2003), *La contratación de las Entidades Estatales* (4a. Ed.). Bogotá: Librería Jurídica Sánchez.
- Pellise de Urquiza, Cristina. (1999), *Los contratos de Distribución Comercial*. Barcelona: Bosch.
- Pérez Vives, Álvaro. (1954), *Teoría General de las Obligaciones*. Tomo I. Bogotá: Editorial Temis.
- Pino Ricci, Jorge. (1996), *Régimen de Contratación Estatal*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pinzón Sánchez, Jorge. (2007), *Las Condiciones Generales de la Contratación y cláusulas abusivas (derecho privado colombiano)*. Madrid: Civitas.
- Real Academia Española. (2001), *Diccionario de la Lengua Española*. (22a Ed.).
- Romero Pérez, Jorge Enrique. (s.f.), *La Relación Contractual de Distribución*. Recuperado de: www.iiij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/.../distribucion,%20contrato.pdf.
- Terré, François; Simler, Philippe & Lequette, Yves. (2005). *Droit Civil. Les Obligations* (9a. Ed.). Paris: Dalloz.
- Torré, Abelardo. (1981), *Introducción al Derecho*. Buenos Aires: Editorial Abeledo Perrot.
- Villa Rosas, Gonzalo. (2002), *Los Contratos Atípicos en Textos Libres*. Universidad Externado de Colombia.
- Weill, Alex & Terré, François. (1980), *Droit Civile. Les obligations*. Paris: Dalloz.

Weiner Ariza, Juan Carlos Varón Palomino & Gilberto Peña Castrillón. (2009, 30 de abril), *Laudo arbitral entre Colcell Ltda. y Comcel Comunicación Celular S.A. Comcel S.A.*

Zweigert, Honrad & Kötz, Hein. (2002), *Introducción al Derecho Comparado*. México: Ed Oxford.