TRIBUNAL DE ARBITRAJE

POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN

contra

TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá Distrito Capital, diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).

Cumplido el trámite del proceso de la referencia y en el término previsto por la ley, procede el Tribunal de Arbitraje integrado por los árbitros Gustavo Cuberos Gómez, Presidente, Felipe Iriarte Alvira y María Teresa Palacio Jaramillo, con la Secretaría de Fernando Pabón Santander, a dictar el laudo que en derecho corresponde, el cual pone fin a este trámite y resuelve las diferencias contractuales surgidas entre **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN**, en adelante POWERCELL, parte convocante y **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en adelante TELEFÓNICA, parte convocada.[1]

El presente laudo se profiere en derecho y con el voto unánime de los árbitros integrantes del Tribunal.

1. ANTECEDENTES DEL PROCESO.

Obra en autos y en innumerables pruebas del proceso, que entre las mismas partes se surtió previamente otro proceso arbitral para solucionar las diferencias que se han ventilado en este Tribunal y, de la misma manera, diversas actuaciones de este trámite arbitral tienen necesariamente que ver con aquel, particularmente las pruebas practicadas en el mismo, trasladadas en su mayoría por petición de LAS PARTES, por lo que se hace a continuación una breve enunciación de las

[1] El Tribunal es consciente de que la entidad convocada, Telefónica Móviles Colombia (en adelante TELEFÓNICA) se denominó anteriormente Bellsouth Colombia S.A. (en adelante BELLSOUTH, cuando sea necesario) y originalmente Celumóvil S.A. (en adelante CELUMÓVIL, cuando sea necesario), como consta en diversos documentos del proceso y particularmente en el certificado de existencia y representación legal correspondiente.

principales incidencias de la fase final del primer proceso, (en adelante EL PROCESO INICIAL), para un cabal entendimiento de algunos apartes de la decisión que ahora se toma. Por ello, las referencias probatorias del presente laudo aluden a los cuadernos de pruebas de EL PROCESO INICIAL, mientras no se indique lo contrario:

1.1. El Tribunal de EL PROCESO INICIAL, emitió su laudo el 23 de marzo de 2006 y lo corrigió y complementó el día 31 del mismo mes y año.

1.2. TELEFÓNICA interpuso recurso de anulación contra el aludido laudo, el cual se surtió ante el Tribunal Superior del Distrito Judicial de Bogotá.

1.3. El 18 de agosto de 2006, el Tribunal Superior anuló mediante sentencia el laudo arbitral aludido (C.P.1, Folios 322 y s.s.).

1.4. Mediante Acción de Tutela promovida por POWERCELL contra el Tribunal Superior, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia declaró vulnerado el derecho al debido proceso a la sociedad accionante, dentro del recurso de anulación ordenando al Magistrado Ponente del Tribunal Superior de Bogotá que "en el término de 48 horas deje sin valor ni efecto la providencia del 4 de septiembre de 2006 y demás actuaciones subsiguientes y una vez cumplido lo anterior proceda a resolver, dentro del término legal, las restantes causales invocadas en el recurso de anulación mencionado". (C.P.1 Folios 345 y s.s.)

1.5. La segunda instancia de la acción de tutela en mención se surtió ante la Sala Laboral de la Corte Suprema de Justicia, corporación que anuló lo actuado en el trámite a partir del auto del 23 de octubre de 2006 proferido por la Sala Civil de Decisión del Tribunal Superior de Bogotá, y dispuso remitir el expediente al magistrado sustanciador para que continuara el trámite de la tutela y procediera a resolverla. Así mismo, dispuso enviar copia de la providencia a la Sala Civil de decisión del Tribunal Superior para que adecuara lo actuado a aquella, por haber resultado anulado el fallo de tutela de la Sala de Casación Civil de la Corte, fechado el 15 de diciembre de 2006, providencia que se emitió con dos salvamentos de voto. (C.P. 1, Folios 354 y s.s.)

2. LA DEMANDA Y SUS PRETENSI NES. LA CONTESTACIÓN, SUS EXCEPCIONES Y LAS PRUEBAS ADICIONALES DE LA CONVOCANTE.

2.1. Las pretensiones de la demanda principal.

Con la solicitud de convocatoria arbitral, POWERCELL formuló, las siguientes pretensiones, las cuales se enumeran en el mismo modo y orden, independientemente de la nomenclatura de este laudo, así:

1. PRINCIPALES la cantidad, forma y tiempo pactados

1.1. DECLARATIVAS:

1.1.1. Que se declare que entre **POWERCELL** y **TELEFÓNICA** existió y se ejecutó una única relación jurídica contractual de Agencia Comercial entre el 1 de julio de 1.994 y hasta el 30 de junio de 2.001.

1.1.2. Que se declare que **TELEFÓNICA** incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones contraídas en el marco de la relación contractual mencionada en la pretensión primera anterior y sus respectivas modificaciones, al no ceñir su conducta a la estipulación contractual de pagar en la cantidad, tiempo y forma pactados, las sumas a su cargo y a favor de POWERCELL S.A.

1.1.3. Que se declare la invalidez o ineficacia de los apartes de las estipulaciones contenidas en las cláusulas tercera y cuarta del Acuerdo Modificatorio impuesto por **Celumóvil (**hoy **TELEFÓNICA)** a **POWERCELL** a partir del 1º de enero de 1.998 del contrato celebrado el 1º de julio de 1.994, que a la letra dicen:

(...)

1.1.4. Que se declare la invalidez o ineficacia de la estipulación contenida en las cláusulas tercera, segundo párrafo, cuarta, parágrafo y décima del Acuerdo Modificatorio impuesto por **Celumóvil (hoy TELEFÓNICA)** a **POWERCELL** a partir del 1º de enero de 1.998 del contrato celebrado el 1º de julio de 1.994, según la cual:

(...)

1.1.5. Que se declare la invalidez o ineficacia de la estipulación contenida en la cláusula cuarta, numeral 7º del documento denominado de Agencia comercial celebrado el 29 de diciembre de 1.998, según la cual:

(...)

1.1.6. Que se declare la nulidad por fuerza como vicio del consentimiento de **POWERCELL**, de las estipulaciones contenidas en la cláusula segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima, octava, novena, décima, décima primera y décima segunda del documento de terminación y transacción suscrito entre **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA) (hoy TELEFÓNICA)** y **POWERCELL**, fechada el 29 de diciembre de 1.998.

Los términos de la cláusula segunda son:

(...)

Los términos de la cláusula tercera son:

(...)

Los términos de la cláusula cuarta son:

(...)

Los términos de la cláusula quinta son:

(...)

Los términos de la cláusula sexta son:
(...)

Los términos de la cláusula séptima son:

(...)

Los términos de la cláusula octava son:
(...)

Los términos de la cláusula novena son:

(...)

Los términos de la cláusula décima son:

(...)

Los términos de la cláusula décima primera son:

(...)

Los términos de la cláusula décima segunda son:

(...)

1.1.7. Que se declare que **TELEFÓNICA** como resultado del ejercicio abusivo de su posición de parte fuerte impuso estipulaciones y condiciones en el desarrollo de la ejecución contractual en virtud de las cuales continuamente redujo el valor de las comisiones, reducciones que llevaron a **POWERCELL** a una situación de iliquidez, a la firma de pagarés por saldos contables a su cargo, a la negociación de pasivos con todos sus acreedores, a la reestructuración de sus ingresos y al reordenamiento de toda su actividad comercial.

1.1.8. Que se declare la invalidez o ineficacia del artículo cuarto del acuerdo modificatorio firmado el primero (1) de enero de 1998 en lo relacionado con las tablas de comisiones, en donde la hoy **TELEFÓNICA** impuso en el ejercicio abusivo de la posición dominante remuneraciones que deterioraron el ingreso de **POWERCELL** hasta imponerle condiciones antieconómicas en la ejecución del contrato comercial. Las tablas de comisiones unilateralmente impuestas en este documento son las siguientes:

PLAN DE COMISIONES (A)
PARA CONCESIONARIOS CON OPERACION EN CIUDADES TIPO
A
CONCESIONARIOS CON OPERACION

EN CIUDADES TIPO A

(...)

1.1.9. Que se declare la invalidez o ineficacia del anexo 4.2 que hace referencia a la cláusula cuarta numeral 4.2 del documento contentivo denominado de Agencia Mercantil firmado el 29 de diciembre de 1998 relacionado con las tablas de comisiones, en donde la hoy **TELEFÓNICA** impuso en el **ejercicio abusivo de la posición dominante** remuneraciones que deterioraron aun más el ingreso de **POWERCELL** hasta imponerle condiciones antieconómicas en la ejecución del contrato comercial. Las tablas de comisiones unilateralmente impuestas en este documento son las siguientes:

(...)

1.1.10. Que se declare la invalidez o ineficacia del artículo tercero y cuarto del otrosí al documento contentivo denominado de Agencia Mercantil firmado el 30 de noviembre de 2000 relacionado con las tablas de comisiones, en donde la hoy **TELEFÓNICA** impuso en el ejercicio abusivo de la posición dominante remuneraciones que terminaron de colapsar los ingresos de **POWERCELL**.

La tabla de comisiones unilateralmente impuesta en este documento es la siguiente:

(...)

1.1.1 Que se declare que **TELEFÓNICA** dio lugar, como consecuencia de su propia conducta contractual, a la justa causa que invocó para efectos de dar por terminado el contrato de Agencia Comercial a partir del 30 de junio de 2001.

1.2. DE CONDENA:

Que como consecuencia de las declaraciones impetradas, se profieran contra **TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A.** las siguientes condenas:

1.2.1. Que se le condene a pagar, a favor de la actora, la cesantía comercial consagrada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio durante toda la vigencia de la relación contractual, esto es desde el 1 de julio de 1994 hasta el 30 de junio de 2.001.

1.2.2. Que se le condene a pagar, a favor de la actora, la indemnización fijada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio como retribución a sus esfuerzos para acreditar los servicios, la marca y la línea de productos de la convocada, por la terminación del contrato por causa imputable a esta.

1.2.3. Que se le condene a pagar a favor de **POWERCELL** el valor de todas las comisiones, bonos trimestrales, semestrales y de permanencia descontadas, reversadas, no pagadas y desconocidas por **TELEFÓNICA** de manera unilateral por la no-permanencia en forma continua por ciento ochenta (180) días así como por el incumplimiento en el pago de los usuarios del STMC (Sistema de Telefonía Móvil Celular) conseguidos por **POWERCELL** durante toda la vigencia de la relación contractual, figura que en el léxico del negocio de telecomunicaciones se denomina "CHURN".

1.2.4. Que se le condene a reliquidar, reconocer y pagar, a favor de la demandante, la totalidad de las comisiones causadas a favor de **POWERCELL** a partir del 1º de enero de 1998 y hasta el 30 de junio de 2.001, de conformidad con las condiciones establecidas en el Acuerdo Modificatorio No 3 suscrito el 20 de octubre de 1.995, condiciones que rigieron durante un período moderadamente representativo de la relación contractual (hasta el 30 de diciembre de 1.997) período que demostró la estabilidad y remuneración a las cuales legítimamente podía aspirar **POWERCELL**.

1.2.6. Que se condene a **TELEFÓNICA** a pagar los perjuicios íntegros por lucro cesante y daño emergente generados como consecuencia del permanente ejercicio del abuso de la posición dominante de la demandada como ordenadora del mercado y del abuso de la posición de parte fuerte contractual así:

1.2.6.1. Que se le condene a pagar a favor de **POWERCELL** la indemnización de perjuicios íntegros correspondientes al daño emergente sufrido, los cuales se contraen al valor de la compañía a Diciembre 31 de 1997, ocasionados por una cadena de perjuicios incluyendo, los derivados de la liquidación del personal de **POWERCELL**; la terminación contractual con sus subdistribuidores; el cierre donde funcionaban los puntos de ventas y las correspondientes sanciones e indemnizaciones por la terminación de los contratos de arrendamientos respectivos; la pérdida de la parte no amortizada de los bienes, equipos y materiales adquiridos por **POWERCELL** para la ejecución del contrato, las deudas acumuladas de **POWERCELL** que son materia de reestructuración en los términos de La Ley 550 de 1999, etc. y que en consecuencia causaron la pérdida del valor de **POWERCELL**, que era líder para 1997 en el mercado de la promoción de los servicios de la telefonía móvil celular y de sus equipos accesorios, fecha a partir de la cual la relación contractual dejó de ser conmutativa.

1.2.6.2. Que se condene a **TELEFÓNICA.** a pagar a **POWERCELL** a título de lucro cesante las utilidades que debió producir la convocante desde 1 de enero de 1998 hasta el 30 de abril del 2.002, fecha prevista para la terminación del contrato, según la proyección económica que habrá de calcularse dentro de este proceso teniendo en cuenta los volúmenes históricos de las ventas realizadas por **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** y la participación en ventas que tuvo cada uno de los agentes comerciales, considerando la participación porcentual en esas ventas que efectivamente tuvo **POWERCELL** a 31 de diciembre de 1997, fecha hasta la cual el contrato se ejecutó en términos de una relación conmutativa.

1.2.7. Que sobre los montos de las condenas anteriores, se obligue a la demandada a pagar a **POWERCELL** la corrección monetaria y los intereses moratorios, de acuerdo con la ley.

1.2.8. Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, las costas y expensas – incluidas las agencias en derecho – de este proceso.

En subsidio de las anteriores pretensiones, formulo las siguientes así:

2. <u>PRIMERAS SUBSIDIARIAS</u>

2.1. DECLARATIVAS

En subsidio de la pretensión principal 1.1.1. solicito:

2.1.1. Que se declare que entre **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA) (hoy TELEFÓNICA MOVILES COLOMBIA S.A.)** y **POWERCELL** se celebraron y ejecutaron dos contratos de agencia comercial, el primero de los cuales estuvo vigente durante el período comprendido entre el 1º de julio de 1.994 y el 29 de diciembre de 1.998, y el segundo entre el 30 de diciembre de 1.998 y el 30 de junio de 2.001, con el encargo para **POWERCELL** de procurar la venta de los servicios proporcionados por la demandada y la conservación de dichos servicios, y promover la contratación del servicio de Telefonía Móvil Celular y la venta de teléfonos.

En subsidio de las pretensiones principales 1.1.3 a la 1.1.8. solicito se declaren las pretensiones subsidiarias 2.1.2. y 2.1.3 así:

2.1.2. Que se declare que **TELEFÓNICA** incumplió los contratos de Agencia Comercial al violar las obligaciones implícitas en los mismos ya que " ...los contratos obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley le pertenecen a ella" (artículo 1603 Código Civil). La cláusula de

permanencia de los usuarios del sistema de telefonía celular STMC, por un término continuo de CIENTO OCHENTA (180) DIAS calendario, permanencia exigida unilateral y abusivamente por **TELEFÓNICA** a **POWERCELL** en los contratos y sus múltiples modificaciones, así como el requisito de que el usuario se encontrara al día en sus pagos para con **LA CONVOCADA**, como condiciones para el reconocimiento y pago de las comisiones, bonos trimestrales, semestrales y/o de permanencia, comportaba obligaciones implícitas, violadas a consecuencia de la propia conducta reprobable e imputable a la demandada a título de culpa leve por que:

2.1.2.1. La convocada actuó con imprudencia y mínima diligencia en todo aquello relacionado con el estudio de crédito de cada una de las solicitudes de los usuarios del sistema de telefonía celular STMC siendo además permisiva en lo relacionado con consumos ilimitados que no guardaban relación alguna con la capacidad de pago de tales usuarios, lo cual se tradujo en la imposibilidad de éstos de mantener al día sus cuentas de consumo para con **TELEFÓNICA**, quien abusando de su posición dominante reversó unilateralmente las comisiones causadas legítimamente a favor de **POWERCELL**, desbordando de contera el régimen jurídico conmutativo del contrato de agencia comercial.

2.1.2.2. **TELEFÓNICA** no promovió adecuadamente la gestión de cobro de cartera que le correspondía para mantener al día las obligaciones de los usuarios del sistema de telefonía celular STMC, presentados por **POWERCELL**, trasladando esta irregularidad al régimen autónomo e independiente de las contraprestaciones recíprocas de la relación contractual con **POWERCELL**, al efectuar como consecuencia de la mora de tales usuarios la reversión de las comisiones causadas a favor de **POWERCELL**.

2.1.2.3. **TELEFÓNICA** no suministró información sobre el consumo de los clientes y el estado de cartera de los mismos que permitiera a **POWERCELL** promover la permanencia y el cumplimiento de las obligaciones de éstos en su relación con la convocada, al ser este concepto determinante en los ingresos de **POWERCELL**.

2.1.3. Que se declare que **TELEFÓNICA** carecía de la facultad de reversar las comisiones causadas a favor de **POWERCELL** en relación con todos aquellos usuarios que por cualquier circunstancia asociada o derivada de su voluntad personal decidieron retirarse y dar por terminada su relación con **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** en lo que tiene que ver con la utilización del sistema de telefonía celular STMC en vista de la imposibilidad de **POWERCELL** de evitar que el cliente cambiara de compañía de celulares. (1322)

En subsidio de las pretensiones principales 1.1.9. a 1.1.14., solicito se declaren las pretensiones subsidiarias 2.1.4. y 2.1.5 así:

2.1.4. Que se declare que **TELEFÓNICA** violó los contratos al realizar múltiples reducciones a las comisiones y en porcentajes superiores a lo estipulado en ellos y en sus respectivas modificaciones.

2.1.5. Que se declare que **TELEFÓNICA** violó el contrato al no dar cumplimiento a los procedimientos establecidos en el mismo, según los cuales debía informar oportuna y debidamente al agente sobre los cambios en cuanto al esquema de comisiones que unilateral y abusivamente introducía a las mismas, desvirtuando de esta forma cualquier posibilidad de proyectar una actividad estable en el agenciamiento.

En subsidio de las pretensión principal 1.1.15., solicito se declare la pretensión subsidiaria 2.1.6. así:

2.1.6. Que se declare la nulidad por inexistencia y/o indeterminación del objeto de las estipulaciones contenidas en las cláusulas quinta, sexta, décima, décima primera y décima segunda del documento de terminación y transacción suscrito entre **TELEFÓNICA** y **POWERCELL**, fechada el 29 de diciembre de 1.998. Dicha nulidad deviene de que en relación con tales estipulaciones se aprecia de manera incuestionable una indeterminación en las prestaciones que supuestamente fueron objeto de la señalada transacción y la ausencia del conflicto.

En subsidio de las pretensiones principales 1.1.17 a 1.1.20., solicito se declare la pretensión subsidiaria 2.1.7. así:

2.1.7. Que se declare que **TELEFÓNICA**, en el marco del duopolio que mantenía en el mercado de telefonía celular en Colombia, reguló abusivamente los ingresos de **POWERCELL** a lo largo de la relación contractual, especialmente a partir del 1º de enero de 1.998, a través de comportamientos tales como actos de competencia desleal, distribución inequitativa de inventarios de teléfonos celulares, fijación de los volúmenes de ventas a través de planes y precios, permisividad de la venta de tarjetas prepagadas en la calle y fijación autocrática de comisiones, que impusieron una muy grave situación financiera a **POWERCELL**, en su calidad de agente comercial exclusivo que le exigía **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** .

En subsidio de las pretension principal 1.1.2., solicito se declare la pretensión subsidiaria 2.1.8. así:

2.1.8. Que se declare que **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** incumplió las obligaciones contraídas por ella mediante los contratos señalados.

En subsidio de las pretension principal 1.1.2.1, solicito se declare la pretensión subsidiaria 2.1.9. así:

2.1.9. Que se declare que **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** dió lugar a los hechos alegados por su parte para la terminación anticipada y unilateral del segundo contrato de Agencia Comercial.

2.2. DE CONDENA

Que como consecuencia de las declaraciones subsidiarias impetradas, se profieran contra **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** las siguientes condenas subsidiarias de las principales pedidas:

2.2.1. Que se le condene a pagar, a favor de la actora, la cesantía comercial fijada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio del contrato suscrito el 1º de julio de 1.994, relación jurídica contractual que se extendió hasta el 29 de diciembre de 1.998, fecha hasta la cual deberá liquidarse dicha prestación. Dicha liquidación deberá incluir la utilidad derivada de la venta de tarjetas prepago y la derivada de las tarjetas prepago vendidas directamente por la convocada o por otros agentes comerciales a clientes presentados por **POWERCELL.**

2.2.2. Que se le condene a pagar, a favor de la actora, la indemnización fijada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio como retribución a sus esfuerzos para acreditar los servicio, la marca y la línea de productos de la convocada, por la terminación del primer contrato por causa imputable a **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** .

2.2.3. Que se le condene a pagar a la convocada, a favor de la actora, la indemnización fijada en el inciso 2º del artículo 1324 del Código de Comercio por la terminación del segundo contrato ya que como consecuencia de su propia conducta contractual, dio lugar a la justa causa que invocó para efectos de dar por terminado el contrato de Agencia Comercial a partir del 30 de junio de 2001.

2.2.4. Que se le condene a pagar a **POWERCELL** el valor de todas las comisiones, bonos trimestrales, semestrales y/o de permanencia descontadas, reversadas, no pagadas y/o desconocidas por **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** por causas imputables a **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** a partir de diciembre 29 de 1.998 de manera unilateral por la desactivación del servicio efectuada por los usuarios del STMC antes de 180 días hasta el 30 de junio de 2.001, fecha hasta la cual deberá liquidarse dicha condena, figura que en el léxico del negocio de telecomunicaciones se denomina "CHURN".

2.2.5. Que se le condene a reliquidar, reconocer y pagar, a favor de la demandante, la totalidad de las comisiones causadas a favor de **POWERCELL** a partir del 1º de enero de 1998 y hasta el 30 de junio de 2.001, de conformidad con las condiciones establecidas vigentes en cada uno de los contratos, acuerdos modificatorios y comunicaciones impuestos para cada

etapa del contrato, sólo respecto de aquellos que fueron notificados a **POWERCELL** tal como se disponía expresamente en el cuerpo de cada uno de tales documentos.

2.2.6. Que se le condene a reliquidar, reconocer y pagar, a favor de la actora, la cesantía comercial fijada en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio pactada en la cláusula quinta del contrato suscrito el 29 de diciembre de 1.998, que la demandada liquidó y compensó unilateralmente en la suma de DOSCIENTOS SESENTA Y CINCO MILLLONES NOVECIENTOS NUEVE MIL CUATROCIENTOS VEINTISIETE PESOS MONEDA LEGAL COLOMBIANA ($265.909.427.oo), relación jurídica contractual que se extendió hasta el 30 de julio de 2.001, fecha hasta la cual deberá liquidarse dicha prestación, de conformidad con los derechos que a juicio del tribunal correspondan a la convocante por este concepto. Dicha liquidación deberá incluir la utilidad derivada de la venta de tarjetas prepago y la derivada de las tarjetas prepago vendidas directamente por la convocada o por otros agentes comerciales a clientes presentados por **POWERCELL.**

2.2.7. Que se condene a **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** a pagar los perjuicios íntegros por lucro cesante y daño emergente generados como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales tanto explícitas como implícitas así:

2.2.7.1. Que se le condene a pagar a favor de **POWERCELL** la indemnización de perjuicios íntegros correspondientes al daño emergente sufrido, los cuales se contraen al valor de la compañía a Diciembre 31 de 1997, ocasionados por una cadena de perjuicios incluyendo, dentro de los cuales se tienen los derivados de la liquidación del personal de **POWERCELL**; la terminación contractual con sus subdistribuidores; el cierre donde funcionaban los puntos de ventas y las correspondientes sanciones e indemnizaciones por la terminación de los contratos de arrendamientos respectivos; la pérdida de la parte no amortizada de los bienes, equipos y materiales adquiridos por **POWERCELL** para la ejecución del contrato, las deudas acumuladas de **POWERCELL** que son materia de reestructuración en los términos de La Ley 550 de 1999, etc. y que en consecuencia causaron la pérdida del valor de **POWERCELL**, que era líder para 1997 en el mercado de la promoción de los servicios de la telefonía móvil celular y de sus equipos accesorios, fecha a partir de la cual la relación contractual dejó de ser conmutativa.

2.2.7.2. Que se condene a **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** a pagar a **POWERCELL** a titulo de lucro cesante las utilidades que debió producir la convocante desde 1 de enero de 1998 hasta el 30 de abril del 2.002, fecha prevista para la terminación del contrato, según la proyección económica que habrá de calcularse dentro de este proceso teniendo en cuenta los volúmenes históricos de las ventas realizadas por **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** y la participación en ventas que tuvo cada uno de los agentes comerciales, considerando la participación porcentual en esas ventas que efectivamente tuvo **POWERCELL** a 31 de diciembre de 1997, fecha hasta la cual el contrato se ejecutó en términos de una relación conmutativa.

2.2.8. Que sobre los montos de las condenas anteriores, se obligue a la demandada a pagar a **POWERCELL** la corrección monetaria y los intereses moratorios, de acuerdo con la ley.

2.2.9. Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, las costas y expensas – incluidas las agencias en derecho – de este proceso.

3. SEGUNDAS SUBSIDIARIAS

3.1. DECLARATIVAS

En subsidio de las pretensión principal 1.1.15. y la pretensión primera subsidiaria 2.1.6., solicito se declaren las segundas pretensiones subsidiarias 3.1.1.,3.1.2, y 3.1.3. así:

3.1.1. Que se declare que **BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA)** incumplió las obligaciones implícitas y explícitas contraídas en la denominada Acta de Terminación y Transacción firmada el 29 de diciembre de 1998.

3.1.2. Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare la resolución de dicho negocio jurídico.

3.1.3. Que producto de las declaraciones anteriores, quede sin efecto dicho negocio jurídico, retrotrayéndose el estado de cosas al momento anterior a la celebración del mismo.

3.2. DE CONDENA

3.2.1. Que se condene a BELLSOUTH (HOY TELEFÓNICA) a pagar a favor de POWERCELL S.A. la indemnización integra de perjuicios sufridos por ésta – incluido el daño emergente y el lucro cesante- como consecuencia del incumplimiento del documento denominado Acta de Terminación y Transacción firmada el 29 de diciembre de 1998, condena que deberá ser extensiva íntegramente a las consecuencias indemnizatorias derivadas de dicho incumplimiento respecto de la relación contractual sobre la cual el documento denominado Acta de Terminación y Transacción proveía.

3.2.2. Que sobre los montos de la condena anteriores, se obligue a la demandada a pagar a POWERCELL S.A. la corrección monetaria y los intereses moratorios, de acuerdo a la ley.

..."

2.2. La contestación de la demanda.

En la oportunidad procesal correspondiente la parte convocada contestó la demanda oponiéndose a todas las pretensiones, por carencia de fundamentación fáctica y jurídica, según razonamientos puntuales allí mismo formulados. Respecto a los hechos, reconoció algunos como ciertos, negó otros, manifestó atenerse al texto de los documentos soporte de otros, o a lo que se probara en el proceso, manifestó no constarle algunos más y finalmente, negó la condición de hechos de algunos de los expuestos en la demanda. En defensa de su oposición, formuló las siguientes

2.3. Excepciones.

"3.1. Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para conocer de la controversia, en razón de la cosa juzgada que se deriva del contrato de transacción suscrito entre las partes el 28 de diciembre de 1998.

3.2. Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver aspectos relacionados con el contrato de transacción que las partes celebraron el 29 de diciembre de 1998.

3.3. Prescripción de las acciones rescisorias relacionadas con la invalidez, ineficacia y/o nulidad de diversas cláusulas de los contratos de concesión, transacción y agencia mercantil.

3.4. Contenido dinámico del mercado, y de los contratos celebrados y ejecutados por las partes.

3.5. Ratificación de los actos nulos.

3.6. Excepción de contrato no cumplido frente al contrato de agencia comercial suscrito el 30 de diciembre de 1998.

3.7 Prescripción de la acción por incumplimientos contractuales anteriores a los cinco años de la fecha de presentación de la demanda.

3.8. Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez o ineficacia de cláusulas contractuales o anexos de los contratos.

3.9. Inexistencia de obligaciones derivadas del contrato de concesión celebrado el 6 de agosto de 1994.

3.10. Compensación.

3.11. Inexistencia de abuso del derecho y de abuso de posición dominante.

3.12. Incompetencia del Tribunal para declarar y sancionar por el abuso de la posición dominante.

3.13. Nadie puede cambiar su designio o conducta anterior en perjuicio de otro.

3.14. La excepción genérica del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil.

2.4. Las pruebas de la convocante.

En la demanda arbitral la parte CONVOCANTE invocó como pruebas el contrato de concesión celebrado con TELEFÓNICA, sus convenios modificatorios y anexos; el documento de terminación y transacción suscrito entre las partes el 29 de diciembre 1998; el contrato de agencia comercial celebrado entre las partes con su

Otrosí modificatorio; un documento denominado análisis e impacto financiero de la ejecución de la relación contractual POWERCELL – BELLSOUTH y copia de las providencias judiciales relacionadas con EL PROCESO INICIAL. Solicitó, además, la remisión de EL PROCESO INICIAL al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio a fin de que la totalidad de la pruebas obrara en este proceso arbitral, salvo el dictamen pericial con sus aclaraciones, ampliaciones y adiciones, rendido por el perito Alfonso Castellanos, así como el decreto y práctica de un dictamen pericial financiero y contable.

Adicionalmente, LA CONVOCANTE, al contestar la demanda de reconvención y descorrer el traslado de la excepciones, no solicitó el decreto y práctica de pruebas adicionales diferentes de las practicadas en EL PROCESO INICIAL. (C.P. 1, folios 434 a 446) y manifestó que las pruebas de lo alegado por ella obraban en el expediente de EL PROCESO INICIAL, y a ellas se remitió en su integridad tal y como lo hizo la demandante en reconvención.

2.5. Las pruebas de la convocada.

Al contestar la demanda la parte convocada solicitó el traslado de las pruebas adelantadas en EL PROCESO INICIAL.

3. LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN Y SUS PRETENSIONES. LA CONTESTACIÓN, SUS EXCEPCIONES Y LAS PRUEBAS ADICIONALES DE LA PARTE RECONVINIENTE.

3.1. Pretensiones.

Con la presentación de la demanda de reconvención, TELEFÓNICA formuló como tales, las siguientes, las cuales se numeran independientemente de la nomenclatura de este laudo, es decir, en el mismo orden en que fueron propuestas, así:

"...

I. <u>DECLARACIONES Y CONDENAS</u>

<u>Primera</u>: Que se declare que Powercell S.A. en reestructuración, incumplió el contrato de agencia comercial No 2432 celebrado con mi poderdante el 30 de diciembre de 1998, por cuanto infringió y desconoció **<u>gravemente</u>** las obligaciones a su cargo relacionadas con la labor como agente comercial de Bellsouth.

Segunda principal: Que como consecuencia de lo anterior, se declare a su vez, que la decisión adoptada por mi poderdante el 20 de junio de 2001 de dar por terminado unilateralmente el referido contrato de agencia, obedeció a las justas causas señaladas para tal efecto en la cláusula 10.2 de dicho contrato, así como a lo establecido en el artículo 1325 del Código de Comercio.

Segunda subsidiaria: En subsidio de la anterior pretensión, y si el Tribunal considerara que ella no está llamada a ser acogida en la manera en que ha sido formulada, solicito se declare que: Para el día 20 de junio de 2001, Bellsouth no estaba obligado a continuar con la ejecución del contrato de agencia comercial celebrado con Powercell, en razón a los comportamientos constitutivos de múltiples y graves incumplimientos a sus cargas obligacionales que la convocada en reconvención, para esa fecha, demostraba en su ejecución contractual.

Como consecuencia de la prosperidad de la pretensión segunda subsidiaria, el Tribunal se servirá decretar la terminación por justa causa del contrato de agencia comercial No 2432 celebrado entre Bellsouth y Powercell, el 30 de diciembre de 1998.

Tercera: Se declare que mi poderdante no está obligada a pagar o reconocer a Powercell S.A., en reestructuración, multa o indemnización alguna por la terminación del contrato de agencia comercial No. 2432, bien sea atendiendo a validez de la que se efectuó el 20 de junio de 2001 por parte de Bellsouth, o bien de la que realice el Tribunal como consecuencia de la prosperidad de la segunda pretensión subsidiaria.

Cuarta principal: Que se condene a la sociedad Powercell S.A., en reestructuración, a pagar a mi poderdante las sumas que resulten probadas en el proceso, junto con sus intereses de mora que por cada uno de los conceptos debidos se hubieren causado, a una tasa igual a la máxima certificada por la Superintendencia Financiera, o aquella que determine el Honorable Tribunal desde el momento en que cada obligación incumplida se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago.

Cuarta Subsidiaria: Si el Tribunal considera que no son procedentes los intereses referidos en la anterior declaración, en subsidio, solicito se condene a Powercell a pagar los intereses de plazo a la tasa equivalente al interés bancario corriente causado entre la fecha en que cada obligación incumplida se hizo exigible hasta la fecha de presentación de esta demanda, y a los intereses de mora a una tasa igual a la máxima certificada por la Superintendencia Financiera, desde el momento en que se notifique esta demanda arbitral.

Segunda pretensión Cuarta Subsidiaria: Si el Tribunal considera que no son procedentes los intereses de mora ni los de plazo, en subsidio, solicito se condene a Powercell a pagar las sumas de dinero a su cargo indexadas según la variación del IPC entre la fecha en que cada obligación incumplida se hizo exigible hasta la fecha en que se haga efectivo el pago, más los intereses legales a la tasa del 6% anual que se hayan causado durante el mismo período.

Quinta: Se declare que en virtud de la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial celebrado entre Bellsouth y Powercell S.A. en Reestructuración, ésta última está obligada a pagarle a mi poderdante la suma de dinero equivalente a quince mil unidades de poder adquisitivo constante (15.000 UPACS) acordada a título de pena, o en la unidad de poder adquisitivo que rija al momento del proferimiento del laudo.

Sexta: Como consecuencia de la anterior pretensión, se condene a Powercell al pago a favor de Telefónica de la suma que resulte probada. Dicha suma deberá ser actualizada, y el Tribunal deberá ordenar que se liquiden y paguen intereses moratorios liquidados a la máxima tasa de mora permitida por la ley, a partir del día 21 de junio de 2001, tal como fue pactado bajo la cláusula 10.3 antes mencionada.

Séptima. Que se condene a la sociedad Powercell S.A., en reestructuración pagarle a mi mandante el valor de las costas y agencias en derecho del presente proceso.

..."

3.2. La contestación de la demanda de reconvención.

Al contestar la demanda, la parte CONVOCANTE y RECONVENIDA se opuso a la prosperidad de todas la pretensiones y en cuanto a los hechos, reconoció como ciertos algunos, negó otros, aportó explicaciones complementarias sobre sus manifestaciones y negó a otros más la categoría de tales. Igualmente formuló como defensas las siguientes.

3.3. Excepciones de la parte reconvenida.

3.1. Cumplimiento de parte de POWERCELL S.A.

3.2. Incumplimiento de la relación contractual de TELEFÓNICA.

3.3. Nulidad del acta de Terminación Y Transacción y vigencia de una única relación contractual de agencia comercial.

3.4. Abuso de posición dominante.

3.5. Mala fe.

3.6. Obligaciones en reestructuración.

3.4. Pruebas de la parte reconviniente.

Al formular la demanda de reconvención y en apoyo de sus manifestaciones, la parte CONVOCADA solicitó decretar, practicar y tener como pruebas todas aquellas practicadas en EL PROCESO INICIAL, como pruebas trasladadas, de acuerdo con el artículo 185 del Código de Procedimiento Civil.

Adicionalmente solicitó la designación de un perito experto en materia financiera y contable para determinar el valor de las acreencias de TELEFÓNICA con POWERCELL, su actualización de valor, su causación, etc., según la prueba documental y los libros de contabilidad de las partes.

Al descorrer el traslado de las excepciones propuestas por LA RECONVENIDA, el señor apoderado de TELEFÓNICA solicitó el decreto y práctica de una inspección judicial con exhibición de documentos a la contabilidad de POWERCELL para determinar diversos aspectos de la contabilidad, los estados financieros, contratos, facturación, etc.; el libramiento de oficios a tres juzgados laborales y un dictamen pericial financiero, contable y de auditoría referente a comisiones, cambios en las mismas, manejo administrativo y contable, etc.

Finalmente, después de fracasar la audiencia de conciliación, el apoderado de la parte CONVOCADA modificó su petición de pruebas y aportó un informe técnico elaborado por la firma Valfinanzas y solicitó el decreto y recepción de un testimonio técnico a cargo del consultor que elaboró el informe mencionado.

4. PRESUPUESTOS PROCESALES.

En este estado del proceso el Tribunal encuentra que se cumplen a cabalidad los presupuestos procesales necesarios para proferir el laudo, entendidos tales presupuestos como las condiciones necesarias exigidas por la ley que le permiten al Tribunal proferir la decisión de fondo que dirima la controversia sometida a su conocimiento. En el presente caso, se encuentra acreditada la existencia y representación de ambas partes, de quienes se predica su capacidad para ser sujetos de la relación procesal y para comparecer a ella, lo cual han hecho por intermedio de abogados titulados quienes han ejercido la representación de cada una de ellas. No existe reparo alguno de índole formal a la demanda, ni a la adecuación del trámite, por lo cual es procedente la decisión de mérito de la presente controversia.

5. EL DESARROLLO DEL PROCESO.

5.1. El 6 de mayo de 2008, POWERCELL, por conducto de apoderado judicial, convocó a TELEFÓNICA a un nuevo proceso arbitral ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, para dirimir controversias surgidas entre las partes derivadas de una relación jurídica contractual que según LA CONVOCANTE se inició el 1 de julio de 1994 y

perduró hasta el 30 de junio de 2001. (Cuaderno Principal No. 1 – F 2 a 144)

5.2. El 8 de mayo de 2008, el apoderado de POWERCELL para dar respuesta a una solicitud del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, presentó un memorial en el que precisó que en las pretensiones principales se solicita la declaratoria de una sola relación contractual desde 1994 hasta 2001 y en las subsidiarias se solicita la declaración de existencia de dos contratos, uno desde 1999 (sic) hasta diciembre 29 de 1998 y otro desde 1999 hasta 2001, razón por la cual invocó las dos cláusulas compromisorias, la primera, la del contrato de concesión y la segunda, la del contrato de agencia mercantil. (Cuaderno Principal No. 1 - Folios 161 y 162).

5.3. El 29 de mayo de 2008, las partes designaron de común acuerdo como árbitros principales a los abogados Saúl Flórez Enciso, Gustavo Cuberos Gómez, Felipe Tovar de Andreis; y como suplentes a los abogados María Teresa Palacio Jaramillo, Luis Fernando Villegas Gutiérrez y Felipe Iriarte Alvira. (Cuaderno Principal No. 1 - Folio 188)

5.4. El 4 de agosto de 2008, se llevó a cabo la instalación del Tribunal, integrado finalmente por los abogados María Teresa Palacio Jaramillo, Felipe Iriarte Alvira y Gustavo Cuberos Gómez, siendo designado este último como Presidente y nombrándose como secretario al doctor Fernando Pabón Santander. (Cuaderno Principal No. 1 - Folio 259, acta No. 1)

5.5. El 15 de septiembre de 2008, el Tribunal admitió la solicitud de convocatoria o demanda arbitral presentada por POWERCELL contra TELEFÓNICA y dispuso dar traslado de la misma a la convocada en los términos de ley (Cuaderno Principal No. 1 – Folio 274)

5.6. El 29 de septiembre de 2008 el apoderado de TELEFÓNICA presentó recurso de reposición contra el auto admisorio de la demanda, aduciendo indebida acumulación de pretensiones y falta de determinación de la cuantía de aquella. De dicho escrito se dio traslado a la parte convocante, quien lo

descorrió el 6 de octubre de 2008. (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 283 y 300)

5.7. El 8 de octubre de 2008 el Tribunal resolvió la reposición interpuesta y no repuso la providencia impugnada. (Cuaderno Principal No. 1 – Folio 305)

5.8. El 30 de octubre de 2008 el apoderado de TELEFÓNICA contestó la demanda. (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 324 y s.s.)

5.9. El 30 de octubre de 2008 el apoderado de TELEFÓNICA formuló demanda de reconvención contra POWERCELL. (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 312 y s.s.)

5.10. El 10 de diciembre de 2008 el apoderado de POWERCELL contestó la demanda de reconvención. (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 404 a 430).

5.11. El 17 de diciembre de 2008 ambas partes se pronunciaron sobre las recíprocas excepciones formuladas por ellas a la demanda principal y a la de reconvención (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 434 a 455).

5.12. El 30 de enero de 2009 se celebró la audiencia de conciliación entre las partes prevista en la disposiciones vigentes, al cabo de la cual quedó clara la imposibilidad de un arreglo directo entre ellas, por lo cual se declaró agotada y fracasada, razón por la cual el Tribunal procedió a fijar los honorarios para los árbitros y para el secretario y los gastos de administración de la Cámara de Comercio y de protocolización. (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 463 a 468).

5.13. En la oportunidad legal correspondiente, cada una de las partes depositó las sumas a su cargo a órdenes del presidente del Tribunal.

5.14. El 6 de marzo de 2009 se celebró la primera audiencia de trámite en la cual el Tribunal se declaró competente para conocer y decidir las controversias planteadas y decretó las pruebas correspondientes, al tenor de lo solicitado por ambas partes (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 479 a 491).

5.15. El 12 de marzo de 2009, el Tribunal le dio posesión al perito contable y financiero designado en el auto de pruebas, doctor Tayron Alfonso Roa Vargas, a quien se le entregaron los cuestionarios formulados por cada una de las partes, los cuales fueron previamente calificados por el Tribunal (Cuaderno Principal No. 1 – Folios 524 a 526).

5.16. Dentro del término concedido con sus prórrogas, el perito entregó su dictamen, del cual se corrió traslado a las partes por secretaría, los días 22, 26 y 27 de mayo de 2009.

5.17. Dentro del término de traslado, las partes presentaron solicitudes de aclaraciones y complementaciones al peritaje contable y financiero. Mediante auto de 3 de junio de 2009, el Tribunal dispuso que el perito absolviera la totalidad de las referidas solicitudes presentadas por las partes.

5.18. El 10 de julio de 2009, el Tribunal dio traslado del escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje contable por un lapso de tres (3) días que corrió los días 13, 14 y 15 de julio de 2009.

5.19. Dentro del traslado al que se refiere el punto anterior, mediante escrito presentado el 15 de julio de 2009, el apoderado de la convocada manifestó objetar parcialmente por error grave el peritaje contable y financiero.

5.20. El 21 de julio de 2009, se dio traslado del escrito de objeción por error grave a la parte convocante, que se pronunció sobre el mismo mediante escrito presentado el 24 de julio de 2009.

5.21. El 3 de septiembre de 2009, tuvo lugar la audiencia en la que se recibió el testimonio de Camilo Antonio Soto Franky. En el curso de dicha actuación, el apoderado de la convocante formuló tacha por sospecha contra el testigo Soto Franky.

5.22. Concluido el período probatorio y practicadas todas las pruebas decretadas por el Tribunal, el 30 de septiembre de 2009 se surtió audiencia en la que

ambas partes presentaron sus alegaciones finales y entregaron al Tribunal los resúmenes escritos que obran en los autos.

6. SÍNTESIS DE LOS HECHOS RELEVANTES.

6.1. Según la versión de la parte CONVOCANTE.

6.1.1. POWERCELL se creó para formar parte del grupo de empresas que inicialmente habrían de promover los servicios de TELEFÓNICA.

6.1.2. El 1 de julio de 1994 TELEFÓNICA y POWERCELL celebraron un contrato mediante el cual la segunda debía desplegar toda su organización y elementos de que disponía para procurar la venta de los servicios de TELEFÓNICA, tratando de conservar en vigencia los contratos de servicio con los suscriptores. El referido contrato tuvo cuatro convenios modificatorios fechados el 29 de agosto de 1994, el 2 de mayo de 1995, el 20 de octubre de 1995 y el 1 de enero de 1998.

6.1.3. El contrato (remitido según POWERCELL el 19 de diciembre de 1994), contiene facultades unilaterales e ilimitadas de TELEFÓNICA, multas contra POWERCELL, descuentos, posibilidades de variaciones de las comisiones, etc., que, según la demanda, lo convierten en un contrato leonino para la demandante.

6.1.4. La comisión a que tenía derecho POWERCELL por la afiliación de nuevos suscriptores se causaba si se daban concurrentemente ciertas condiciones, entre ellas la permanencia de aquellos por un periodo continuo no menor de 180 días. Entonces, como las comisiones se cancelaban 30 días después de la activación del usuario y las condiciones de permanencia sólo se comprobaban 180 días después, las comisiones canceladas podían ser reversadas generando una cuenta por cobrar a POWERCELL que TELEFÓNICA compensaba con ventas nuevas. Este procedimiento de reversión es el que se conoce en la terminología de este mercado como "*churn*", que significa devolver.

6.1.5. TELEFÓNICA mediante decisiones unilaterales y en ejercicio abusivo de sus facultades contractuales, efectuó descuentos que resultaron antieconómicos para la ejecución del contrato y a través de los acuerdos modificatorios cambió el valor de las comisiones en detrimento de los intereses de POWERCELL.

6.1.6. A pesar de que el contrato en cuestión se denominó de concesión, se ejecutó como un verdadero contrato de agencia comercial y para ello POWERCELL montó sus instalaciones, efectuó adecuaciones, contrató personal dedicado todo fundamentalmente a promover los negocios de TELEFÓNICA.

6.1.7. POWERCELL jamás compró para sí, ni para revender, los servicios de TELEFÓNICA y mantenía permanentemente informada a ésta sobre el desarrollo de sus labores de promoción, específicamente con clientes o negocios significativos, lo cual se prestó en varias ocasiones para que éstos terminaran siendo atendidos por TELEFÓNICA, en abierta competencia desleal y abuso de posición dominante por parte de ésta.

6.1.8. El 1 de enero de 1998 TELEFÓNICA modificó de nuevo el plan de comisiones, modificación que marcó el principio de la gran crisis de POWERCELL y un mes más tarde, el 18 de febrero, amparada TELEFÓNICA en la cláusula décima del anexo b, informó una nueva estructura de comisiones que eliminó cualquier posibilidad de beneficio económico para POWERCELL, imponiéndole unas condiciones muy duras para tener derecho a ingresos por su gestión de agente. Entre ellas se destacan la redefinición de tipos de ciudades, la variación de rangos y metas de ventas, la supresión del bono semestral, la mayor incidencia y discrecionalidad para el otorgamiento de bonos al agente, etc.

6.1.9. Debido al deterioro de su ingreso, el 22 de diciembre de 1998 POWERCELL solicitó a TELEFÓNICA un anticipo de $ 40.000.000 sobre los bonos trimestrales y semestrales para pagar primas y nóminas y esta última aprovechó esa necesidad para imponer a POWERCELL el Acta de Terminación y Transacción que se suscribió entre las partes el 30 de

diciembre de 1998 y sólo en ese momento entregó a POWERCELL los recursos solicitados, pero no a título de anticipo, sino de mutuo con interés.

6.1.10. A finales de diciembre de 1998, TELEFÓNICA exigió a todos los concesionarios, incluida POWERCELL, la suscripción del documento de Terminación y Transacción para poner término al contrato celebrado el 1 de julio de 1994, el cual terminó siendo firmado por ésta el 29 de diciembre de 1998, con el cual, según la demanda, se vio forzada a reconocer una deuda a favor de TELEFÓNICA por $307.746.503 por: a.) Reembolso de comisiones por afiliación de suscriptores que dejaron de serlo; b.) Valor de equipos terminales de usuario y tarjetas prepago; c.) Valores de servicio de telefonía celular y d.) Compensación con las comisiones adeudadas por afiliaciones a 30 de diciembre de 1998. La suscripción de dicha acta era condición para la firma de un nuevo contrato de agencia comercial y por ende, condición para que POWERCELL subsistiera y continuara en el mercado.

6.1.11. En razón del aludido documento, redactado por TELEFÓNICA, ésta forzó a POWERCELL a renunciar a las prestaciones del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio y a suscribir el pagaré mencionado por $307.746.503, todo lo cual, según la demanda, es constitutivo de vicio del consentimiento por fuerza.

6.1.12. El 29 de diciembre de 1998, TELEFÓNICA exigió la firma de un nuevo contrato a POWERCELL, esta vez denominado de Agencia Comercial, pero de contenido similar al anterior, el cual dentro de sus particularidades tenía la eliminación de todas las cláusulas relacionadas con el "*churn*", a cambio de una nueva reducción sustancial de comisiones. La esencia del contrato continuó siendo la misma, pero en él la comisión se pagaría al agente por una sola vez, por cada nueva conexión, contemplando la posibilidad de reconocimiento de bonificaciones para premiar la permanencia de los suscriptores, es decir, sustituyendo por éstas la antigua figura de reversión por no permanencia. No obstante, TELEFÓNICA podía continuar haciendo

descuentos de comisiones a POWERCELL, pero bajo el argumento de fraude.

6.1.13. La práctica de reversión de comisiones y la disminución de éstas y de las nuevas activaciones, anuló el flujo de caja de POWERCELL y ésta no tuvo manera de recuperar el valor de los equipos regalados a los usuarios, ni de recobrar las comisiones canceladas a la fuerza de ventas, generándose una grave situación de "ventas negativas".

6.1.14. Para 1999 las activaciones de POWERCELL se redujeron a cerca de 9.000, con una comisión promedio entre $90.000 y $100.000, es decir entre tres y cuatro veces menos que la de los años anteriores.

6.1.15. TELEFÓNICA realizó diversas y reiteradas conductas contractuales desleales, en abuso de su posición de dominio, consistentes principalmente en la estructuración de planes especiales para los llamados clientes corporativos de POWERCELL, que terminaban siendo atendidos directamente por TELEFÓNICA, a pesar de haber sido presentados por aquella; la estructuración de planes corporativos para clientes vinculados por POWERCELL sin que se reconociera a ésta su condición de agente; el otorgamiento a los comercializadores de tarjetas prepago de descuentos mayores de los que podía ofrecer el agente, para poder quedarse con el respectivo cliente; la sustracción de personal calificado y entrenado por POWERCELL, como ocurrió en el caso del señor Gabriel Pineda.

6.1.16. El 15 de junio de 2000, TELEFÓNICA ordenó cambiar los pagarés inicialmente otorgados por POWERCELL por unos más recientes y así se suscribieron los números 001 por $509.923.042; 002 por $547.133.266 y 003 por $40.000.000. Para el primero se fijaron 36 instalamentos y para los dos últimos 24 instalamentos.

6.1.17. A finales de octubre de 2000 y para compensar la baja en las comisiones y fomentar las ventas en prepago, TELEFÓNICA presentó un "programa de amnistía" que consistía en condonar total o parcialmente las deudas

contenidas en los pagarés precedentemente mencionados, dependiendo del cumplimiento de las metas asignadas entre noviembre de 2000 y abril del 2001. TELEFÓNICA informó a POWERCELL que el valor sujeto a amnistía era por $672.000.363, valor que quedó respaldado con el pagaré 01/01 de noviembre 30 de 2000, el cual por tanto carece de causa y de fundamento cambiario, por cuanto contiene el mismo valor amnistiado, resultando un contrasentido, si se tiene en cuenta que lo que se pretendía era reducir o eliminar una deuda y no duplicarla.

6.1.18. El 31 de mayo de 2001, POWERCELL radicó ante la Superintendencia de Sociedades solicitud de promoción de un acuerdo de reestructuración de acreedores conforme a la Ley 550 de 1999, ante la precariedad de su situación económica. Consciente TELEFÓNICA de lo anterior, el 20 de junio de 2001 y antes de que POWERCELL fuera aceptada al trámite de reestructuración, terminó unilateralmente el contrato de agencia comercial aduciendo como justas causas irregularidades en la información suministrada para la legalización de las ventas; irregularidades en los pagos de las comisiones a los distribuidores y a algunos empleados; inobservancia a los requerimientos de información solicitados por los suscriptores de TELEFÓNICA, etc. Posteriormente, dentro del aludido proceso, TELEFÓNICA fue el único acreedor que votó en contra de seguir con la negociación y a favor de que la compañía se liquidara.

6.1.19. A principios de julio de 2001 TELEFÓNICA envió un estado de cuenta con corte a 30 de junio de 2001 donde reportó que la deuda de POWERCELL a esa fecha ascendía a $1.175.670.719 con base en lo cual POWERCELL informó a TELEFÓNICA que no aceptaba a partir de la fecha ningún cruce de cuentas hasta tanto no se hubiera efectuado una liquidación y conciliado las diversas partidas de débitos y créditos.

6.1.20. El 23 de julio de 2001 la Superintendencia de Sociedades admitió a POWERCELL a la promoción de un acuerdo de reestructuración.

6.1.21. Con posterioridad a la admisión del acuerdo de reestructuración, POWERCELL presentó a TELEFÓNICA diversas facturas a su cargo, las cuales aún le son adeudadas y fueron objeto de compensación prohibida por parte de TELEFÓNICA, según relación contenida en el hecho 4.80 de la demanda.

6.1.22. Dentro del trámite de reestructuración, TELEFÓNICA presentó demanda de objeción contra la determinación de los derechos de votos y acreencias, sosteniendo que la obligación a su favor ascendía a $1.425.692.722, valor que no coincidía con los saldos presentados en los estados de cuenta enviados por TELEFÓNICA a POWERCELL en los meses de mayo, junio y julio de 2001, demanda que fue fallada el 16 de julio de 2004, confirmando la determinación de la acreencia y los votos por parte del promotor en la suma de $448.332.012,96 y ordenando a éste constituir una provisión por $997.360.759,04, ante la existencia en ese momento de EL PROCESO INICIAL.

6.1.23. El 29 de enero de 2004 la Superintendencia de Sociedades, como juez privativo del concurso de POWERCELL, declaró la inexistencia de la compensación y ordenó a TELEFÓNICA reversarla. Ante la negativa de TELEFÓNICA de pagar las facturas indicadas en el numeral 4.80 de la demanda, POWERCELL inició proceso ejecutivo contra aquella, el cual a la fecha cursa en el Juzgado 36 Civil del Circuito.

6.2. Según la versión de la parte CONVOCADA.

LA CONVOCADA, por su parte, aporta su propia versión de los hechos al contestar la demanda y adicionalmente, invoca otros como soporte de sus pretensiones de la demanda de reconvención, los cuales, según su propia manifestación, se concretan en ésta a los incumplimientos que imputa a POWERCELL en la ejecución del contrato de agencia comercial. Las dos categorías aludidas se resumirán, en lo sustancial, por separado:

6.2.1. Según la contestación de la demanda.

6.2.1.1. LAS PARTES celebraron un contrato de concesión por iniciativa de POWERCELL, quien expresamente manifestó su interés en actuar como tal y no como agente comercial, según manifestaciones de sus socios incluso anteriores a la constitución de la sociedad.

6.2.1.2. El contrato respectivo, en efecto, se celebró el 19 de diciembre de 1994, pero su texto no fue impuesto por TELEFÓNICA y la minuta respondió a un proceso de negociación que se adelantó entre LAS PARTES, especialmente con quien para entonces era Gerente Comercial de POWERCELL, señor Claudio Sánchez Ferrer.

6.2.1.3. El sistema remuneratorio pactado en el contrato se sometió a una condición, por lo que la comisión sólo se causaba cuando se dieran todas las condiciones pactadas en el anexo b. El tenor literal de las cláusulas es claro y no fue producto de decisiones unilaterales de TELEFÓNICA.

6.2.1.4. El anexo b. del contrato sí fue modificado, pero no unilateralmente por TELEFÓNICA, pues los documentos correspondientes inician con el encabezado "entre las suscritas partes a saber...".

6.2.1.5. Las modificaciones contractuales obedecieron a situaciones de mercado que justificaban las respectivas reformas.

6.2.1.6. POWERCELL no era un simple intermediario sino un comerciante experto y no es cierto que realizara promoción de productos y servicios de LA CONVOCADA, pues ésta la hacía directamente a través de cuantiosas inversiones realizadas en la publicidad de sus productos.

6.2.1.7. Las deducciones y compensaciones correspondían a las acordadas contractualmente y obedecían a situaciones que constituían desatención de POWERCELL al proceso de venta de productos y servicios.

6.2.1.8. El préstamo solicitado por POWERCELL no obedeció a su precaria situación económica ocasionada por TELEFÓNICA, sino a la crisis económica generalizada en el país para esa época.

6.2.1.9. En cuanto al documento de Terminación y Transacción celebrado entre las partes en diciembre de 1998, no hubo exigencia alguna a POWERCELL para su suscripción y los valores reconocidos por ésta a favor de TELEFÓNICA, correspondieron a acreencias ciertas y no a imposiciones forzadas de aquella. La firma de dicho documento obedeció al deseo de TELEFÓNICA de cambiar su esquema contractual, para lo cual requería zanjar cualquier controversia que existiera relativa al contrato de concesión hasta entonces vigente. Aunque el texto del documento fue redactado por la demandada, lo cierto es que en la elaboración y configuración de su contenido intervinieron ambas partes.

6.2.1.10. En cuanto a la afirmación de que POWERCELL se vio obligada a renunciar a la cesantía comercial y a suscribir el pagaré por $307.746.503 a favor de TELEFÓNICA, como condición para que aquella pudiera continuar en el mercado, eso no es cierto, pues las renuncias contenidas en el acta de transacción comprendían concesiones recíprocas connaturales a esa figura jurídica y para ello no hubo fuerza, ni presión para su firma.

6.2.1.11. En cuanto al nuevo contrato, el de agencia, éste se celebró entre LAS PARTES de manera libre y espontánea y no es cierto que su contenido fuera similar al anterior. La forma de remuneración del nuevo contrato es la que las partes acordaron en su texto y resulta natural que ella obedezca al número efectivo de clientes que el agente obtenga y retenga para el empresario.

6.2.1.12. En cuanto a la modificación de las tablas de comisiones reduciéndolas e imponiendo condiciones cada vez más difíciles para el agente, eso no es cierto, pues las modificaciones operaron para todos los agentes comerciales de TELEFÓNICA y no se trató de un abuso de posición dominante, sino de la modificación de las

condiciones de una red de distribución, que se justificaba por las condiciones de mercado. El bono de permanencia constituía un pago sometido a condición suspensiva, que únicamente se hacía exigible al momento de materializarse la condición establecida.

6.2.1.13. Las reversiones de las comisiones no eran circunstancias impuestas caprichosamente por TELEFÓNICA, pues obedecían a la materialización de una serie de circunstancias conocidas de antemano por el distribuidor, que intentaban controlar los fraudes e inconvenientes que se presentaban con las líneas, los teléfonos y los servicios.

6.2.1.14. En el curso de las reuniones para la terminación y transacción del contrato de concesión, POWERCELL se comprometió a cancelar las obligaciones a su cargo mediante el otorgamiento de un pagaré en los términos del artículo 882 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el valor pudiera ser mayor o menor al revisarse el estado de cuenta.

6.2.1.15. Los pagarés tantas veces mencionados por POWERCELL, fueron emitidos por ésta a favor de TELEFÓNICA con el fin de refinanciar deudas anteriores del agente, dado su precario desempeño comercial. No se trató por tanto de una exigencia, sino de la implementación de un plan de financiamiento y beneficio a POWERCELL, a fin de facilitarle el cumplimiento de sus deudas.

6.2.1.16. No es cierto que el programa de amnistía fuera para compensar la baja en comisiones. Éste tenía la finalidad de incentivar a los agentes y no la de reconocer una supuesta situación calamitosa en el mercado. Las metas fijadas para lograrlo no eran imposibles ni alejadas de la realidad, a pesar de lo cual POWERCELL nunca las cumplió y por ello no accedió a los beneficios de la amnistía.

6.2.1.17. No es cierto que el pagaré careciera de causa y fundamento cambiario pues recogía en un solo documento el valor de la deuda que iba a ser condonada por TELEFÓNICA si POWERCELL cumplía las

metas para acceder al beneficio. Desde luego, esas condiciones fueron estudiadas y aceptadas en su momento por POWERCELL.

6.2.1.18. TELEFÓNICA no desplegó comportamientos nocivos dentro del trámite de reestructuración de POWERCELL y el voto negativo dentro del proceso de reestructuración, lo mismo que sus demás actuaciones dentro del mismo, correspondieron al ejercicio de un derecho legítimo por parte de TELEFÓNICA. El voto fue negativo, pues el acuerdo no presentaba ninguna solución efectiva para las acreencias de POWERCELL, en la medida que sujetó el pago de las mismas a las resultas del trámite arbitral.

6.2.1.19. No es cierto que la terminación del contrato por parte de TELEFÓNICA haya provenido de la entrada de POWERCELL en el trámite de reestructuración. Se dio por terminado por justa causa ante los evidentes, graves y esenciales incumplimientos en que incurrió POWERCELL. Por lo demás, en el momento de la terminación el agente adeudaba al empresario más de $ 1.400.000.000 derivados del giro ordinario del contrato y además, no había cumplido en los últimos tres meses con sus labores de agente comercial.

6.2.1.20. La compensación es un modo de extinguir obligaciones que opera en virtud de la ley, sin que se requiera la voluntad de las partes y en la fecha en que TELEFÓNICA la realizó, no tenía conocimiento de la entrada en reestructuración de POWERCELL. Además, fueron realizadas antes de la notificación al público de la admisión de POWERCELL al trámite aludido.

6.2.1.21. Respecto a las facturas cuyo pago echa de menos POWERCELL en el hecho 4.80, se advierte que para ello POWERCELL promovió proceso ejecutivo ante el Juzgado 36 Civil del Circuito, despacho que denegó la pretensión ejecutiva de la demanda. Por consiguiente, TELEFÓNICA no ha pagado las facturas aludidas, porque las mismas no prestan mérito ejecutivo en su contra.

Adicionalmente, la parte CONVOCADA hizo su propia exposición sobre los hechos adicionales relacionados con EL PROCESO INICIAL.

6.2.2. Según la demanda de reconvención.

6.2.2.1. En reunión celebrada el 29 de agosto de 1998, LAS PARTES convinieron por dar por terminado el contrato de concesión, acuerdo que se formalizó el 29 de diciembre de 1998 mediante el "Documento de Terminación y Transacción", en el cual dejaron consignado que efectuada la liquidación de las prestaciones mutuas a 30 de noviembre de 1998, existía un saldo a cargo de POWERCELL y a favor de TELEFÓNICA por $307.746.503 por reembolso de comisiones de afiliados que dejaron de serlo durante el término contractualmente estipulado, así como por equipos terminales de usuario de tarjeta prepago, y por otros conceptos, pactándose que durante enero de 1999 se revisaría el estado de las cuentas. En dicha reunión POWERCELL se comprometió a otorgar un pagaré en los términos del artículo 882 del Código de Comercio, sin perjuicio de que el saldo final fuera menor o mayor al determinado a 30 de noviembre de 1998, caso en el cual se haría el ajuste correspondiente. Adicionalmente, POWERCELL obtuvo un crédito de TELEFÓNICA por $40.000.000 y como consecuencia de ambas operaciones, POWERCELL suscribió los pagarés 02 y 01, respectivamente, por las partidas anotadas, después de lo cual se produjo la terminación y liquidación del contrato de concesión y se celebró uno nuevo de agencia comercial el 30 de diciembre de 1998.

6.2.2.2. Dentro de la ejecución del contrato de agencia comercial y como POWERCELL no había cumplido sus compromisos de agente con TELEFÓNICA ni los derivados de los pagarés 01 y 02 arriba citados, aquella suscribió tres pagarés bajo los número 001, 002 y 003 por valores de $509.903.042; $547.133.266 y $40.000.000 respectivamente, pactados a 36 cuotas el primero y a 24 los dos últimos.

6.2.2.3. Para el 20 de junio de 2001, POWERCELL no había atendido los instalamentos correspondientes, se había negado al pago, e incluso había rechazado el procedimiento compensatorio, todo lo cual constituye incumplimiento de las obligaciones contraídas.

6.2.2.4. Según lo pactado en el contrato de agencia, POWERCELL era el único responsable laboralmente por las personas que llegara a contratar para su operación. No obstante, no atendió adecuadamente sus compromisos laborales, lo cual determinó que sus trabajadores presentaran reclamaciones contra TELEFÓNICA, invocando responsabilidad solidaria de ésta. Adicionalmente, POWERCELL incumplió su obligación de extender una póliza de seguros para el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones, a favor de TELEFÓNICA, lo cual agravó la situación de ésta en tal sentido, propiciando que los empleados y subdistribuidores de POWERCELL procedieran al cobro de sus acreencias reteniendo los dineros que los nuevos suscriptores les cancelaban directamente con lo cual, adicionalmente se incumplió el procedimiento de pagos a favor de TELEFÓNICA. En el mes de junio de 2001 había por tanto 890 ventas no legalizadas por $65.902.813.

6.2.2.5. POWERCELL también incurrió en otras conductas diversas que implican incumplimiento contractual, tales como la desatención de compromisos con proveedores, bancos y contratistas, que obligaron a TELEFÓNICA a atender diversas órdenes de embargo, realización de ventas que debieron ser canceladas posteriormente por ser consideradas como fraude, existencia de gran cantidad de teléfonos supuestamente activados pero sin consumo; obligaciones insolutas a su cargo al 20 de junio de 2001 por valor de $1.425.692.722, etc., todo lo cual justificó con creces la determinación de TELEFÓNICA de dar por terminado el contrato.

6.2.2.6. Finalmente, se advierte que una vez comunicada a POWERCELL la decisión de dar por terminado el contrato de agencia comercial y cuando TELEFÓNICA se aprestaba a exigir el pago de las prestaciones a su favor, aquella decidió acogerse a un trámite de reestructuración, impidiendo cualquier pago a TELEFÓNICA, defraudando la legítima expectativa de pago que ésta tenía. TELEFÓNICA estima que las deudas de POWERCELL con ella a 30 de octubre de 2008 superaban la suma de $3.500.000.000, y que

adicionalmente deben pagarle la pena contractualmente establecida equivalente a 15.000 UPACs.

7. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL.

Antes de adentrarse de fondo en el estudio y la decisión de las controversias planteadas por las partes, el Tribunal estima necesario hacer unas precisiones, por una parte, y adoptar unas decisiones preliminares, por otra, en los siguientes términos:

A. Precisiones respecto de las pretensiones de la demanda.

Con el objeto de dar estricto cumplimiento al principio de congruencia que debe informar toda sentencia judicial, el Tribunal estima necesario hacer, *ab initio*, algunas precisiones relacionadas con las pretensiones de la demanda que dio origen al presente trámite. En efecto, el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil dispone que "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda...", mandato que obliga al Tribunal a precisar el marco de las decisiones que habrá de adoptar en esta providencia, en particular en lo que concierne a las pretensiones de la demanda principal y a la forma como han sido deducidas por la convocante. Así las cosas, una vez establecido el marco general de las múltiples pretensiones de la demanda, se delimitarán las materias y el alcance de las consideraciones y de las decisiones de esta providencia.

De modo general, puede advertirse que el Tribunal encuentra tres tipos de yerros en las pretensiones de la demanda principal, que pueden agruparse así: i) la invocación de algunas pretensiones subsidiarias de algunas pretensiones principales que no existen; ii) la referencia en los alegatos de conclusión a pretensiones cuya enumeración o referencia no existen en la demanda que obra en el expediente; y iii) la existencia de algunos errores en la enumeración de las pretensiones. Respecto de estas particulares circunstancias el Tribunal estima necesarias las siguientes precisiones.

i) Pretensiones subsidiarias que no dependen de una pretensión principal.

Con estricta sujeción a la enumeración utilizada por la convocante en la demanda incorporada al expediente, se encuentra que en ella se deducen algunas pretensiones subsidiarias de las pretensiones identificadas como "1.1.12, 1.1.13, 1.1.14, 1.1.15" "1.1.17, 1.1.18, 1.1.19, 1.1.20 y 1.1.2.1 (sic)".

Sin embargo, el estudio detenido de la demanda que corresponde hacer en este estado del proceso, permite constatar que bajo los números indicados no se estructura ninguna pretensión; dicho en otras palabras, tales números no corresponden a ninguna súplica. Puestas así las cosas, se estima que al no corresponder los números referidos —escogidos por la convocante— con una pretensión precisa y concreta, vale decir "Lo que se pretenda, expresado con precisión y claridad", en los términos del artículo 75, del Código de Procedimiento Civil, dichas pretensiones no existen y por sustracción de materia no hay lugar a que el Tribunal haga un pronunciamiento de fondo respecto de las mismas, toda vez que, en estricto rigor no contienen petición alguna, ni tampoco constituyen materia que amerite un pronunciamiento distinto en esta providencia como se verá más adelante en este laudo, particularmente en su parte resolutiva.

De modo consecuencial, al no existir en el proceso tales pretensiones principales, no hay lugar a decidir en la presente providencia las pretensiones deducidas como "subsidiarias" de aquellas principales que no existen, pues en estricto rigor, dichas subsidiarias dependen de aquellas y sólo hay lugar a resolverlas en el caso en que exista una decisión de mérito que resuelva en forma negativa las súplicas principales. Vistas así las cosas, al no ser procedente una decisión de fondo respecto de pretensiones principales inexistentes, por razonamiento lógico, tampoco habrá decisión de mérito sobre las respectivas pretensiones subsidiarias.

Esta última circunstancia concierne en particular a las pretensiones referidas en la demanda con la siguiente nomenclatura: "2.1.6.", "2.1.7." y "2.1.9". Por lo expuesto en precedencia, respecto de estas pretensiones tampoco habrá un pronunciamiento adicional en el presente laudo.

Establecido como ha quedado que, por una parte, la pretensión principal "1.1.15" no existe y que, por otra, ante la forma equívoca en que fue deducida no existe obligación legal de pronunciarse respecto de la pretensión "2.1.6.", en el presente laudo tampoco se incluirá pronunciamiento de fondo respecto de las pretensiones distinguidas con los números "3.1.1., 3.1.2, 3.1.3", las cuales se han planteado en la demanda como "segundas subsidiarias", pero sin que ellas correspondan, en últimas, a una súplica de índole principal. Con la misma lógica, tampoco habrá decisión de fondo respecto de las pretensiones con referencia "3.2.1." y "3.2.2." por ser ellas pretensiones de condena articuladas a las segundas pretensiones subsidiarias descritas en precedencia.

No cabe duda a este Tribunal de justicia que lo subsidiario accede a lo principal y depende de ello, sin autonomía. Es bien ilustrativa la definición que trae el diccionario de la Real Academia Española (vigésima segunda edición) del término "subsidiario" como aquello "que suple otro principal". A su turno y para mejor entendimiento de lo planteado, "suplir" es definido en la misma obra como aquello que "reemplaza o sustituye algo por otra cosa".

No es por tanto posible suplir, sustituir o remplazar algo que no existe dado que estos conceptos carecen de vida propia y encuentran su asidero justamente en aquello que reemplazan.

ii) Menciones en los alegatos de conclusión a pretensiones cuya enumeración o referencia no existen en la demanda.

Con apego igualmente al invocado principio de congruencia en virtud del cual "La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones **aducidos en la demanda** y en las demás oportunidades que este código contempla..." (Negrilla agregada), el Tribunal desarrollará sus consideraciones y decisiones conforme, entre otras, a las pretensiones de la demanda que no adolecen de las falencias indicadas en el punto precedente, al margen de que en su alegato de conclusión la convocante haya hecho referencia, también de manera equívoca, a pretensiones cuyos números no están contenidos en la demanda y que, en estricto rigor, no podrían ser consideradas por el Tribunal. Es de sobra sabido que no existe disposición legal que permita el planteamiento de pretensiones distintas en los alegatos de conclusión, razón por la cual en el curso

de esta providencia tampoco habrá definición ni pronunciamiento adicional respecto de pretensiones que fueron invocadas en las alegaciones finales por la convocante pero que no existen en la demanda y, que por consiguiente, no integran el *petitum* que es materia de decisión para el fallador.

iii) Existencia de errores en la enumeración de las pretensiones.

Por último, el Tribunal advierte que en la demanda, a continuación de la pretensión "1.1.10." (folio 14 del Cuaderno Principal 1), la convocante introduce la pretensión número "1.1.1". Respecto de esta circunstancia el Tribunal asumirá que se trata de un error mecanográfico o de digitación en la enumeración de esta súplica y entiende que la misma corresponde a la pretensión "1.1.11", pues resulta lógico, en primer lugar, deducir que después de la pretensión "1.1.10" ha de seguir la pretensión "1.1.11" y, en segundo lugar, que habiéndose articulado en el folio 3 del Cuaderno Principal 1 la pretensión "1.1.1", no tendría sentido identificar con el mismo número una pretensión cuyo contenido material es sustancialmente distinto. En consecuencia, el Tribunal asumirá que la pretensión distinguida con el número "1.1.1" que obra a folio 14 *ibidem*, corresponde en realidad a la pretensión "1.1.11".

B. Sobre la objeción por error grave al peritaje contable y financiero.

Como antes se señaló, mediante escrito radicado ante la Secretaría del Tribunal el 15 de julio de 2009, el señor apoderado de la parte convocada y reconviniente formuló objeción parcial por error grave al dictamen pericial contable rendido por el perito Tayron Alfonso Roa Vargas, en los términos del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, aduciendo en sustento de su posición lo siguiente:

i. Que el perito carece de versación para calcular la prestación del inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, que implica una valoración empresarial, la cual no podía determinarse por la vía de las ventas, criterio que el objetante considera insuficiente;

ii. Que el perito ha debido tener en cuenta los costos y egresos que hubieran podido representarle a la convocante los ingresos recibidos;

iii. Que no resulta razonable utilizar para tal efecto los criterios establecidos en el Código Sustantivo del Trabajo por resultar inaplicables para un asunto comercial de la naturaleza debatida.

iv. Que la fórmula utilizada por el perito "no puede ser la adecuada, pues resultan discutibles los criterios que el perito identifica como extensión, importancia del negocio y el volumen de los negocios que realizó POWERCELL..." (Subrayado Original)

v. Que el perito no ha debido tomar en cuenta para su ejercicio la fecha del 30 de abril de 2002, "como si hubiera voluntad de las partes para que el contrato se extendiera hasta ese momento".

vi. Que la parte que representa ha puesto de presente al Tribunal la necesidad de conocer el movimiento financiero y contable de POWERCELL para realizar una valoración de la empresa con base en sus indicadores, censurando que el perito hubiera realizado un ejercicio de carácter meramente didáctico limitándose a explicar desde su punto de vista científico en qué consistía la valoración de una empresa como POWERCELL, pero sin realizar análisis alguno, que era el objeto de la pregunta, ejercicio que echa de menos en el dictamen y que no aparece como si hubiera sido realizado por el perito.

vii. Que según la pregunta 16 de la solicitud de aclaraciones y complementaciones de su cuestionario, la solicitud formulada por su representada se orientaba a validar el procedimiento empleado por TELEFÓNICA para el cálculo de las comisiones de POWERCELL durante la vigencia de la relación contractual, la cual partía de la elaboración y explicación de una serie de variables que debían ser comprobadas para dar validez a la actuación de TELEFÓNICA.

viii. Que respecto a la fórmula presentada tendiente a validar el procedimiento empleado por TELEFÓNICA para calcular comisiones, el experto invirtió el orden de las variables trocando el resultado y la funcionalidad de la operación propuesta por TELEFÓNICA, generando un resultado equivocado.

En el resto del escrito de objeción el señor apoderado de TELEFÓNICA hizo precisiones legales y doctrinarias sobre el error grave en la determinación del objeto, sobre los vicios en su proceder, etc., y solicitó como prueba de sus imputaciones el testimonio del doctor Camilo Soto Franky el cual, en efecto, como ya se señaló, fue recibido por el Tribunal.

Sea lo primero señalar que el Tribunal comparte las apreciaciones de la parte convocada y ahora objetante contenidas en el memorial en cuestión sobre la conceptualización jurídica de error grave y su determinación. Sin embargo, el Tribunal encuentra necesario hacer algunas precisiones sobre los planteamientos del objetante, que pueden resumirse la siguiente manera:

Una cosa es la existencia de un error grave en el dictamen pericial y otra diferente que los parámetros del mismo o sus conclusiones resulten discutibles para las partes, pues como bien lo dice el impugnante, errar consiste en cambiar las cualidades propias del objeto examinado o sus atributos, por otros que no tiene y otra cosa bien distinta, que no exista conformidad o anuencia de cualquiera de las partes con las apreciaciones, inferencias, juicios y deducciones de los expertos.

Cuando de realizar una operación matemática se trata, como ocurre, por ejemplo con la liquidación de la prestación indicada en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, desde luego que el error puede determinarse con bastante facilidad, teniendo en cuenta que se trata de desarrollar una fórmula matemática establecida por el legislador, la cual debe aplicarse con los insumos tomados de la contabilidad derivada de la relación comercial entre las partes. No ocurre lo mismo con la prestación del inciso segundo de la norma aludida, pues es claro que ésta no obedece a una fórmula determinada sino a unos criterios generales establecidos por el legislador, quien señaló la necesidad de tener en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios adelantados por el agente en desarrollo del contrato, lo cual no ata al perito y por supuesto tampoco al juez a una operación aritmética, por cuanto existen diversas formas o mecanismos para valorar una empresa o los esfuerzos realizados por el agente en el desarrollo del contrato.

Desde esa perspectiva, el Tribunal ha encontrado razonable el ejercicio elaborado por el señor perito y reseñado en el punto 7.9 del presente laudo, pero destaca que hubiera podido aplicarse otro criterio diferente, igualmente válido, sin que ello implique la existencia de un error grave en la experticia.

Ahora, en cuanto a la censura de que el perito haya tomado en cuenta para su ejercicio la fecha del 30 de abril de 2002, "como si hubiera voluntad de las partes para que el contrato se extendiera hasta ese momento", estima el Tribunal que tampoco se trata de un error grave, pues simplemente es una apreciación del experto, ya que el contrato cuestionado estaba pactado hasta el día 1º. de abril de 2.002, esto es, para el mismo mes y año considerados por el perito, aunque con día diferente y uno de los factores que tuvo en cuenta el perito para cuantificar la indemnización pretendida fue el posible término restante para la terminación pacífica del contrato, por vencimiento del término y por tanto, independientemente de que el Tribunal acepte o no los criterios del perito, no puede decirse que represente yerro de significación el tomar como base de liquidación la voluntad contractual de las partes que ciertamente iba hasta abril de 2002 ni, que tenga relieve jurídico ni económico el tener en cuenta un día diferente de un mismo mes y año.

Respecto a cuestionar en el numeral 3.2 de la objeción, que el perito hubiera hecho un ejercicio de carácter meramente didáctico, limitándose a explicar desde su punto de vista científico en qué consistía la valoración de una empresa como POWERCELL, sin efectuar la valoración solicitada, el Tribunal considera que tampoco se trata de un error con las connotaciones señaladas en el estatuto procesal, con la virtualidad de arrasar con los resultados del dictamen, sino una condición de insuficiencia del dictamen que desde luego debería subsanarse, por una parte mediante las pruebas propias de la etapa de contradicción y por la otra, siempre y cuando el Tribunal considerara este punto relevante para los temas a resolver. En este orden de ideas, el Tribunal estima que la única prueba pedida para acreditar la objeción –la declaración del testigo técnico Soto Franky- no resultó tampoco adecuada para la valoración pretendida por TELEFÓNICA, y tampoco necesaria para lo que habrá de decidirse en el presente laudo.

Finalmente, en lo atinente a la fórmula que supuestamente estuvo mal desarrollada por el perito, el Tribunal constata que en efecto ello ocurrió por cuanto se produjo la inversión de una fórmula que se orientaba a demostrar si la disminución en las comisiones superaba o no el 20 % señalado como tope máximo para la rebaja de éstas. Sin embargo, lo cierto es que el ejercicio reclamado, en el cual se cometió el error, no resultó relevante en manera alguna para lo decidido en el proceso, por cuanto de un lado, el Tribunal realizó el análisis cuantitativo de las rebajas observando y comparando las diversas tablas de comisiones, sin aplicar para ello fórmula matemática alguna y por el otro, no tuvo la oportunidad de reliquidarlas, de la manera y por las razones que se expondrán al desarrollar la parte pertinente del presente laudo, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 238 numeral 4 del Código de Procedimiento Civil.

De esta manera el Tribunal concluye que, por una parte, la mayoría de los errores imputados al peritaje no tienen el carácter de tales sino de diferencias de criterio entre una de las partes y algunos de los resultados de la experticia y por la otra, que el error que en efecto se cometió, relativo al desarrollo de una fórmula, no fue determinante de las conclusiones del perito y además carece de relevancia alguna para lo decidido en el presente proceso.

C. Sobre la tacha de testigos.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, el señor apoderado de la parte convocante tachó como testigo sospechoso al señor Camilo Soto Franky, autor de la experticia financiera de la firma VALFINANZAS, Banca de Inversión, fechado el 2 de febrero de 2009 y aportado por TELEFÓNICA al proceso durante el trámite de contradicción del dictamen y por tanto, se tendrá como alegaciones de ésta, en los términos del artículo 238 numeral 7° del Estatuto Procesal, aduciendo la relación contractual entre la sociedad convocada y la Banca de Inversión aludida, la cual fue reconocida por el testigo en mención y resulta por lo demás evidenciada en el proceso, por lo cual no se hizo necesaria prueba adicional al respecto.

En otros testimonios obrantes en el proceso como prueba trasladada, aparecen algunas otras tachas, como la de la señora María Elizabeth Flórez, por parte del

apoderado de TELEFÓNICA; la señora María Mercedes Molina Araújo; y del doctor Mauricio Eugenio Giraldo Mejía por parte del apoderado de POWERCELL.

El Tribunal ignora si hubo otras tachas que no consten en el texto de la prueba trasladada sino en cualesquiera otras piezas del PROCESO INICIAL, pero de todas maneras, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 218 en comento, el Tribunal ha apreciado la totalidad de los testimonios rendidos en el proceso a la luz de las vinculaciones de los deponentes con cualquiera de las dos partes, o las relaciones de dependencia con ellas, bajo la consideración, como es natural, de que justamente esa relación y esa vinculación son las que permiten dar cuenta y razón de la celebración, ejecución o terminación de los contratos objeto del proceso y por tanto, ha tenido en cuenta todas esas circunstancias particulares en la valoración no sólo de los testimonios tachados, sino de todos los demás obrantes en el proceso.

7.1. Sobre el documento denominado Acuerdo de Terminación y Transacción, la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal por la "cosa juzgada" derivada de este y por la inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral en el mismo.

Aunque dentro de un esquema lógico debería el Tribunal desarrollar sus consideraciones en el orden en que se produjeron los diversos negocios jurídicos entre las partes y en la secuencia de ejecución de los mismos, se estima procedente empezar el análisis por el documento denominado **Terminación y Transacción**, pues teniendo en cuenta su contenido y su validez, derivará la procedencia o no de las excepciones de "falta de jurisdicción y competencia" e "inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral" alegadas, y resultará o no pertinente que el Tribunal se ocupe de la primera de las relaciones contractuales celebradas entre las partes, esto es, del denominado "Contrato de Concesión". De ello dependerá entonces que se establezcan similitudes o diferencias entre las dos relaciones jurídicas; que se determine si ambas correspondieron o no al mismo propósito negocial; que se precise si hubo o no solución de continuidad en la contratación, etc.

En fecha no determinada en el texto, pero con firmas autenticadas y contenido reconocido notarialmente por las dos partes el 30 de diciembre de 1998, obra en

diversos sitios del expediente, entre ellos a folios 48 y siguientes del cuaderno de pruebas No. 1 del presente proceso, el documento denominado Terminación y Transacción celebrado entre POWERCELL y CELUMÓVIL, del cual se destacan resumidamente algunos apartes, así:

"PRIMERO.- Que el día primero (1°) de julio de 1994, entre las mismas partes se celebró un Contrato de Concesión respecto del servicio de telefonía móvil celular, contrato que a la fecha está vigente.

SEGUNDO.- Que las partes han decidido de común acuerdo dar por terminado, a partir del día veintinueve (29) de diciembre de 1998, el Contrato de Concesión referido.

TERCERO.- Que efectuada la liquidación de las mutuas prestaciones existentes en virtud del referido Contrato de Concesión hasta el día treinta (30) de noviembre de 1998, las partes encontraron que existe a cargo del **Concesionario** y a favor de **Celumóvil** una obligación dineraria por la suma de (...) 307.746.503.oo por 1) reembolso del pago de comisiones por afiliaciones de suscriptores que dejaron de serlo antes del plazo establecido en el Contrato de Concesión; 2) valor de equipos terminales de usuario (...) 3) valores del servicio de telefonía móvil celular de **Celumóvil** prestado al **Concesionario** (...) 4) compensación con las comisiones adeudadas al **Concesionario** por afiliaciones al servicio de telefonía móvil celular hasta el treinta (30) de noviembre de 1998..."

Las partes convinieron que precisarían los valores exactos antes del treinta y uno (31) de enero de 1999, pero pactaron que si para entonces no han convenido una nueva cifra, seguirá en firme la anterior.

Se señala a continuación que el concesionario cancela la obligación aludida con la entrega de un pagaré en los términos del artículo 882 del Código de Comercio por la suma de $307.746.503.

En la cláusula Quinta se pacta que como a la terminación del contrato derivada de este documento no ha sido posible establecer las mutuas prestaciones de las partes correspondientes al mes de diciembre de 1998, éstas se obligan a efectuar la liquidación correspondiente a más tardar el treinta y uno (31) de enero de 1999.

En dicho documento se plantean las supuestas controversias entre las partes por la devolución de comisiones y sobre la naturaleza del contrato y como consecuencia de ello, en la cláusula Décima deciden poner fin a la controversia y precaver o evitar cualquier futuro litigio, para lo cual transigen las diferencias entre ellas respecto al Contrato de Concesión y renuncian a sus recíprocas pretensiones, declarándose mutuamente a paz y salvo, pactando la terminación del contrato.

Por consiguiente, es claro que el documento parcialmente transcrito cumple formalmente los requisitos de una transacción, por cuanto se dan los elementos legal, jurisprudencial y doctrinariamente requeridos para ello, en especial, pero no exclusivamente, con respecto a la capacidad de las partes, la existencia de una controversia entre ellas, las concesiones recíprocas y en fin, la vocación mutua de solucionar un litigio o prevenir uno eventual, mediante un acuerdo con fuerza de cosa juzgada.

En ese orden de ideas, no es de recibo para el Tribunal que la convocante desmienta lo declarado bajo su propia firma en el sentido de que existía una controversia, expresa o latente, sobre la naturaleza jurídica de la relación contractual, o sobre el móvil determinante de la transacción, pues ello equivaldría a validar la repugnancia de los contratantes a sus propias actuaciones pasadas, lo cual sería atentatorio de la buena fe e iría en contravía de la seguridad que debe presidir la celebración y ejecución de los negocios jurídicos.

No obstante, de las pretensiones de la demanda arriba transcritas se destaca que la parte convocante solicita se declare la existencia de una única relación jurídica contractual de agencia comercial, es decir, con abstracción del acuerdo de Terminación y Transacción, invocando la nulidad por fuerza como vicio del consentimiento de la mayoría de las estipulaciones (pretensiones principales), o la inexistencia y/o indeterminación del objeto (primeras pretensiones subsidiarias), o el incumplimiento de las obligaciones emanadas del acuerdo aludido, que conducirían a generar como consecuencia la retrotracción de los efectos de dicho negocio jurídico a la época anterior al mismo (segundas pretensiones subsidiarias). A su turno, aunque en sentido contrario, el apoderado de la parte convocada invoca como excepciones de mérito, la falta de jurisdicción y competencia del Tribunal en razón de la cosa juzgada que se deriva del contrato de transacción; la inexistencia de cláusula compromisoria en el mismo; la ratificación por la convocante de los actos considerados por ella misma como nulos, etc., por lo cual el Tribunal deberá profundizar en la esencia del aludido acuerdo, y particularmente en la validez del mismo o en la existencia del posible vicio del consentimiento alegado por la convocante.

Para el efecto resulta menester acudir a algunos documentos del proceso, a ciertos testimonios obrantes en el mismo y por supuesto, a las propias declaraciones de parte, de todo lo cual se extracta:

A folio 30 del cuaderno de pruebas No. 1 aparece una comunicación de POWERCELL a CELUMÓVIL del 22 de diciembre de 1998, donde le solicita un anticipo sobre los bonos trimestrales y semestrales en cuantía de $40.000.000, argumentando que se trata de "completar nuestro pago de primas y nómina de la operación POWERCELL, que como usted sabe, a raíz de la crítica situación, por la que atraviesa nuestro país, nuestro Concesionario no ha podido sustraerse a ella...".

En el folio 34 del mismo cuaderno, obra recibo de caja de POWERCELL por valor de $40.000.000, correspondiente al dinero recibido de CELUMÓVIL, por concepto de "valor préstamo", fechado el 30 de diciembre de 1998, esto es, el día en que se produjo el reconocimiento y autenticación de firmas del acuerdo de Terminación y Transacción, y la del nuevo Contrato de Agencia.

En el folio 36 subsiguiente, reposa una comunicación de CELUMÓVIL a POWERCELL donde le remite originales del convenio de Terminación y Transacción del Contrato de Concesión y del Contrato de Agencia Comercial de diciembre 29 de 1998, para su legalización y donde igualmente, le envía fotocopia de los pagarés 001 por $40.000.000 y 002 por $307.746.503.

Diversos testimonios recibidos en EL PROCESO INICIAL y aceptados como prueba trasladada corroboran lo ocurrido respecto a estos negocios jurídicos de finales del año 1998, dentro de los cuales cabe citar como ejemplos:

El doctor CARLOS BERNARDO CARREÑO RODRÍGUEZ, quien por la época se desempeñaba en la convocada como Secretario General, señaló:

"...Encontramos en este momento también que era necesario despejar las dudas que pudieran caber sobre esa figura de agencia mercantil y consideramos que era el momento apropiado para que ambas partes dejaran en claro que fuera cual hubiera sido la relación, bien de concesión como nosotros entendíamos que lo era, o bien de agencia mercantil como lo alegaban los concesionarios, era el momento precisamente para transigir precisamente esas diferencias y habida cuenta de las sumas de dinero tan elevadas que nos estaban adeudando, se prestaba la oportunidad para transigir y para renunciar mutuamente del lado de los concesionarios a la cesantía mercantil a la cual habrían tenido derecho de hacer el contrato de agencia mercantil y del lado nuestro

renunciábamos a las devoluciones de dinero, limpiando de esa manera en forma definitiva la relación existente entre las partes.

(...)

En cuanto a los convenios de terminación y transacción es lo único que hay y asumiendo que el contenido es igual el de todos ello, el procedimiento que se utilizó fue que el Departamento Jurídico de Celumóvil redactó el tipo de convenio de terminación y transacción y las cifras que se incluían desde luego se ponía a consideración de los concesionarios y si tenían alguna objeción fundamental, pues la discutíamos con ellos, pero en lo fundamental el convenio quedó redactado por el Departamento Jurídico de Celumóvil..."

En sentido similar se manifestó la señora MARÍA CONSUELO RAMÍREZ GUILLEN, quien por la época se desempeñó como Gerente Comercial de Concesionarios de la convocada, así:

"...DRA. CEDIEL: Le puede contar al Tribunal cómo fue ese proceso de encuentro de Celumóvil con los diferentes concesionarios para ese ajuste de los nuevos términos de contrato?

SRA. RAMÍREZ: Claro que sí. Se citaban en forma individual, este proceso lo hicimos con el secretario general en su momento el doctor Carlos Carreño y se tenía que tener el apoyo de las demás áreas para la información. Se le comentaba al concesionario en ese momento las ventajas que tenía de pasarse de un contrato a otro, se mostraba el estado de cartera que no era definitivo en el caso de Patricia y de Powercell, yo me acuerdo que esto lo firmamos casi un 26 ó 24 de diciembre y se decía, hay una deuda tentativa, según los reportes de cartera usted está debiendo tanto por shum, tanto por inventario, tanto por línea demo, lo que tuviera en cartera.

Se mostraba cuál sería el beneficio de condonar la deuda al 30%, se refinanciaba la otra deuda del 70%, se firmaba un pagaré por la deuda, un pagaré abierto con la carta de instrucciones y se firmaba el nuevo contrato. Era potestad de la persona aceptar o no aceptar ese cambio de contratación.

Incluso en el caso de Powercell, en ese mismo día que era casi un 24 de diciembre, se les prestaron $50.000.000, porque ella tenía una necesidad de efectivo y pidió que se le prestara plata y se le prestó..."

Por su parte, el señor MAURICIO CAICEDO FERNÁNDEZ funcionario de la convocada para la época de ejecución del negocio ahora analizado, señaló:

"...Yo la encargué de mi puesto en ese tiempo estaba como director de ventas todavía y había otro vicepresidente comercial y ella se reunió con cada uno llamó a sus reuniones tres, cuatro al día y aproximadamente durante los días de diciembre casi todo el mes los fue llamando para discutir y presentarles el nuevo contrato y de hecho pues recordando cuando yo llegué en enero la gran mayoría lo firmaron, por lo menos 20 de 30 ó 25 de 30 sin ningún inconveniente pues aceptaron las condiciones que se replanteaban en el nuevo contrato y firmaron algunos pidieron tiempo para mirarlo y después firmaron y uno que otro por ahí finalmente lo firmó, algunos no firmaron pero el proceso fue así: fue hablando con cada uno y entregándoselo, muchos decían déjeme lo llevo para hablarlo con mi abogado y a los 10, a los 15 días en enero en febrero lo firmaban y algunos creo que algunos creo que pasaron hasta dos años y nunca lo firmaron, o sea en la práctica siguieron con el contrato viejo y ya eso no me meto a aseverarlo porque no estoy en la empresa pero yo creo que alguno debe quedar todavía o con el viejo primer contrato de toda la vida o con alguna o una firma muy últimamente cuando yo me retiré había algunos que no habían firmado el contrato todavía básicamente...".

En cuanto al dinero prestado por la convocada a la convocante coetáneamente con la celebración del acuerdo de Terminación y Transacción, el señor WILLIAM MARIANO QUIROGA ORTÍZ, Gerente de Recaudos de TELEFÓNICA manifestó:

"...DR. MEDRANO: Muy bien. Quiero referirme en ese orden de ideas al pagaré a la suma que dice usted le fue prestada en efectivo a Powercell por la suma de 40 millones en el mes de diciembre del año 98, sabe usted o recuerda cual fue el destino o cual fue la razón que justificó la petición de ese préstamo de parte de Powercell a Bellsouth.

SR QUIROGA: Pues en ese momento hacia finales del año 98 pues específicamente Powercell tenía algunas dificultades de flujo de caja lo que se hizo fue que esas obligaciones que se tenían se hizo una refinanciación pues de largo plazo con Powercell y adicionalmente se le hizo un préstamo para que ellos pudieran atender pues y financiar el flujo de caja o el estado de caja que tenía en ese momento Powercell pero entiendo que fue para financiar básicamente un déficit que presentaba en ese momento Powercell en su caja..."

A su turno, la señora CLAUDIA STELLA TASCÓN DURÁN, en su tiempo Vicepresidente Comercial de la convocada, expresó ante el Tribunal:

"...SRA. TASCON: Sirvió y sirvió para mucho hubo como dos etapas, la primera fue cuando la transición que se hizo en el 98 y ahí se hicieron muchos acuerdos comerciales y mucha gente quedó saneada ahí pero luego llego del 98 al 2000 que surgieron unos nuevos problemas por la política de BellSouth en ese momento, pero hubo lo que tengo entendido es que en el 98 hubo una gran ayuda económica para los agentes comerciales, que lógicamente quedaron pendientes unas deudas que tenían que ir saneando en el transcurso del tiempo y que los agentes comerciales no cumplieron ese compromiso y en el 2000 yo llegué y estaban vivas las deudas...".

Obra también en el proceso la declaración de otro concesionario de la convocada para la época de los hechos, señor CARLOS EDUARDO RAMÍREZ QUINTERO, representante legal de Valores y Descuentos Ltda., precisamente uno de aquellos que según lo antes expuesto no se avino a aceptar el acuerdo propuesto por la convocada, quien en su declaración sobre el particular expuso:

"...SR. RAMÍREZ: En el año 1998 Celumóvil nos llama para que firmemos un nuevo contrato, nosotros ante ese hecho porque cambiaban las condiciones del contrato más onerosas para el distribuidor nos abstuvimos de firmar dicho contrato a raíz de la negativa nuestra de firmar el contrato nos vimos entonces presionados por Celumóvil en el sentido de que no nos empezaron a despachar teléfonos para la venta de los mismos, nos bloquearon los códigos en las diferentes ciudades en donde nosotros teníamos la distribución y en fin para seguir nuestra actividad y por lo tanto no pudimos seguir trabajando con Celumóvil.

Igualmente, nos querían hacer firmar un pagaré de unas supuestas obligaciones que nosotros teníamos con ellos por concepto de churk por concepto de unos teléfonos dizque nosotros le adeudábamos a ellos y nosotros por consiguiente nunca firmamos ese pagaré, ni ese nuevo contrato, entonces el contrato pues prácticamente no se puso seguir desarrollando y posteriormente nosotros entonces entablamos un Tribunal de Arbitramento en donde reclamamos una indemnización por una cancelación unilateral del contrato por parte de ellos porque no podíamos desarrollar el objeto social y reclamamos la agencia comercial, en ese Tribunal resultamos vencedores contra Celumóvil

(...)

SR. RAMÍREZ: Porque cambiaba la escala, porque si usted vendía en esa época 10.000 teléfonos le pagábamos $100.000 por teléfono y paso a que usted tenía que vender 20.000 teléfonos para pagarles los mismos $100.000, algo así, un cambio de escala de comisiones que nosotros no estábamos dispuestos a aceptar.

(...)

SR. RAMÍREZ: No, es que a raíz de la no firma del contrato, Celumóvil empezó a atrasarnos el pago de comisiones, entonces hubo un momento en que llevábamos por ahí cinco meses sin pago de comisiones y ellos aducían que nosotros les debíamos una plata por el concepto de shurn, por concepto de teléfonos, entonces que nos iban a cruzar esa deuda o que nosotros les firmáramos un pagaré por esa obligación.

Nosotros por consiguiente nos abstuvimos de firmar ese pagaré nunca vimos el documento en sí, nunca, nos dijeron fírmenos un pagaré por la deuda para ponernos al día y pagarle el excedente de las comisiones a las que usted tenga derecho, nosotros no firmamos eso, inclusive dentro ya del Tribunal cuando nosotros resultamos vencedores ellos nos pagaron parcialmente el valor fijado en el Tribunal porque se descontaron la supuesta obligación nuestra y nos tocó inclusive demandarlos nuevamente, embargarlos para que nos reconocieran esa plata que nos habían quitado y les tocó devolvernos la plata que nos habían quitado

(...)

SR. RAMÍREZ: Nosotros teníamos una oficina en Ibagué, en Neiva y en Florencia, a raíz de la no firma del nuevo contrato el gerente nacional de ventas, inclusive le manda un e-mail a la gerente de Celumóvil en Ibagué diciéndole por favor no entregar teléfonos y bloquear código a Valores y Descuentos Ibagué hasta tanto no firme el nuevo contrato.

Nosotros hablamos con la gerente y dijo tengo orden de no entregarle ni teléfonos, ni código para las ventas de ustedes, si ustedes quieren para que los asesores suyos no pierdan las ventas metan las ventas con el código de gerencia de Celumóvil Ibagué, por supuesto nosotros autorizamos sabiendo que nosotros ya no íbamos a percibir ningún ingreso, peor para que los asesores no tuvieran, no se quedaran sin ganarse un peso dijimos metan las ventas por ahí.

DR. SERNA: Cuando usted dice al Tribunal que deciden no firmar nuevo contrato eran conscientes de qué podía pasar, cuál era la actitud que iba a seguir Celumóvil frente a eso, ustedes fuero racionalmente conscientes de qué pasaba o ustedes simplemente pensaron sigue el contrato y sigo?

SR. RAMÍREZ: No, de hecho no firmamos eso, En Ibagué nos bloquearon, pero en Neiva estábamos vendiendo, en Florencia estábamos vendiendo y ya después sí paulatinamente nos fueron bloqueando en todas las ciudades...".

Para concluir a este respecto, el Tribunal considera pertinente citar algunos apartes de las declaraciones de parte de los representantes legales de las empresas en conflicto, en los que se destaca:

El señor MAURICIO ZAGARRA, Representante legal de la convocada, en su declaración de parte, expresó:

"...DR. MEDRANO: **Pregunta No. 5.** Desde el punto de vista de Celumóvil cuáles fueron las razones que determinaron el cambio del denominado contrato de concesión por el contrato de agencia comercial el caso particular de Powercell.

SR. ZAGARA: No fue un caso particular, eso se hizo con todos los concesionarios y...en la que se involucró obviamente a Powercell como concesionario también, pero todo el proceso de conversación con todos los concesionarios a quienes se les llamó a solucionar posibles diferencias que existían en la relación contractual mediante un acuerdo de terminación y como digo no fue un

caso particular, fue una determinación especifica con Powercell que se tuvo con todos los concesionarios una decisión similar.

DRA. PEÑA: Dice el cambio se tomó de pasar de un contrato a otro para solucionar diferencias?

SR. ZAGARA: Es decir se llamó a los concesionarios para que se pudiera entender si existían esas diferencias y solucionar las diferencias en lo que podía ser como quedó consignado en el contrato de transacción y si existía o no un contrato de agencia comercial y al mismo tiempo unas deudas que tenían unos concesionarios con la compañía, entonces hubo conversaciones previas, se negoció esa terminación por mutuo acuerdo y se consignó en contratos de transacción y el punto mío estaba encaminado a ver si se llegó a una situación particular o que obedeciera a unas razones en particular que estuviera viviendo Powercell o que la relación contractual específica entre Powercell y la compañía, esa fue una situación general con todos los concesionarios...".

En cambio, la representante legal de la convocante señora MARÍA PATRICIA MONTEJO SALGAR, en su declaración de parte, manifestó:

"...SRA. MONTEJO: Es cierto que Powercell recibió $40 millones en diciembre/98, habían sido solicitados para cubrir las primas que había que cancelar el 15 de diciembre a raíz del déficit de caja que tenía Powercell por las reversiones de durante todo el segundo semestre de 1998 sobre los cuales no había percibido realmente ingresos significativos por no decir nulos.

Este préstamo se otorgó básicamente cuando se firmó el acta de transacción, quedó condicionada el acta a ese préstamo, aclaro, el préstamo quedó condicionado a la firma del acta de transacción.

(...)

SRA.. MONTEJO: El pagaré No. 002 por $307 millones se firmó e igualmente era parte del proceso de la firma del acta de transacción, incluía algunos valores que BellSouth venía facturando por reversiones o por el famoso denominado churn, tenía creo algunos valores por tarjetas prepagadas sobre despachos que nos habían realizado de tarjetas, no se habían podido cumplir igualmente porque veníamos sin ingresos en la empresa en ese año y si no estoy equivocada incluida algunos valores por el uso de las líneas demo que se excedían de los minutos que se nos otorgaban, fue firmado si no estoy equivocada, igualmente, simultáneamente con el pagaré de $40 millones.

DR. SACHICA: Señor presidente la declarante debe precisar si es cierto o no es cierto.

SRA. MONTEJO: Si es cierto que se firmó el pagaré simultáneamente con el de $40 millones y era parte de lo que había que hacer para firmar el acta de transacción..."

A propósito de este punto de la discusión, vale la pena traer a colación la teoría de los actos propios, en cuanto resulte aplicable al caso, respecto a la cual Diez Picazo señala entre otras cosas:

"I. La conducta vinculante

Para que pueda aplicarse la doctrina de los actos propios, tal y como aquí tratamos de configurarla, se requiere, en primer lugar, que una persona haya observado una conducta determinada. Se habla de "conducta" cuando se tiene en cuenta "la actitud adoptada o el proceder general de una persona en una relación jurídica" (...).

II. La Pretensión

"La regla, conforme a la cual nadie puede venir contra sus propios actos, significa, decíamos más arriba, que una pretensión contradictoria con la propia conducta es inatendible y ha de ser, si se traduce en una actuación judicial, desestimada" (...)

III. La Contradicción

"El tercer elemento o presupuesto de aplicabilidad de nuestra regla, es la existencia de una contradicción entre la anterior conducta vinculante y la posterior pretensión litigiosa (...)"[2]

Es claro para el Tribunal, según lo antes anotado, que en el asunto objeto de controversia se dan los tres elementos invocados por Diez Picazo y que ciertamente POWERCELL, al suscribir el acuerdo de Terminación y Transacción y continuar por un largo periodo con actos y negocios jurídicos derivados del mismo, adoptó un comportamiento de carácter vinculante, esto es, de naturaleza obligatoria y que ahora, al demandar, su posición resulta contradictoria con la conducta anteriormente descrita, por lo cual se da la contradicción entre la posición inicial y la pretensión litigiosa, lo cual hará que esta última no esté llamada a prosperar.

Igualmente a este respecto es ilustrativo para el Tribunal lo indicado en el laudo arbitral de Concelular S.A. vs Comcel S.A. fechado el 1° de diciembre de 2006, en el que se afirma específicamente lo siguiente:

"No encuentra el tribunal que la Teoría de los Actos Propios sea inaplicable en el escenario de los contratos de adhesión...".

De lo someramente transcrito sobre las circunstancias de modo, tiempo y lugar en que se celebró el acuerdo de Terminación y Transacción, resultan claras para el Tribunal varias conclusiones:

i) Para fines del año 1998 la convocada tenía en vigencia diversas relaciones comerciales con quienes se denominaban concesionarios, encargados de procurar la venta de los bienes y servicios proporcionados por aquella;

ii) Para entonces, la convocada tomó la decisión de cambiar la denominación de los contratos los cuales, valga decirlo de una vez, obedecían a un único patrón negocial;

iii) La redacción de los nuevos contratos estuvo a cargo de la convocada;

iv) Para lograr la transición entre los dos esquemas de contratación, concesión y agencia comercial, la convocada propuso a sus concesionarios la celebración

[2] DIEZ PICAZO, Ponce de León Luis. La Doctrina de los Propios Actos, Bosh, Barcelona, Pgs. 194, 217 y 228.

previa de un acuerdo que tenía como fin dar por terminada la relación precedente, efectuar una liquidación de cuentas hasta esa fecha, documentar la deuda o deudas que surgieran de la misma y pactar un paz y salvo como epílogo de la relación de concesión y base o sustento de la relación de agencia;

v) Para la época en que lo anterior se proyectaba, POWERCELL acusaba dificultades económicas y había solicitado a TELEFÓNICA un anticipo para atender compromisos de fin de año, especialmente con sus trabajadores;

vi) El acuerdo de Terminación y Transacción se celebró el 30 de diciembre de 1998;

vii) En el acuerdo aludido, la convocante reconoció obligaciones dinerarias a favor de la convocada, documentó la deuda en pagaré y aceptó la revisión futura y el eventual ajuste de los valores de la misma;

viii) El Contrato de Agencia Comercial se legalizó igualmente entre las partes el 30 de diciembre de 1998;

ix) El 30 de diciembre de 1998, TELEFÓNICA concedió a POWERCELL el crédito o anticipo solicitado por $40.000.000.oo.

Según lo anterior, es evidente que existió un claro hilo conductor entre el acuerdo de Terminación y Transacción, la entrega del anticipo o préstamo por parte de TELEFÓNICA a POWERCELL, la suscripción de los reconocimientos de deuda por parte de esta última y la inmediata celebración del Contrato de Agencia Comercial, por lo que resulta necesario para el Tribunal analizarlos en conjunto.

Se ha alegado por la convocante a lo largo del proceso que el acuerdo de Terminación y Transacción se suscribió por un consentimiento viciado por la fuerza, haciendo consistir ésta, de manera inmediata, en la imposibilidad de recibir el crédito o anticipo necesario para atender urgentes necesidades con sus trabajadores y de manera mediata, en el temor de perder el contrato y con él, los esfuerzos realizados hasta entonces para la comercialización de los productos y servicios de la convocada.

El artículo 1513 del Código Civil señala que "La fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición. Se mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temor de verse expuesta a ella, su consorte o alguno de sus ascendientes o descendientes a un mal irreparable y grave". Por su parte, la jurisprudencia y la doctrina son claras y uniformes al señalar, como consecuencia del precepto anterior, que la fuerza puede ser física o moral. Se descarta desde luego que las personas jurídicas puedan ser víctimas de la fuerza, pues su capacidad de ejercicio está radicada en cabeza de personas naturales, quienes, como es obvio, pueden ser objeto de presión que las lleve a tomar determinaciones no deseadas respecto de la entidad en cuyo nombre o por cuya cuenta actúan.

El maestro Ospina Fernández señala respecto de la fuerza dirimente:

"...como ya lo hemos explicado, el Artículo 1513 del Código Civil exige para el efecto indicado que la fuerza alcance cierta intensidad, pero además, es necesario, de acuerdo con la doctrina y la jurisprudencia tradicionales, que la fuerza también sea injusta. De manera que las condiciones de que se trata son dos, a saber: una de orden cuantitativo, y otra de índole cualitativa".[3]

No duda entonces el Tribunal, según las diversas pruebas antes citadas, que durante las últimas semanas de 1998 se presentaron variadas situaciones encaminadas a la celebración del acuerdo que finalmente se denominó Terminación y Transacción y que algunas de ellas podrían calificarse de coercitivas, como lo pretende la parte convocante. Igualmente, resulta evidente que la convocante se encontraba atravesando por una difícil situación debida principalmente al cambio en las condiciones económicas del negocio y como consecuencia de ello, a la reversión de comisiones; que POWERCELL tenía para esa época requerimientos económicos para atender sus obligaciones comerciales y laborales y que por tal razón había solicitado a TELEFÓNICA un crédito de 40 millones de pesos, cuyo otorgamiento se le había condicionado, de alguna manera, a la suscripción del nuevo contrato, y que, finalmente, POWERCELL podría haber abrigado el temor de perder la concesión o en otras palabras, de no acceder al nuevo Contrato de Agencia Comercial cuya negociación estaba en ciernes, lo cual

[3] OSPINA FERNÁNDEZ, Guillermo. Régimen General de las Obligaciones, Temis, Bogotá, 1998, Pg. 214.

podría haberla compelido, en mayor o menor medida, a celebrar el contrato de transacción.

Por otro lado, es claro que TELEFÓNICA era la parte fuerte de la relación contractual y por tener una pluralidad de distribuidores de sus productos y servicios, llamados en su momento concesionarios, tenía la facultad de predisponer las cláusulas del contrato, como quiera que éstas debían ser homogéneas para todos aquellos. Por esa razón, era ella quien detentaba el manejo de la relación, quien le imponía el ritmo a la misma y quien fijaba, por tanto, las pautas bajo las cuales aquella debía operar.

Todos los elementos antes señalados, en efecto, pudieron representar alguna forma de constreñimiento para POWERCELL, que podría haberla llevado a la celebración del aludido contrato. Sin embargo, resulta nítido también, siguiendo los lineamientos del artículo 1513 del Código Civil, que la fuerza o coacción debe tener la entidad suficiente para viciar el consentimiento de la parte contra la cual se ejerce, según las circunstancias del sujeto expuesto a ella, es decir, para el caso, que debe existir una proporcionalidad entre la fuerza ejercida y los resultados con ella perseguidos. En otras palabras, la fuerza debe ser eficiente y suficiente para lograr su propósito. En el marco que actualmente ocupa la atención del Tribunal, resulta probado que TELEFÓNICA tenía particular interés en cambiar el esquema normativo de contratación con todos los concesionarios y que para ello pudo haber empleado algunos mecanismos de presión frente a sus concesionarios, entre ellos a POWERCELL. Tal pudo ser el caso de la promesa de eliminación del "churn"; de la concesión de plazo para la deuda existente; del negarse a entregar el valor solicitado en préstamo o anticipo hasta que no se firmara el contrato, etc. Sin embargo, se trató de una fuerza circunstancial y sin el vigor suficiente para forzar el ánimo de los administradores de POWERCELL. Es que lo que se logró a través de la celebración del aludido Acuerdo no fue de poca monta: con él se dio por terminado el denominado contrato de concesión; se transó sobre la naturaleza jurídica de la relación; se renunció por parte del concesionario a unas pretensiones que hubieran podido ser de consideración, tal como ahora se evidencia con las reclamaciones formuladas a través del presente proceso; se otorgaron paz y salvos, etcétera, para todo lo cual se hubiera requerido por parte de TELEFÓNICA, una fuerza más vigorosa, más eficiente, y por parte de POWERCELL, un grado de

indefensión o de ignorancia invencible sobre las implicaciones de su actuar que no se vislumbran en las pruebas y que además, resultarían impropios de un empresario comercial avezado, con experiencia, que no podía ignorar las consecuencias de sus actos y las implicaciones de la transacción de la cual puede haberse arrepentido y hoy se duele de haber celebrado.

Tampoco escapa a la consideración del Tribunal la temporalidad que debe existir en la fuerza invocada como vicio, pues si bien es cierto que en el momento histórico en que se sucedieron los hechos, diciembre de 1998, la parte supuestamente presionada pudo estar viviendo circunstancias especiales que fragilizaron su consentimiento. La cuestión radica en que de diversas maneras honró lo pactado en el acuerdo transaccional y persistió en la ejecución del nuevo contrato durante un periodo relativamente largo, hasta el 30 de junio de 2001, es decir, a lo largo de dos años y medio, momento en el cual no ella, sino TELEFÓNICA, terminó el contrato. No se concibe entonces que durante todo este tiempo la convocante no hubiera reaccionado a la fuerza hoy alegada o a las condiciones de inferioridad que la hicieron proclive a la celebración de negocios jurídicos no deseados.

Es claro que POWERCELL tenía la potestad de no aceptar la Terminación y Transacción propuestas respecto al contrato de concesión, ni el nuevo contrato, como lo hizo Valores y Descuentos Ltda., procediendo a reclamar eventuales incumplimientos o abusos, como lo hizo dicha firma, quien resultó triunfadora en sus pretensiones, como lo expuso su representante legal según la declaración parcialmente transcrita.

Estima el Tribunal entonces que no es propio de un empresario dejarse doblegar por el poder impositivo de la parte fuerte de la contratación, cuando lo que tiene que perder es representativo para sus intereses y que tampoco es válido que soporte calladamente durante años unas condiciones contractuales no deseadas, para alegar extemporáneamente vicios en el consentimiento.

Como se ha esbozado, en el análisis relativo a la validez del convenio de transacción 8079/98, no existe prueba suficiente que lleve a afirmar la existencia de una fuerza del consentimiento de tal magnitud y envergadura que pueda

viciarlo y conducir a desvirtuar la presunción de legalidad que deviene del artículo 1602 del Código Civil y que conduzca a invalidar el citado convenio, máxime cuando, como se anotó, quien lo suscribió por parte de la convocante, era no sólo plenamente capaz sino un avezado comerciante, conocedor de medio de las telecomunicaciones y de amplia experiencia en el sector, como para que lo ocurrido le hubiese impedido discernir con claridad y valorar las consecuencias de suscribir dicho contrato, que por demás debe recordarse, no fue firmado por la totalidad de los agentes en el plazo, corto pero real, que se les otorgó para su análisis, como se desprende de la prueba documental y testimonial aportada al plenario.

En relación con este aspecto existió un pronunciamiento pertinente en el laudo que dirimió las controversias entre Concelular S.A. y Comcel, de fecha 1° de diciembre de 2006, en el que se consagró:

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

Así las cosas, no queda probado que la convocante haya suscrito el acuerdo bajo una contundente fuerza capaz de viciar su consentimiento, con las consecuencias jurídicas que ello acarrearía, sino por el contrario que quien lo hizo tenía la capacidad y el entendimiento para comprender y valorar los riesgos y las consecuencias de sus actos, frente al específico negocio.

Por tanto, el Tribunal habrá de concluir que los actos imputados por POWERCELL a TELEFÓNICA previos a la celebración del acuerdo transaccional y concomitantes con éste, si bien se produjeron, no pudieron tener la eficacia necesaria para viciar el consentimiento y conducir, por ende, a la nulidad del contrato o de algunas de sus estipulaciones, o, siguiendo al maestro Ospina, ni cualitativa ni cuantitativamente llegaron a ser dirimentes del consentimiento de los representantes de POWERCELL.

Con fundamento en las anteriores consideraciones, es claro que están llamados a prosperar, con los alcances señalados, los efectos de cosa juzgada de la excepción alegada por la convocada denominada "falta de jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de la controversia, en razón de la cosa juzgada que se deriva del contrato de transacción suscrito entre las partes el 28 de diciembre de 1998", respecto al Contrato de Concesión, así como aquellas denominadas por la convocada "Inexistencia de abuso del derecho y de abuso de posición dominante" y "Nadie puede cambiar su designio o conducta anterior en perjuicio de otro".

En cuanto se refiere a la inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver aspectos relacionados con el contrato de transacción, para el Tribunal resulta nítido que, como antes se señaló, existió un único hilo conductor en la negociación comercial adelantada entre las partes en conflicto, en medio del cual estuvo situado el acuerdo en mención, que justamente se celebró para dar por terminada la primera relación y para transar las diferencias derivadas de ella, el cual contenía la respectiva cláusula compromisoria. Así mismo, el Tribunal no puede hacer abstracción del hecho de que el mencionado acuerdo de Terminación y Transacción fue consecuencia necesaria del Contrato de Concesión y que para efectos de resolver de mérito las controversias entre las partes, resulta indispensable el examen de aquellas pretensiones referidas a dicho contrato de transacción, toda vez que es evidente que la aludida transacción fue fundamento y causa del nuevo negocio jurídico, el que se denominó de agencia comercial, en el que las partes estipularon cláusula compromisoria.

De esta manera, para el Tribunal es claro que las partes siempre tuvieron el ánimo de ventilar las diferencias surgidas de la relación negocial ante la justicia arbitral, por lo que no puede sustraerse de esa consideración para resolver las referidas controversias.

La argumentación precedente conducirá al Tribunal a declarar improcedente la excepción denominada "Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver aspectos relacionados con el contrato de transacción que las partes celebraron el 29 de diciembre de 1998" propuesta por la parte convocada.

7.2. Sobre la unidad dualidad de la contratación, la naturaleza jurídica de la relación debatida en el proces y el Contrato de Agencia Comercial.

Según lo expuesto en el acápite anterior, resulta ya irrelevante hacer un estudio pormenorizado del primer contrato, el llamado de concesión, para determinar si fue o no de agencia comercial y en el primer caso, si hubo o no solución de continuidad en la relación jurídica sostenida entre las partes, pues al reconocerse como jurídicamente válido el acuerdo de Terminación y Transacción celebrado el 29 de diciembre de 1998, debe concluirse que éste tuvo la virtualidad de zanjar cualquier diferencia entre las partes sobre la naturaleza jurídica de su relación y sobre los efectos económicos que podrían derivarse de ella para las mismas. En otras palabras, el aludido acuerdo escindió la vinculación entre las partes en dos etapas nítidamente diferenciadas, resultando la primera de ellas liquidada con efectos de cosa juzgada y dejando supérstite la segunda, a cuyas particularidades, mecanismos de ejecución, forma de terminación y efectos económicos debe contraerse el resto del análisis del Tribunal.

Por consiguiente, según lo antes expuesto, al denegarse la pretensión 1.1.1. orientada a que se declare la existencia de una única relación jurídica, se abre paso el estudio de la correspondiente pretensión subsidiaria, marcada como 2.1.1., íntimamente ligada con aquella, la cual busca que se declare que se celebraron y ejecutaron dos contratos de agencia comercial, uno entre 1994 y 1998 y otro entre finales de 1998 y mediados de 2001.

En este sentido se resalta que buena parte de la demanda de POWERCELL se focalizó en demostrar que la naturaleza jurídica de la relación sostenida entre las partes correspondió a la de una agencia comercial. De igual manera, diversas pruebas allegadas al proceso o practicadas en el mismo apuntan en idéntico sentido. Estima el Tribunal, sin embargo, que reconocida la validez de la transacción sobre la primera relación a través del acuerdo celebrado el 29 de diciembre de 1998, pierde razón de ser la discusión y puede hacerse abstracción de todos los aspectos probatorios atinentes a ese punto concreto, pues el nuevo contrato, el celebrado inmediatamente después del acuerdo de Terminación y Transacción, fue denominado por los contratantes como "Contrato de Agencia Comercial" distinguido con el número 2432 y en efecto, su clausulado corresponde

a un esquema negocial de tal naturaleza, por lo que el Tribunal no habrá de ocuparse de enmarcar el negocio dentro del tipo mercantil aludido, pues se trata de un asunto pacífico y no sujeto a controversia. Se limitará el Tribunal a analizar lo pactado entre las partes en dicho contrato, su validez, cuando ello resultare pertinente, el modo de su ejecución y la forma de su terminación para los efectos planteados en éste proceso.

Sin embargo, vale la pena comentar someramente que con independencia del nombre que se le dé al negocio jurídico, lo importante es su realidad contractual y las condiciones y características de su desarrollo entre las partes, entre lo que podría denominarse la primera fase del acuerdo y la segunda, máxime cuando se presenta de manera válida el convenio de Terminación y Transacción del 29 de diciembre de 1998, haciéndose por ello irrelevante la clasificación o denominación que se hubiese dado a cada parte de la relación negocial. Lo que en últimas se aprecia en el caso que nos ocupa, es que existió una relación de desempeño profesional independiente entre la convocante y la convocada desde el 1° de julio de 1994 hasta el 30 de junio de 2001, con un corte a 29 de diciembre de 1998, producto de un contrato de transacción válido, que redireccionó el rumbo de ésta relación a partir del 30 de diciembre de 1998 y finalizada por determinación unilateral de la convocada y reconviniente a partir de junio 30 de 2001

Resulta conveniente transcribir, a renglón seguido, algunos apartes del Contrato de Agencia Comercial, en los aspectos que a juicio del Tribunal habrán de tener relación especial con el resto de los asuntos debatidos en el presente proceso.

En efecto, desde el folio 52 del cuaderno de pruebas No. 1, se encuentra un ejemplar del aludido contrato, del cual se destacan, entre otras, las siguientes estipulaciones:

"CLÁUSULA PRIMERA. OBJETO DEL CONTRATO.- Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, el Agente a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la contratación del Servicio TMC y la venta de los teléfonos, dentro de la zona prefijada en la cláusula segunda, actuando como agente de CELUMÓVIL, y CELUMÓVIL a pagar por dicho encargo la remuneración estipulada en la Cláusula Cuarta.

CLÁUSULA SEGUNDA. CONTENIDO ESPECÍFICO DEL ENCARGO.- 2.1. Encargo para promover. CELUMÓVIL encarga al Agente que promocione, esto es, que haciendo valer el Servicio TMC y los Teléfonos, adelante todas las diligencias y actividades conducentes a lograr que terceras personas lo contraten y los compren, respectivamente, de CELUMÓVIL.

(...)

2.3. Actuación del Agente con organización propia, estabilidad e independencia.- El Agente asumirá el encargo de manera estable durante el término de vigencia del presente contrato, como sociedad comercial independiente, con su propia organización y elementos con plena autonomía directiva, administrativa y técnica, y asumirá por si mismo todos los riesgos naturales de su propia empresa mercantil

(...)

2.5.3. El Agente promoverá la contratación del Servicio TMC y la venta de teléfonos en las condiciones jurídicas y de precios y tarifas que fije CELUMÓVIL, las que oportunamente les serán comunicadas.

(...)

3.3. Actividades a cargo del Agente.- Las actividades a cargo del Agente comprenden, pero no se limitan, a estudiar el mercado del Servicio TMC en su zona de actuación; a rendir a CELUMÓVIL las informaciones que obtenga en desarrollo de tales estudios o de otra forma sobre las condiciones del mercado; a buscar y ubicar en dicha zona, personas interesadas en contratar el Servicio TMC y en adquirir los Teléfonos; a dirigirse a tales personas y buscar que formulen oferta para la contratación del Servicio TMC; a suministrar, para que se efectúen dichas ofertas, únicamente las características exactas del servicio TMC..."

CLÁUSULA CUARTA. REMUNERACIÓN.- 4.1 Remuneración. CELUMÓVIL pagará al Agente como única contraprestación al debido cumplimiento de todas las obligaciones a que se compromete por el presente contrato, la remuneración estipulada en los numerales 4.2. y 4.3. siguientes.

(...)

4.2. Remuneración Básica.- La remuneración básica del Agente consistirá en una comisión que se pagará, por una sola vez, por cada nueva conexión al Servicio TMC de un Teléfono inicial vendido por CELUMÓVIL (Nuevas Conexiones con Teléfono) que se produzca en virtud de un contrato de Servicio y de un Contrato de Compraventa celebrados con un Suscriptor presentado por el Agente...

4.3. Bonificaciones.- CELUMÓVIL podrá reconocer al Agente bonificaciones, bajo cualquier denominación, con vigencia temporal o por el término de duración restante del contrato y con cualquier periodicidad de pago. Estas bonificaciones se podrán otorgar para premiar, entre otros, la permanencia como suscriptores de personas presentadas por el Agente y la productividad y nivel de capacitación de su personal.

(...)

4.7. Modificación de la remuneración.- CELUMÓVIL podrá y así lo acepta el Agente, hasta por una vez cada año calendario, modificar unilateralmente, para aumentarla o disminuirla, la remuneración básica pactada en el numeral 4.2. de la presente cláusula y la forma de calcularla y pagarla, siempre que dicha modificación no la disminuya en más de un veinte por ciento (20%).

CLÁUSULA NOVENA. TÉRMINO.- El término de duración inicial del presente contrato irá desde su fecha de suscripción y se extenderá hasta el primero (1°) de abril del 2002; además, será prorrogable automáticamente por periodos sucesivos de un (1) año contados a partir de la fecha de vencimiento del período inmediatamente anterior, a menos que una de las partes avise a la otra por escrito, con una anticipación no menor de tres (3) meses, su decisión de no prorrogar.

CLÁUSULA DÉCIMA. TERMINACIÓN ANTICIPADA DEL CONTRATO.- (...) 10.2. Por iniciativa de CELUMÓVIL: d. Cuando el Agente no cumpla con las metas y resultados establecidos por CELUMÓVIL (...) e. Cuando el agente demore la entrega de sumas de dinero, otros efectos u ofertas de Contrato de Servicio a CELUMÓVIL

(...)

10.3. La terminación unilateral por iniciativa de CELUMÓVIL se efectuará mediante comunicación escrita (...) en el evento en que CELUMÓVIL diere por terminado unilateralmente el contrato las

causales señaladas en los literales a) y b) del numeral primero del artículo 1325 del Código de Comercio (...) el Agente deberá pagarle a título de pena, una suma de dinero equivalente a quince mil unidades de poder adquisitivo constante (15.000 UPAC)".

A partir del folio 79 del mismo cuaderno obra el Otrosí al Contrato, suscrito el 30 de noviembre de 2000, el cual modificó diversos aspectos, especialmente el relativo a las comisiones y a los bonos de permanencia. Igualmente en dicho documento se sustituyó la cláusula compromisoria.

De esta manera y según lo antes anotado, la pretensión subsidiaria 2.1.1. está llamada a prosperar de manera parcial en cuanto apunta a que se declare que se celebraron y ejecutaron dos contratos, pues de ello no cabe duda en el proceso, ya que ha sido reconocido expresamente por las dos partes. No obstante, se trata de una prosperidad calificada y parcial, en la medida en que el Tribunal se abstendrá de tipificar la primera de las relaciones aludidas, pues su naturaleza jurídica quedó zanjada y por ende definida por las propias partes en su acuerdo transaccional, en tanto que la segunda no es objeto de controversia en su naturaleza, sino en su forma de ejecución, en su terminación y en las consecuencias jurídicas de éstas, de lo cual se ocupará más adelante el presente laudo.

7.3. Sobre los incumplimientos del contrato por parte de TELEFÓNICA.

En armonía con lo expuesto debe el Tribunal, en primer término, identificar cuáles son los incumplimientos endilgados por POWERCELL a TELEFÓNICA para luego precisar cuáles de ellos corresponden a la etapa de ejecución del Contrato de Agencia Comercial que, como se dijo, es el único que resulta relevante para las decisiones que habrán de tomarse según lo precedentemente anunciado.

En la pretensión principal 1.1.2. se hace referencia a incumplimientos de "las obligaciones contraídas en el marco de la relación contractual mencionada en la pretensión primera anterior", es decir, en la marcada como 1.1.1. que, como ya se vio, no tiene vocación de prosperidad en los términos planteados en la demanda. Sin embargo, aunque parte de la relación quedó liquidada y transigida, la segunda etapa es materia de esta decisión y es claro que respecto de ella quedaron pendientes unas obligaciones que deben ser motivo de decisión en este laudo.

La misma temática de los incumplimientos está contenida en la pretensión señalada como 2.1.8., aunque de manera genérica, sin invocar hecho alguno que lo constituya, lo cual llevará al Tribunal a negarla toda vez que dicha pretensión carece de fundamentos de hecho y por lo mismo de pruebas que la sustenten. Más adelante, en la 2.1.2 y sus derivadas, 2.1.3., 2.1.4. y 2.1.5., la convocante alude al incumplimiento de TELEFÓNICA al violar las obligaciones implícitas en los contratos por permanencia exigida unilateral y abusivamente, así como por el requisito de encontrarse al día los suscriptores en sus pagos como condiciones para el reconocimiento y pago de las comisiones al agente.

Sea lo primero señalar, antes de estudiar las imputaciones puntuales derivadas de este numeral, que no le asiste razón a la convocante en la premisa que enmarca las conductas, pues la permanencia exigida para los usuarios no fue producto de una disposición unilateral y abusiva, sino derivada de un pacto expreso de los contratos celebrados por ella válidamente como se analizó en el punto 7.1., con el cual se pretendía evitar la reversión de comisiones del Contrato de Concesión y acceder a los bonos de permanencia del Contrato de Agencia. Lo mismo se predica de la exigencia de estar los usuarios al día en sus pagos, para los efectos señalados, estipulación que se encuentra también expresamente pactada en el contrato.

Ahora, referido a las imputaciones específicas de la convocante, se observa:

7.3.1. No ceñir TELEFÓNICA su conducta a la estipulación contractual de pagar en la cantidad, tiempo y forma pactados las comisiones a su cargo y a favor de POWERCELL.

Dilucidados los puntos relativos a la exigencia de permanencia mínima por parte de TELEFÓNICA y el de la reversión de comisiones, no obra en la prueba allegada al proceso, ni en las practicadas durante éste que hubiera habido incumplimientos en los pagos por parte de la convocada, salvo los que se produjeron una vez terminada la relación y correspondientes a la última fase de la ejecución de éste.

Desde esta perspectiva, al responder la pregunta No. 5 del cuestionario de la convocante el perito señaló el efecto económico sufrido por POWERCELL en razón de no habérsele pagado por TELEFÓNICA algunas facturas generadas por aquella

después de terminada la relación contractual, las cuales fueron compensadas por ésta según la señalado en otro aparte de este laudo. En el cuadro No. 20 del Libro 1 del dictamen se liquidó el valor de las aludidas facturas en $ 247 518 984, cuyos intereses de mora a partir del día de vencimiento de cada una y hasta la fecha del dictamen arrojó la cifra de $ 577 919 587. Esta última cifra de intereses debe ser actualizada a la fecha del presente laudo, como se solicita en la demanda, lo cual asciende a la suma de $ 616 082 946, para un gran total de $ 863 601 930 de conformidad con las cifras que se consignan en el siguiente cuadro explicativo:

ACTUALIZACIÓN DEL CALCULO DE INTERESES FACTURAS NO CANCELADAS HASTA LA FECHA DE LA PROVIDENCIA

Nº Factura	Fecha de Factura	Fecha de Vencimiento	Fecha Final	Fecha de Inicio de Conexión	Valor Total Factura	Nº Días mora	[*] % Int. Mora (Tasa Diaria)	Valor Interés	Total Cumulado de capital más intereses
5153	26-Jul-01	25-Ago-01	19-Nov-09	Nov-00	$ 41.659.040	3.008	0,083%	$ 104.436.771	$ 146.095.811
5155	01-Ago-01	31-Ago-01	19-Nov-09	Dic-00	$ 139.557.784	3.002	0,083%	$ 349.165.317	$ 488.723.101
5160	20-Sep-01	20-Oct-01	19-Nov-09	Ene-01	$ 1.444.628	2.952	0,083%	$ 3.554.174	$ 4.998.802
5161	20-Sep-01	20-Oct-01	19-Nov-09	Ene-01	$ 54.559.904	2.952	0,083%	$ 134.232.073	$ 188.791.977
5163	22-Feb-02	24-Mar-02	19-Nov-09	Feb-01	$ 2.598.696	2.797	0,083%	$ 6.057.791	$ 8.656.487
5164	22-Feb-02	24-Mar-02	19-Nov-09	Mar-01	$ 1.618.056	2.797	0,083%	$ 3.771.832	$ 5.389.888
5165	26-Feb-02	28-Mar-02	19-Nov-09	Abr-01	$ 661.932	2.793	0,083%	$ 1.540.816	$ 2.202.748
5166	26-Feb-02	28-Mar-02	19-Nov-09	May-01	$ 661.932	2.793	0,083%	$ 1.540.816	$ 2.202.748
5167	26-Feb-02	28-Mar-02	19-Nov-09	Jun-01	$ 171.612	2.793	0,083%	$ 399.471	$ 571.083
Comisiones por activación									
5156	24-Jul-01	23-Ago-01	19-Nov-09	Jun-01	$ 163.440	3.010	0,083%	$ 410.007	$ 573.447
5157	01-Ago-01	31-Ago-01	19-Nov-09	May-01	$ 3.845.380	3.002	0,083%	$ 9.620.913	$ 13.466.293
5162	20-Sep-01	20-Oct-01	19-Nov-09	Jul-01	$ 81.720	2.952	0,083%	$ 201.053	$ 282.773
5168	26-Feb-02	28-Mar-02	19-Nov-09	Sep-01	$ 449.460	2.793	0,083%	$ 1.046.233	$ 1.495.693
5169	26-Feb-02	28-Mar-02	19-Nov-09	Oct-01	$ 45.400	2.793	0,083%	$ 105.680	$ 151.080
				TOTALES	$ 247.518.984			$ 616.082.946	$ 863.601.930

7.3.2. Exigencia unilateral y abusiva de permanencia y de encontrarse al día en los pagos como condición para el reconocimiento y pago de comisiones y bonos.

Ya se señaló que la permanencia de los suscriptores y el cumplimiento de éstos en sus pagos no constituyeron una actuación unilateral y abusiva y en este sentido, el artículo 1603 del Código Civil citado en su apoyo por la convocante dispone que los contratos deben ejecutarse de buena fe y obligan no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan de la naturaleza de la obligación. Por consiguiente, se trata de estipulaciones clara y nítidamente expresadas en el contrato que por tanto no son unilaterales, y que tampoco se entienden como abusivas mientras ello no haya sido declarado.

Además, respecto al Contrato de Agencia, como antes se señaló, el pago de comisiones -remuneración básica- no estaba atado a la permanencia de los usuarios, ni a que éstos estuvieran cumpliendo sus obligaciones de pago con TELEFÓNICA, (cláusula 4.2.), como si lo estaban las bonificaciones, que se pactaron como voluntarias y que podían reconocerse o no, en razón entre otros factores, de la permanencia de los usuarios (cláusula 4.3.).

Entonces, el sistema remuneratorio y sus implicaciones no le eran desconocidos a la convocante quien de tiempo atrás venía sufriendo efectos económicos equivalentes a través de la aplicación del "*CHURN*" y aún así, aceptó y ejecutó la nueva contratación.

7.3.3. Imprudencia y mínima diligencia en el estudio de crédito de usuarios, permisividad con consumos, inadecuada gestión de cartera, no suministro de información sobre consumos de los clientes y reversión unilateral de comisiones.

De las pruebas trasladadas al proceso y de las practicadas en éste, no se vislumbra alguna que aluda a la imprudencia o falta de diligencia hoy alegadas, ni a la permisividad en los consumos, ni a la inadecuada gestión de cartera, ni al no suministro de información sobre los consumos de los clientes. Se trata simplemente de endilgar a la convocada esas conductas o esas omisiones, pretendiendo que ellas fueron las causas para la falta de permanencia de algunos usuarios o para el incumplimiento por parte de éstos de sus obligaciones, lo cual habría conducido a la reversión de las comisiones.

En efecto, no obran dentro de los documentos aportados al plenario evidencias de que POWERCELL hubiera requerido a TELEFÓNICA por falencias en el análisis crediticio o tolerancia en los altos consumos o indebida gestión de cobranza, temas que por lo demás, tampoco eran del resorte de aquella, como agente comercial de ésta, a quien por tanto no le incumbían esos aspectos desde la perspectiva contractual -pues nada se pactó al respecto, ni pueden entenderse como estipulaciones implícitas del contrato- ni le correspondía al agente reclamar con base en ellos.

7.3.4. Reducción de comisiones en p rcentajes superiores a lo estipulado.

Como se señaló en el punto 7.2 precedente, la cláusula 4.7 del Contrato de Agencia previó que TELEFÓNICA podría modificar unilateralmente la remuneración del agente por una vez cada año calendario y con un máximo del 20% cuando de reducirla se tratara.

El Tribunal considera de recibo lo alegado por la parte convocada en el sentido de que la dinámica de los mercados no permite mantener mecanismos de venta estáticos, ni precios uniformes, ni por ende, comisiones inmodificables para los intermediarios o agentes. Se evidenció a todo lo largo del proceso y además es un hecho notorio, que el mercado de la telefonía celular no sólo no escapa a esa regla sino que por el contrario, es cambiante como el que más. A ello no era ajena la parte convocada, que sin duda fue la redactora del clausulado contractual, pero tampoco podía serlo la convocante por ser una compañía especializada en el ramo, por tener una trayectoria en este mismo tipo de negocios y además, con el mismo empresario y por haber tenido una cláusula prácticamente idéntica en la relación contractual anterior.[4]

Por ello, para evitar eventuales abusos, se establecieron dos límites a las modificaciones, en el número máximo de ellas y en el monto máximo de rebajas, estipulación entonces que, por una parte, resulta válida y por la otra, de aceptación consciente y libre.

Ahora bien, al responder la pregunta No. 4 contenida en el cuaderno del dictamen de la convocante, el perito contable y financiero señaló que durante toda la relación contractual entre las partes se produjeron nueve modificaciones a los sistemas de comisiones y bonos, no obstante lo cual al desglosar la respuesta en el cuadro No. 19 del Libro 1 destacó que durante la vigencia de este contrato sólo hubo tres rangos de comisiones: i) el pactado en el contrato del 29 de diciembre de 1998; ii) el establecido en memorando de TELEFÓNICA del 5 de febrero de 1999 y iii) el dispuesto en el Otrosí celebrado el 30 de noviembre de 2000. No

[4] Contrato de Concesión, Anexo B, "...DÉCIMO. REVISIÓN DEL ANEXO.- Dos veces cada año calendario, CELUMOVIL podrá modificar hasta en un diez por ciento (10%) superior o inferior a lo contemplado en este anexo y sus modificaciones, las comisiones del CONCESIONARIO para cuya vigencia bastará con que CELUMOVIL avise por escrito al CONCESIONARIO, indicándole la fecha de vigencia de las modificaciones..." (C.P. No. 1, F. 2)

obstante, al responder la pregunta No. 29 formulada por el apoderado de TELEFÓNICA y al desglosar las inquietudes planteadas por este el perito es más específico aún y señala que las comisiones del contrato celebrado el 29 de diciembre de 1998 fueron modificadas el 5 de febrero de 1999 y el 9 de agosto de 1999, esto es, entonces, dos veces en el mismo año calendario; el 28 de enero, el 29 y el 30 de noviembre de 2000; tres veces en el mismo año calendario y finalmente en febrero de 2001. Adicionalmente, en la referida respuesta se destaca que la nueva estructura de comisiones comunicada el 29 de noviembre de 2000 rige a partir de 1 de noviembre del mismo año, es decir, de manera retroactiva, lo cual constituye otro quebranto a lo contractualmente pactado.

Concluye el Tribunal este aparte destacando que lo que podía modificar el empresario unilateralmente, pero con limitaciones, era la remuneración básica, según el numeral 4.7. del contrato precedentemente citado, limitación que no existía para las bonificaciones, previstas en el numeral 4.3. del mismo.

Por otra parte, en cuanto a la acusación de que TELEFÓNICA violó el contrato al reducir el porcentaje de las comisiones por debajo del 20% estipulado, en la respuesta a la pregunta No. 4 del cuestionario de la convocante se requiere al perito para que identifique el incremento o disminución del porcentaje anual de la comisión promedio reconocida por activación sin incluir los bonos y éste contesta en el literal d):

"... La variación porcentual anual de la comisión promedio reconocida por activación sin incluir los bonos. Representó (...) para el año 1999 el -52%, para el año 2000 el -26% y para el año 2001 el -10%..." (Dictamen POWERCELL, página 2).

Si se observa con detenimiento no sólo la respuesta precedente sino la explicación de la misma contenida en el cuadro 18 del Libro 1, se tiene que la medición porcentual la hizo el perito utilizando como base comparativa la iniciación de la relación comercial, la del contrato de 1994, y con respecto a ésta es que puede concluirse el progresivo deterioro de la remuneración del agente para reducirla hasta –52% en el año 1999 y con la excepción del año 1996, que ciertamente mostró una variación positiva importante.

Se destaca además y como nota trascendente para las conclusiones del Tribunal, que habiéndose firmado el contrato hoy analizado el 29 de diciembre de 1998,

menos de dos meses después, en febrero de 1999, la convocada ya estaba introduciéndole modificaciones de consideración adversas para la convocada, como quiera que las comisiones vigentes a partir del primero de enero de 1999 eran incrementales según el número de planes vendidos, empezando entre 0 y 300, con comisión de $140.000 para este grupo -sin distinción Prepago, Postpago- la cual se redujo a la mitad ($70.000 para prepago) mediante el memorando DNSP 037 del 5 de febrero de 1999, según las preguntas 31 y 32 del cuadernillo de dictamen solicitado por TELEFÓNICA. Otro tanto ocurrió con las comisiones vigentes a partir del 1 de agosto de 1999 para planes prepago, que para teléfono comprado eran de $90.000 y para teléfono traído eran de $50.000, las cuales se redujeron seis meses después, a partir del 1 de febrero de 2000 a $33.875 y $21.250 respectivamente, según las respuestas del perito a la pregunta No. 33 de TELEFÓNICA, visible en la página 11 del cuadernillo del dictamen. Situaciones análogas pueden predicarse de otros cuadros que sirven para comparar planes equivalentes en dichas respuestas.

Lo anterior evidencia que, en efecto, la convocada quebrantó lo pactado en frecuencia y cuantías de consideración y por tanto económicamente representativas en contra de los intereses de POWERCELL, particularmente en el año 1999, primero de ejecución de esta nueva relación y luego con menor intensidad en el año siguiente, pero también por encima de lo pactado, lo cual tuvo que repercutir severamente en la situación de los distribuidores, particularmente en el caso de POWERCELL. Es tan evidente el aludido impacto, que la propia TELEFÓNICA estableció un "plan de amnistía para agentes" el cual se refirió a "Deudas 2000 por concepto de Churn y líneas Demo", que comprendió descuentos, congelaciones, etc. (Cuaderno de Pruebas No. 4, Folio 133). Resulta relevante este reconocimiento de la convocada en el sentido de que el Churn y el costo de las líneas Demo había generado cuantiosas deudas a cargo de los otrora concesionarios y ahora agentes, quienes merecían por tanto un alivio económico por la vía de la amnistía, aunque se condicionara ésta al cumplimiento de nuevas metas de ventas.

Adicionalmente, la convocante también censura a TELEFÓNICA el no haber dado cumplimiento a los procedimientos pactados respecto a información oportuna de cambios contractuales en las comisiones. Es claro que el numeral 4.7. del Contrato estableció que para la efectividad de las modificaciones bastaría con que

TELEFÓNICA le avisara por escrito al agente indicándole la fecha de vigencia de las mismas, "la que en todo caso será cuando menos el décimo quinto (15°) día siguiente a la fecha del aviso...". Obran evidencias en el proceso según las cuales TELEFÓNICA no siempre respetó la antelación pactada para dar el aviso, como ocurrió, por ejemplo, con las nuevas tablas de comisiones y bonos de permanencia modificadas el 28 de enero de 2000 para entrar en vigencia tres días más tarde, el primero de febrero, como obra a folio 44 del Cuaderno de Pruebas No. 1 de EL PROCESO INICIAL, o en la contenida en la circular DVI-192-00 de noviembre 29 de 2000, que notifica comisiones que rigen con retroactividad a partir del 01 de noviembre de dicho año, cuadernillo de dictamen de TELEFÓNICA, pregunta No. 29, numeral v.

Con fundamento en lo anterior, el Tribunal concluye que en efecto, las comisiones del agente no fueron adecuadamente liquidadas, de acuerdo con lo pactado en el contrato, pues si bien, como antes se ha anotado, TELEFÓNICA tenía la capacidad de modificarlas una vez por año calendario siempre y cuando se tratara de una reducción limitada al 20%, lo cierto y lo probado es que desbordó tales límites lo cual en principio implicaría una reliquidación de las mismas. Sin embargo, estando probado tal quebrantamiento contractual, lo cierto es que la parte convocante no probó las diferencias que pudieron generarse en la ilegítima modificación del régimen remuneratorio del contrato, pues si se observa cuidadosamente el dictamen rendido en el presente proceso, sus preguntas apuntaron a que se tasaran las comisiones sobre las bases de 1.997 y además, como si las modificaciones introducidas al contrato fueran todas irregulares, indebidas o ilegítimamente impuestas. Lo primero no puede servir como base de cuantificación, pues como ya se vio, los fundamentos pactados en el año 1.997 o en general antes de diciembre de 1.998 no pueden ser tenidos en cuenta por el Tribunal en razón del acuerdo de Terminación y de Transacción y por otra parte, algunas modificaciones introducidas a las comisiones sí fueron válidas, en la medida en que se ajustaron dentro de los límites de una por cada año calendario y con un máximo del 20%, pero ninguna de las preguntas formuladas al perito por la parte convocante se orientó a demostrar cuantitativamente el perjuicio derivado de este obrar.

Por consiguiente, habrán de declararse prósperas las excepciones 3.11. "Inexistencia de abuso del derecho y de abuso de posición dominante" y 3.13. "Nadie puede cambiar su designio o conducta anterior en perjuicio de otro" propuestas por la parte convocada, y en consecuencia, se negarán las pretensiones de la demanda principal marcadas como 2.1.8., 2.1.2. y sus derivadas 2.1.2.1, 2.1.2.2. y 2.1.2.3. y 2.1.3. Del mismo modo, habrá de negarse la excepción rotulada por la convocante como "Abuso de posición dominante". En sentido contrario, habrán de prosperar las pretensiones marcadas como 2.1.4. y 2.1.5., constitutivas de incumplimientos a cargo de TELEFÓNICA.

7.4. Sobre la invalidez o ineficacia de estipulaciones contractuales y la imposición abusiva de condiciones antieconómicas que habrían conducido a POWERCELL a la postración alegada.

En la pretensión marcada como 1.1.5. la convocante solicita "se declare la invalidez o ineficacia de la estipulación contenida en la cláusula cuarta, numeral 7º del documento denominado de Agencia Comercial celebrado el 29 de diciembre de 1.998..." la cual se refiere a la remuneración y a su modificación.

Sea lo primero destacar, por una parte, la ambigüedad del *petitum* cuando hace referencia a invalidez o ineficacia, y por la otra, la carencia de invocación de la causal alegada para el efecto.

Ciertamente, la doctrina distingue entre invalidez e ineficacia, dependiendo, como lo explica Emilio Betti[5], de si se trata de defectos intrínsecos o de circunstancias extrínsecas al negocio jurídico, correspondiendo los primeros a aquella y las segundas a ésta.

"Se denomina inválido, propiamente, el negocio en el que falte o se encuentra viciado alguno de los elementos esenciales o carezca de uno de los presupuestos necesarios al tipo de negocio a que pertenece. Invalidez es aquella inidoneidad para producir los efectos esenciales del tipo que deriva de la lógica correlación establecida entre requisitos y efectos por el dispositivo de la norma jurídica y es, conjuntamente, la sanción del deber impuesto a la autonomía privada. Se califica, en cambio, de simplemente ineficaz el negocio en el que están en regla los elementos esenciales y los presupuestos de validez cuando, sin embargo, impida su eficacia una circunstancia de hecho extrínseca a él".

En el mismo sentido se manifiesta Messineo, quien señala:

[5] BETTI. Emilio. Teoría General del Negocio Jurídico, Editorial Comares, S.L. Granada, 2000, Pg 405.

"... El contrato es inválido cuando le falta uno de sus elementos constitutivos o cuando uno de tales elementos esta viciado ab origine".

Más adelante señala:

"... La ineficacia es distinta de la invalidez, así como la eficacia es diferente de la validez. Pero el contrato inválido es necesariamente también ineficaz. Se llama ineficaz al contrato cuando, aún no siendo inválido, no es apto para producir efectos a causa de la presencia de un obstáculo extrínseco"[6].

En este orden de ideas, el Tribunal no vislumbra causal alguna de invalidez en la cláusula impugnada, en cuanto a lo esencial se refiere, pues está visto que ambas partes son plenamente capaces, expresaron su consentimiento libremente, o por lo menos sin ningún vicio con la entidad suficiente para tenerlo por aniquilado; recayó su negocio sobre objeto lícito y fue inspirado en una causa lícita.

En cuanto a la ineficacia en cambio, no puede el Tribunal entrar a adivinar cuáles fueron las circunstancias externas que afectaron el negocio y por ende, cuáles las pruebas pertinentes a dicha afectación, por lo que necesariamente habrá de concluirse que por esta razón, tampoco puede prosperar la pretensión 1.1.5. mencionada.

Por otra parte, en las pretensiones 1.1.9. y 1.1.10. la parte convocante vuelve a pedir que se decrete la invalidez e ineficacia sobre estipulaciones del Contrato de Agencia, haciendo alusión, en este caso, a una pretendida imposición abusiva por parte de TELEFÓNICA.

En este sentido vale lo anteriormentè planteado sobre la distinción entre invalidez e ineficacia y de nuevo insiste el Tribunal, en que no aparece probado vicio alguno generador de la primera, con la observación ya destacada de que si bien hubo alguna forma o algunos mecanismos de presión por parte de TELEFÓNICA para predisponer el clausulado contractual o para introducirle modificaciones, aquellos no revistieron la fuerza suficiente para viciar el consentimiento de la convocante y por ende, no alcanzaron a invalidar el negocio jurídico objeto de cuestionamiento.

En efecto, la primera de las pretensiones mencionadas, la 1.1.9., apunta a impugnar el contrato mismo de agencia firmado el 29 de diciembre de 1998 en su

[6] MESSINEO. Francisco. Doctrina General del Contrato, Tomo 2, Ediciones Jurídicas Europa - America, Buenos Aires, Pgs. 262 y 311.

cláusula 4.2. sobre la remuneración del agente y los artículos 3° y 4° del otrosí modificatorio del 30 de noviembre de 2000 que introdujo variantes sobre dicho esquema de comisiones. Valga insistir en cuanto al primero, que POWERCELL es un profesional en su actividad y que su negocio con TELEFÓNICA constituía el renglón más destacado de su operación. Además de ese profesionalismo genéricamente considerado, también contaba con un conocimiento cercano, directo y prolongado de su contraparte contractual, como quiera que acababa de terminar con ella por transacción una relación anterior de idéntico contenido material y operativo y de esquema muy similar en lo retributivo. Por tanto, no le es dable a la convocante alegar imposición, o inadvertencia, o ignorancia sobre el clausulado pactado y sus implicaciones, máxime si se toma en consideración que después de la pretendida "imposición" persistió en la ejecución del contrato por dos años y medio, sin cuestionarla, ni invocarla.

Las alegaciones derivadas de un negocio tienen también, como todo, un sentido de oportunidad. Por ello la ley sanciona la extemporaneidad en la reclamación o en la acción con la inefectividad o el decaimiento a través de la prescripción y de la caducidad.

Por consiguiente, para el Tribunal no se probó dentro del proceso la imposición alegada y si se la pretende derivar de la fuerza a que aluden otras pretensiones -aunque la convocante no lo precisa-, habrá de concluirse que ésta fue insuficiente y como si ello no bastare, se tendría que aun si hubiere existido la imposición, no habría sido legítimo por parte de la convocante guardar silencio sobre ella hasta el final de la relación.

Respecto al tema de la remuneración y a las modalidades que revistió aquella durante la vigencia contractual, merecen destacarse algunos testimonios, así:

La señora CLAUDIA STELLA TASCÓN DURÁN, Vicepresidente Comercial de la convocada señaló:

"...SRA. TASCON: El bono de permanencia es una bonificación que se le da al agente comercial cuando una venta permanece por un tiempo estipulado dentro de las condiciones que se acuerden entre las partes.

DR. MEDRANO: Ese bono de permanencia se pagaba mensual, semestral, cómo se pagaba?

SRA, TASCON: Dependiendo del acuerdo hay bonos yo el próximo mes puedo sacar un bono de permanencia que diga que si el cliente que usted traiga mañana o este mes está vivo y generando ingresos durante los próximos 12 meses se liquida a los 12 meses, el bono de permanencia si yo digo en los próximos 6 meses pues se liquida a los 6 meses, se es a los tres meses a los tres meses, de acuerdo a la estrategia comercial

(...)

DR. MEDRANO: Cuando preparaban los planes promocionales de ventas de celulares esos planes implicaban la reducción de las comisiones de los agentes?

SRA. TASCON: Eso fue lo que acabo de explicar, o sea es un equilibrio entre la comisión y el subsidio para poner el mejor producto en el mercado y se puedan lograr las ventas.

DR. MEDRANO: Implica reducción?

SRA. TASCON: Unas veces reducción, otras veces aumento

DR, MEDRANO: Cuando había reducciones los agentes comerciales manifestaban su aquiescencia, sin reclamos o había protesta a reclamos.

SRA. TASCON: Siempre hay reclamos

DR. MEDRANO: Siempre hay reclamos?

SRA. TASCON: Siempre. En el momento en que se lanza eso lógicamente yo quisiera un mayor volumen con la misma comisión, es lógico pero entonces cuando ya se inician las ventas, logran los resultados, todos quedamos felices

DR. MEDRANO: Doctora cómo se le informaba a los agentes comerciales el cambio de las comisiones?

SR. TASCON: De manera escrita.

DR. MEDRANO: Se sabe si implicaba algunas modificaciones en la relación contractual en el contrato que tenían?

SR. TASCON: No todo iba dentro del marco del contrato...".

Por otra parte, en su testimonio la señora MARÍA CONSUELO RAMÍREZ GUILLÉN; Gerente Comercial de Concesionarios de la convocada para la época manifestó:

"...SRA. RAMÍREZ: Era un concesionario igual que el resto, de pronto ocupaba tal vez en ventas el 5° o 6° lugar en la regional Bogotá, a nivel nacional no sabría decir que puesto de ventas tendría, vendía muy bien durante los primeros años, después entró en una etapa de decadencia en donde yo como gerente de concesionarios podía determinar que estaba como un detrimento financiero, se notaba por el volumen de las deudas que tenía o por quejas que empezaban a presentar los asesores, que no se les pagaban a tiempo sus comisiones, o que Patricia era la gerente del concesionario entonces que no los atendía o sí los atendía.

(...)

SRA. RAMÍREZ: (...) Entonces uno siempre hacia dos reuniones, y yo las hacía, con uno de los gerentes si iba a haber cambio de comisión y se les exponía, mire la nueva estrategia va a ser esta y debido a la estrategia vamos a requerir cambio de comisión que va a ser este. Y por otro lado reuníamos a los vendedores, se les contaba la estrategia y también uno les decía, mire va a ser un cambio de comisión que su agente les informará cuánto les toca, porque uno no puede decir mire le van a pagar tanto, porque como tenían diferentes esquemas pagaban distinto. Pero siempre se les decía va a haber una baja en la comisión por esto.

Ejemplo: Si el equipo costaba $300.000 y yo lo iba a vender en $50.000, pues no hacía sentido que pagara full comisión de lo que venía pagando antes porque el subsidio del teléfono era mayor. Entonces se decía por esto la comisión se va a pagar a tanto...".

Durante el interrogatorio de parte, el señor MAURICIO ZAGARRA, Representante Legal de la convocada, señaló al respecto:

"...DR. MEDRANO: **Pregunta No. 16.** Diga cómo es cierto sí o no, que dentro de las variables tenidas en cuenta por Celumovil para liquidar los llamados bonos de gestión que de acuerdo a su respuesta anterior correspondían a ingresos ordinarios del agente se incluyó la variable del churn como una de ellas?

SR. ZAGARA: Si debo responder si es cierto si o no, debo hacer una aclaración, si es cierto y es cierto solamente en la medida en que Celumovil, si estamos hablando del contrato de concesión antes del 98 incluía la variable churn, después del 98 Celumovil bajo el contrato de agencia comercial no incluía la variable churn sino los bonos de permanencia que mencioné anteriormente..."

A su turno la señora MARÍA PATRICIA MONTEJO SALGAR, Representante Legal de la convocante manifestó:

"SRA. MONTEJO: Los ítems que conformaban todos los pagarés salvo el pagaré de $40 millones y de unos pagarés reemplazaron otros a través del tiempo, básicamente comprendían como dije anteriormente reversiones de comisiones, llamadas de las líneas demo que iban por exceso de límite, tarjeta prepagadas que habían sido despachadas y aquí hay que hacer una claridad muy importante y es que como ésta era una cuenta de compensación, la que llevaba Bellsouth, Bellsouth o antes Celumóvil manejaba la cuenta de compensación a su criterio, entonces cuando había facturas que compensar, compensaba primero los ítems que eran de mayor dificultad como era el churo y dejaba vivos los despachos de tarjetas y si usted mira no hay un orden cronológico, ellos descontaban probablemente primero reversiones de comisiones y líneas demo y dejaban abiertas y vivas las tarjetas prepagadas y teléfonos que pudieran haberse vendido en el inventario y todos se fueron pasando posteriormente a los pagarés.

(...)

SRA. MONTEJO: Claro, es cierto, pero es que aquí hay que hacer una aclaración y es que todo el procedimiento en la relación comercial con Bellsouth, el deterioro de las comisiones a Powercell que tenía una infraestructura muy grande, bajar de $380.000 promedio de comisión a $50.000 promedio comisión en 3 años, con una infraestructura montada, con locales que ya no podían devolver...

(...)

DR. CHALELA: En varias de sus respuestas he oído la expresión churo que creo que corresponde a la palabra inglesa chare.

SRA. MONTEJO: Churo, era cuando el cliente no dura más de 180 días o está en mora en esos 180 días o a los 180 días no paga, entonces Bellsouth procedía a reversarnos la comisión, lo que pasa es que nosotros no podíamos proceder a reversárselo al vendedor, porque en el momento en que usted lo reversaba él se iab para otro lado, es el concepto...".

Resulta entonces indiscutible que en efecto, como antes se señaló, hubo rebaja de comisiones por parte de TELEFÓNICA en detrimento de los intereses de POWERCELL, no obstante lo cual debe recordarse lo establecido en las cláusulas

4.2. y 4.7. del Contrato de Agencia arriba transcritas parcialmente, según las cuales la remuneración básica consistía en una comisión pagadera por una sola vez por cada nueva conexión, la cual podía ser modificada hasta por una vez cada año calendario, siempre que dicha modificación no la disminuyera en más de un 20%.

Entonces, no puede tampoco ser de recibo el argumento de la parte convocante contenido en la pretensión 1.1.7. según el cual la reducción de comisiones habría sido producto de una imposición de TELEFÓNICA.

Ahora, si ello a la postre condujo a POWERCELL a la iliquidez, a la negociación de pasivos, a la reestructuración de ingresos, a la reorganización de su actividad y a la firma de pagarés, el Tribunal carece de elementos de juicio para evaluarlo, pero es claro que en cuanto a las primeras, la aceptación sobre la rebaja de la remuneración no resulta inopinada, ni unilateral, ni forzada, según todo lo antes expuesto y en cuanto a la última, la firma de pagarés, ello no fue otra cosa que la consecuencia lógica y casi necesaria de una liquidación de cuentas mutuamente convenida. Así pues, no habrá de prosperar tampoco la pretensión 1.1.7., en cuanto a la alegada imposición del clausulado contractual, o el abuso de posición dominante para lograrlo, según las excepciones 3.11. y 3.13. antes mencionadas, sin perjuicio de que el Tribunal se ocupe de la forma como desarrolló esas atribuciones TELEFÓNICA, la cual se analiza en otro aparte del presente laudo.

7.5. Sobre las conductas invocadas por TELEFÓNICA para la terminación del Contrato de Agencia y las responsabilidades de TELEFÓNICA o de POWERCELL al respecto.

La pretensión 1.1.1. (sic) de la demanda principal (debió decir 1.1.11.) pide que se declare que TELEFÓNICA dio lugar a la justa causa invocada por ella misma para dar por terminado el Contrato de Agencia Comercial.

A su turno, las pretensiones Primera y Segunda principal de la demanda de reconvención se orientan a que se declare que POWERCELL infringió o desconoció gravemente sus obligaciones y que por tanto, la decisión de TELEFÓNICA al respecto obedeció a justas causas. Adicionalmente, la segunda subsidiaria apunta a que se declare que TELEFÓNICA no estaba obligada a continuar con la ejecución

del contrato de agencia por los incumplimientos de POWERCELL, solicitando al Tribunal que decrete la terminación por justa causa del contrato en cuestión.

Por consiguiente es preciso, en primer lugar, determinar cuáles fueron las causales aducidas para la terminación por la convocada, para luego precisar si éstas ocurrieron realmente o no y en caso positivo, si resultaban eficientes para la drástica decisión adoptada, o para adoptar el Tribunal la decisión última pedida por la reconviniente.

A folio 95 del Cuaderno de Pruebas No. 1 de EL PROCESO INICIAL obra copia de la carta enviada por TELEFÓNICA a POWERCELLL el 20 de junio de 2001 notificando la decisión de aquella de dar por terminado el contrato a partir de 30 de junio de 2001 donde, entre otras cosas, le señaló que ello estaba motivado por:

i) Irregularidades en la información suministrada a BELLSOUTH para la legalización de las ventas;

ii) Irregularidades en los pagos de las comisiones o remuneraciones a su propia red de distribuidores, quienes habrían formulado reclamaciones al respecto a BELLSOUTH;

iii) Irregularidades en los pagos a algunos de sus empleados, lo cual ha repercutido en la necesidad de afrontar demandas laborales donde se invoca la responsabilidad de BELLSOUTH; y,

iv) Desatención al requerimiento formulado por los auditores de BELLSOUTH en relación con la entrega de información.

Aduce TELEFÓNICA en la aludida comunicación que tales hechos se encuentran establecidos en la cláusula 10.2. como justa causa para dar por terminado el Contrato, por lo que en tal caso, en su entendimiento, con fundamento en el artículo 1325 de Código de Comercio, el empresario quedaría facultado para liquidar el contrato.

En efecto, la cláusula contractual aludida señala diversos eventos generadores de la terminación, que de alguna manera desarrollan las causales recíprocas previstas a su turno en el artículo citado de la codificación mercantil. Entonces, existen dos hipótesis básicas: las que justifican que el empresario de por terminado el contrato, y las que justifican que sea el agente quien proceda en tal sentido. Sin embargo, existen otras posibilidades y una de ellas es justamente la invocada en este caso por POWERCELL, quien alega que si bien fue TELEFÓNICA quien dio por terminado el contrato alegando justas causas, ésta fue la generadora de las mismas.

Sobre si debe ocuparse el Tribunal de si ocurrieron o no los hechos invocados por TELEFÓNICA arriba mencionados, lo primero que se observa es que las causales aducidas no constan en el catálogo estipulado en la Cláusula 10.2 del Contrato y además, están expuestas de manera genérica e imprecisa, lo cual hubiera impedido desvirtuarlas a POWERCELL.

La doctora MARTHA HELENA RUIZ DIAZ GRANADOS, Directora Jurídica de la convocada afirmó:

"SRA. RUIZ: Eso ha dado lugar a reclamaciones por parte de la compañía a los diferentes agentes, los diferentes agentes han tomado correctivos respecto de eso porque en la compañía se hace un proceso de verificación, es decir el agente comercial tiene un contacto directo con el potencial usuario, los documentos se envían a la compañía y la compañía hace un proceso de verificación de todos esos documentos en la activación de la venta que es la legalización de la venta.

Para mirar la identidad respecto de los datos del suscriptor, su cédula, bueno en fin y lo que hace primero la compañía es que al evidenciar ciertas posibilidades de fraude o de irregularidad en los documentos lo comunica a los agentes comerciales y eso se ha presentado con algunos de los agentes comerciales y han sido cosas que han sido subsanadas o hay cosas pues que a veces pues están que son ocasionales entonces simplemente se les pone de presente y lo que sucede en ese caso es que no se activa la línea o se reconoce la comisión porque pues si se activó lo que se termina haciendo es un perjuicio económico para la compañía, el consumo que había hecho ese potencial usuario y que no se le reconozca con posterioridad a la compañía.

Entonces puede ser ocasional, pero lo que hace la compañía siempre es que hace las reuniones con los agentes comerciales para revisar, con el propósito de revisar y en el caso de Powercell fueron muchas las ventas o se empezaron a presentar con bastante cercanía una de otra y ya en mayor número y eso es una de las consideraciones que e tiene en cuenta en el momento en que se analiza ese punto en particular para efecto de la terminación o de sumario como motivo de la terminación del contrato.

(...)

DR. SACHICA: En su permanencia de la Dirección Jurídica, conoció usted órdenes de embargo libradas por despachos judiciales en contra de Powercell, en vigencia de la relación contractual con esa empresa?

SRA. RUIZ: No recuerdo ese tema.

DR. SACHICA: Conoció de demandas laborales?

SRA. RUIZ: Demandas laborales si.

DR. SACHICA: Esas demandas laborales usted las conoció antes o después de que terminara la relación contractual con Powercell?

SRA. RUIZ: Hubo unas que empezaron con anterioridad y hubo procesos que se continuaron con posterioridad a la terminación de la relación laboral, de la relación comercial.

DR. SACHICA: Y usted porqué conoció de esas demandas, porque Bellsouth le había informado o porqué razón?

SRA. RUIZ: No pues ya ahí a la dirección jurídica llegaba, nos hacían nos convocaban al proceso, pues nos llamaban al proceso entonces teníamos que comparecer en el proceso, porque la demanda se presentaba pues se convocaba a la compañía pues tratando de pretender una solidaridad.

DR. SACHICA: Esa situación que se presentaba con esas demandas que se... de Bellsouth era una institución generalizada frente a los agentes comerciales?

SRA. RUIZ: No. No, generalizada frente a las personas o a los empleados de los agentes comerciales no era una institución personalizada..."

A su turno la señora LIA NICOLASA HEAN SIERRA funcionaria para la época de la convocada manifestó al respecto:

"DR. MEDRANO: Sabe o conoce de prácticas de Powercell que de alguna manera hubiesen contrariado las políticas corporativas de Bellsouth?

SRA. HEAN: No, tenía un alto índice de cheer y de ventas que se revertían por mala calidad de la venta que se generaba en fraude de suscriptor, o sea había un alto índice de teléfonos que cuando se iba a consultar no había a quien cobrarles, eso era un fenómeno que se les exigió a los agentes comerciales controlar, estableciendo unos esquemas de control de calidad internos y de verificación de datos y yo sé que ellos tuvieron alto impacto en reversión de comisiones por ese concepto..."

La Vicepresidente Comercial de TELEFÓNICA, señora CLAUDIA STELLA TASCÓN DURÁN en su testimonio afirmó:

"SRA. TASCON: Si claro, el cheer es la pérdida de un cliente, ese cheer puede tener varias causas, voluntarias, involuntarias y otras atribuibles a una mala venta y otra a fraude, prácticamente, la voluntaria y la involuntaria es voluntaria yo como cliente me quiero ir de BellSouth y me fui el agente no tiene ninguna responsabilidad la segunda es cartera, que el cliente bien pagando muy bien y de un momento a otro no pago más, entonces yo doy de baja ese cliente porque me tiene una deuda y eso no es atribuible al agente comercial y la otra puede ser por actos dolosos o por una mala venta donde el agente comercial incumple la verificación de quién es ese cliente y puede haber por ejemplo sustitución de identidad o una venta fraudulenta.

Cuál es la diferencia entre las dos, un vendedor yo llego con la cédula suya y hago un contrato comercial, el vendedor tiene la obligación y el agente comercial de verificar que la cédula que le estoy presentando corresponde a, o sea tiene que verificar la identidad de la persona que estamos haciendo el contrato.

Y la segunda es hacer un contrato con la persona verdadera pero la utilización del teléfono celular es para hacer fraude, entonces en esos dos casos hay un departamento de fraude que verifica estos casos se le informa al agente comercial que se le va a descontar próximamente tal plata de comisión, tanta plata por la comisión, correspondiente a esa venta que hemos verificado que es por

tal motivo, por fraude, por sustitución de identidad y que el tiene creo que 15 o 20 días para demostrarnos a nosotros que no es venta fraudulenta.

Cuando el agente comercial nos demuestra que no es una venta fraudulenta no se le hace el descuento, cuando el agente comercial no es capaz de demostrar eso se procede a descontarle de la comisión esa comisión que ya le fue pagada en meses anteriores.

(...)

SRA. TASCON: Bueno, yo diría que la principal obligación de un agente comercial es yo lo contrato a él para que me haga ventas, pero que me haga buenas ventas, porque al final los dos perdemos, yo no genero ingresos y luego no voy a tener con que pagarle las comisiones al agente comercial, entonces yo pago para que me traigan ventas y ventas buenas, ventas buenas son ventas buenas no fraudulentas.

Entonces la obligación del agente comercial es verificar que esa venta que está ingresando a Bellsouth sea una venta buena es que genere ingresos y no se ha utilizado el teléfono para fines fraudulentos, fines fraudulentos pueden ser deterioro económico para BellSouth o que ese teléfono se utilice para fines destructivos para la sociedad como puede ser extorsiones, ya cosas más graves que es lo que trabajamos muchísimo con el gobierno, entonces el departamento, tenemos un departamento de fraude donde monitorea qué pasa con todas las ventas nuevas, y ahí se detecta exactamente si la venta es buena o es una venta fraudulenta, le repito el proceso, en el momento en que nosotros detectamos que una venta es fraudulenta se le avisa al agente comercial y se le dice el por qué creemos nosotros que es una venta fraudulenta, ese agente comercial tiene un plazo para explicar o para verificar si realmente si es una venta fraudulenta o no, si el agente comercial no contesta dentro de ese plazo, si contesta se analiza la sustentación y se llega a un acuerdo si si o si no contesta entonces se procede a descontarle la comisión que se le pagó anteriormente en meses anteriores ese es el procedimiento..."

Respecto al tema en mención la señora MARÍA MERCEDES MOLINA ARAÚJO, Gerente de la Zona Sur Occidente de la Regional Bogotá de TELEFÓNICA manifestó:

"...Más o menos para mediados del año 00, no recuerdo bien pero no se sí de 00 o el año 01, pasé a ser gerente y atenderlos a ellos, ellos tenían una fuerza de venta grande, tenía una participación importante en la comercialización de nuestros productos y servicios como Bellsouth, ya éramos Bellsouth y vinieron presentándose una serie de inconvenientes con su fuerza de venta.

Concretamente cuáles son los inconvenientes? Los inconvenientes son que se presentaron unas situaciones económicas que el dinero con el cual los clientes pagaban por la compra de nuestras líneas, ellos, los subdistribuidores o su fuerza de venta no estaba cancelando esos dineros a la compañía, a Bellsouth no los estaba cancelando.

Nosotros en la compañía le llamamos a esa situación el jineteo del dinero, en qué consiste el jineteo del dinero? El cliente paga a subdistribuidor el valor del equipo, el subdistribuidor debe coger ese dinero y cancelarlo en nuestras cajas para legalizar la venta y las ventas no se estaban legalizando, en diciembre se presentó una situación crítica porque se sumaron todas las ventas que se hicieron en diciembre y los usuarios estaban siendo...

(...)

DRA. DE PEÑA: No, pero digo frente a Bellsouth el pago sólo ocurría cuando el subdistribuidor llevaba la plata, no cuando el usuario se lo pagaba al subdistribuidor?

SRA. MOLINA: Exactamente, ese es el proceso. En el mes de enero empezaron a presentarse inconvenientes con usuarios llamando al asterisco 611 a solicitar por qué se estaba suspendiendo la línea y nosotros empezamos a registrar un volumen considerable de suspensiones de usuarios que se estaban quejando y empezamos a averiguar y todos eran líneas activas de en ese tiempo agente comercial Powercell.

(...)

Posteriormente en enero, a finales de enero, principios de febrero se presentó una situación bastante complicada en el edificio Multifinanciera en el piso 15 un mitin, un amotinamiento de los subdistribuidores de Patricia porque no se les estaba pagando la comisión por las ventas realizadas en diciembre.

Qué creemos nosotros que pasó? Que los subdistribuidores en vista de que no se estaban pagando las comisiones tomaron la plata de las ventas de las activaciones de línea por la derecha y no se estaban legalizando las ventas, eso más o menos fue ,lo que paso entre enero y febrero.

(...)

DR. JARAMILLO: Sabe si a esa situación que acaba de describir se tuvo alguna solución, es decir doña Patricia Montejo tomó alguna medida, alguna determinación a nombre de Powercell para resolver ese problema del pago de las comisiones a subdistribuidores o no?

SRA. MOLINA: Se que ella en varias oportunidades trató de hacer reuniones con su fuerza de ventas y si las hizo no sé, no le sabría decir porque yo no participé de ninguna de esas reuniones de su fuerza de ventas, lo único que le puedo decir es que nosotros en vista de que la situación se volvió crítica y estaban los usuarios de por medio la gerencia en ese tiempo de María Consuelo dio la orden de que se cruzaran las ventas que estaban sin pago contra las comisiones que se estaban generando en enero y febrero para poder cubrir los saldos de las líneas que se vendieron en diciembre y poder dar servicio a los usuarios, eso sí fue una acción que se tomó yo estaba ahí y era consciente de eso, yo fui la encargada de recaudar la información de cuántas líneas habían quedado pendientes de no pago, más o menos de lo que logro recordar era un promedio de 700 a 800 líneas que se le reportaron al área de contabilidad de la compañía para que se cruzara contra comisiones y poder así solventar el impase con los usuarios que estaban activos y que no se había podido recaudar el dinero.

(...)

DR. SACHICA: Volvamos al momento en que se da por terminado el contrato con Powercell, dice claro, conozco de ese tema porque yo tenía una relación con Powercell, qué fue lo que pasó, qué supo, cómo se tomó la decisión al interior de Bellsouth, quién le informó a Bellsouth por qué se daba por terminado el contrato, qué le comentó a usted su jefe sobre la terminación del contrato, su jefe le consultó a usted qué opina de la situación de esa gente, cuéntenos, pero por favor relato suyo.

SRA. MOLINA: En el mes de junio salí a vacaciones, a mi me pidió Maria Consuelo que hiciera un informe sobre la situación actual del agente comercial, hice el informe se lo entregue a ella, le dije se han generado tales y tales inconsistencias en el agente comercial, especialmente comercial.

DR. SACHICA: Qué inconsistencias?

SRA. MOLINA: Las inconsistencias, el agente comercial no está capacitando su gente, el agente comercial tiene problemas de activaciones porque no se están pagando las ventas a tiempo, el agente comercial tiene desbandada de su gente, están vendiendo en otros agentes comerciales, no están vendiendo con Powercell, específicamente estos fueron los puntos que trabajé y se los entregue a Maria Consuelo..."

En su testimonio el señor WILLIAM MARIANO QUIROGA ORTÍZ, Gerente de Recaudos de la convocada señaló:

"SR. QUIROGA: Pues lo que tengo conocimiento es lo que nosotros tenemos o figuran los estados financieros de la compañía en este momento tenemos una cartera por cobrarle a Powercell más o menos de mil cuatrocientos millones pues es una cifra más o menos aproximada y eso es lo que entiendo que nosotros estamos reclamando a Powercell que nos cancel, esa es una deuda que viene desde el año 98 una parte importante que fue la terminación del contrato de concesión, una

deuda que se originó también en unas ventas de tarjetas prepago, una cartera que también se originó en unas ventas de ellos, que Powercell retuvo, es decir, como ellos hacían la gestión o el recaudo de la venta inicial, esa venta inicial nunca fue pagada directamente a la compañía y allí se originó pues una cartera de más o menos como de unos 68 millones de pesos si no mal recuerdo en este momento, eso es lo que tenemos en este momento por cobrarle a Powercell."

Finalmente en el interrogatorio de parte la señora MARÍA PATRICIA MONTEJO SALGAR, Representante Legal de la convocada, afirmó:

"DR. SACHICA: **Pregunta No. 9.** Diga como es cierto si o no que para el mes de mayo del año 2001 Powercell no había atendido el pago de los instalamentos o cuotas pactadas bajo los pagarés suscritos en el mes de junio del año 2000?

SRA. MONTEJO: Sí, es cierto pero hay que hacer una aclaración, los pagos no los hacía Powercell, los pagos los efectuaba por su propia compensación Bellsouth o Celumóvil, ellos decidían cuándo debitaban, cuándo no debitaban, qué valores debitaban, no era que Powercell fuera con un cheque a Bellsouth o a Celumóvil y le dijera aquí está mi cuota, era Celumóvil, era Bellsouth el que decía cuándo efectuaba los pagos..."

Adicionalmente a las declaraciones aludidas, se encuentra probado en el proceso que POWERCELL tuvo dificultades con su red de distribuidores, relacionadas con el pago de las comisiones, que generaron situaciones como el mitin relatado por la testigo Molina Araújo; que tuvo que enfrentar demandas laborales de sus empleados, quienes formularon reclamaciones que involucraron a TELEFÓNICA, como ocurrió con las demandas laborales de exempleados de aquella como lo fueron Soledad Bello Gaitán (C.P. No. 1 de EL PROCESO INICIAL, Folio 3); Doris Julieta Roncancio (C.P. No. 1 de EL PROCESO INICIAL, Folio 15), Gloria Inés Franky Silva (C.P. No. 1 de EL PROCESO INICIAL, Folio 27) etc. Además, consta también en diversas declaraciones que en efecto TELEFÓNICA formuló a POWERCELL requerimientos sobre la información que debía suministrar para legalización de algunas ventas, e igualmente es posible que se hubieran producido requerimientos a ésta por parte de los auditores de aquella. No obstante, aunque POWERCELL ha aceptado como ciertos varios de los hechos imputados, señala que ellos fueron ocasionados por un envilecimiento del negocio atribuible a TELEFÓNICA, quien por tanto sería la responsable de los mismos y no podría invocarlos como justa causa imputable a POWERCELL.

Tal y como ha quedado expuesto en forma reiterada en esta providencia vale la pena destacar en primer lugar, que ciertamente, según la cláusula 4.7. ya transcrita, TELEFÓNICA tenía la facultad de modificar unilateralmente la remuneración básica del agente pero máximo una vez cada año calendario y siempre y cuando la disminución no fuera superior al 20%. Adicionalmente según

lo establecido en dicha cláusula, para que las modificaciones tuvieran vigencia se requería una notificación previa de cuando menos quince días de antelación. Sin embargo, como antes se vio en el punto 7.3. de estas consideraciones, TELEFÓNICA desbordó ampliamente el límite porcentual en el que podía rebajar las comisiones, no dio al agente el preaviso contractualmente acordado para la entrada en vigencia de las modificaciones en la remuneración, puntos vertebrales del contrato y vitales para la permanencia de POWERCELL en el mercado.

Si se completa el panorama económico con otras pruebas que obran en el proceso es necesario concluir la etiología de lo ocurrido, pues a pesar del acuerdo de Terminación y Transacción del primer contrato no puede hacerse abstracción de su existencia y de él se desprende que el agente tuvo su época dorada durante su vigencia, cuando gozaba de una caja formidable derivada de un alto nivel de comisiones que podían eventualmente reversarse (*CHURN*) si el suscriptor correspondiente se retiraba antes de cumplir 180 días o se encontraba en mora de pagar sus consumos al cabo de ellos. De la misma manera es cierto que el nuevo contrato, el de Agencia Comercial de diciembre de 1998 cambió sustancialmente el sistema de remuneración para sustituir el *CHURN* o sistema de reversión por un mecanismo de bonificaciones para el agente por permanencia de los suscriptores después de los 180 días de vigencia del contrato y siempre que se encontraran al día en sus pagos para con TELEFÓNICA. Este radical vuelco en las condiciones económicas trajo un efecto perverso para la economía del contrato, pues puso a una compañía con caja ya precaria como POWERCELL –según las condiciones del nuevo contrato- a sufrir las reversiones de ventas generadas en los mejores momentos –los del "*descreme*" del mercado y de las comisiones generosas-. Lo anterior podría considerarse un alea propio de la actividad comercial, o la consecuencia de un clausulado contractual voluntariamente aceptado, como claramente lo fue por la convocante, según lo antes expuesto. Con todo, si a esta circunstancia de por sí desfavorable, se le suma el incumplimiento de la convocada al disminuir las comisiones en frecuencia y porcentajes considerablemente superiores a los límites pactados, como arriba se vio, hasta en la mitad, no cabe duda de que TELEFÓNICA fue responsable del envilecimiento alegado por POWERCELL en su remuneración y por ende, de que se hubiera visto avocada a una situación económica en extremo precaria que la llevó a las circunstancias alegadas después por TELEFÓNICA para dar por terminado el contrato, como las

irregularidades –no precisadas- en los pagos a su red de distribuidores y a algunos de sus empleados.

Ahora, en cuanto las deficiencias en la información suministrada para legalizar ventas –tampoco precisadas- resulta claro, según las declaraciones transcritas que se trataba de un asunto meramente procedimental que TELEFÓNICA solía y podía enfrentar por la vía de no reconocer la comisión hasta tanto se produjera la legalización. Finalmente, en cuanto a la alegada desatención del requerimiento de auditoría y entrega de información, por supuesto también podría ser un incumplimiento, pero de ninguna manera con la entidad suficiente para terminar el contrato.

Por lo demás, vale observar que ninguna de las causales invocadas se encuentra tipificada como "grave incumplimiento" en el generoso catálogo al respecto contenido en la cláusula 10.2. del Contrato.

Entonces, así como el Tribunal ha sido particularmente exigente en calificar la suficiencia de la fuerza alegada como vicio del consentimiento para los efectos de no invalidar el acuerdo de Terminación y Transacción, también tiene que ser especialmente estricto en calificar las causales alegadas como eficientes para dar por terminado el contrato, concluyéndose entonces que no toda fuerza tiene el vigor suficiente para viciar el consentimiento, ni todo incumplimiento tiene la trascendencia necesaria para justificar una terminación anticipada del contrato. En este sentido, entonces, como los incumplimientos imputados por TELEFÓNICA a POWERCELL no resultaron relevantes para la consecuencia aplicada por aquella, POWERCELL sí estaba legitimada para iniciar la acción de incumplimiento y no está llamada a prosperar la excepción propuesta por la convocada, denominada "Excepción de contrato no cumplido frente al contrato de agencia comercial suscrito el 30 de diciembre de 1998."

Debe señalarse además que no se encuentra correspondencia entre lo establecido por la cláusula 10.2 del contrato contentiva de las causales que las partes definieron como justas causas para dar por terminado el contrato y las calificadas por la convocada como justas causas base de la terminación unilateral, señalada en la comunicación del 20 de junio de 2001. Ahora bien, analizando el acervo

probatorio no es dable concluir para este Tribunal que la convocada dio por terminado el Contrato de Agencia Comercial con POWERCELL por justa causa, pues su conducta y el manejo que le dio a la relación contractual, donde su agente estaba en una situación financiera delicada, contribuyó sin lugar a equívocos a empeorar su condición económica, impidiéndole cumplir cabalmente sus compromisos laborales, financieros y comerciales.

De esta manera, el Tribunal habrá de concluir que la pretensión marcada como 1.1.1. (sic) (debió decir 1.1.11.) está llamada a prosperar y que entonces, las causas invocadas por TELEFÓNICA no tuvieron la fuerza suficiente para generar una terminación anticipada del Contrato y fueron, en esencia, una consecuencia de su propio comportamiento, tratándose por tanto de una terminación injustificada que la llevará a tener que responder por los perjuicios derivados de ello. Como lógica consecuencia de lo anterior, habrán de prosperar las excepciones identificadas con los números 3.1. "Cumplimiento de parte de POWERCELL S.A." y 3.2. "Incumplimiento de la relación contractual de TELEFÓNICA" propuestas por la convocante a la demanda de reconvención, y por ende, se denegarán las pretensiones Primera, Segunda Principal, Segunda Subsidiaria y Tercera de esta última.

7.6. Sobre la penalidad contenida en la cláusula 10.3 del contrato de Agencia Comercial de 30 de diciembre de 1.998.

Como quiera que la pretensión Quinta de la demanda de reconvención pide que se declare que de acuerdo con la cláusula 10.3. del Contrato de Agencia POWERCELL está obligada a pagarle a TELEFÓNICA 15.000 UPACs, o la unidad de poder adquisitivo equivalente que rija al momento de proferirse el laudo, se considera:

En efecto, la cláusula aludida establece dicha penalidad para el evento en que se produzca la terminación unilateral del contrato por iniciativa de TELEFÓNICA, cuando se den las causales señaladas en los literales a) y b) del numeral 1° del artículo 1325 del Código de Comercio (incluyendo los eventos del numeral 10.2. del Contrato). Las referidas disposiciones legales establecen, por su parte, que constituyen justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato por parte del empresario, el incumplimiento grave del agente en sus obligaciones contractuales o legales y cualquier omisión del agente que afecte gravemente los

intereses del empresario, en tanto que el numeral 10.2. precitado contiene un amplio repertorio de causales concretas que habilitarían a TELEFÓNICA para tomar esta drástica determinación.

Como se analizó en numerales precedentes, ciertamente TELEFÓNICA invocó incumplimientos de POWERCELL de sus obligaciones contractuales y legales, pero como allí se señaló, aunque en efecto hubo incumplimientos por parte del agente los cuales se encuentran debidamente probados en el proceso, por una parte, ellos no tuvieron la suficiente entidad para generar la ruptura contractual y por la otra, fue la propia TELEFÓNICA quien dio origen a los principales de ellos, como antes quedó reseñado.

Por consiguiente, respecto al punto del acápite precedente, habrá de prosperar la excepción de la parte reconvenida denominada "Incumplimiento de la relación contractual por parte de TELEFÓNICA" y por ende se denegarán las pretensiones Quinta y Sexta de la reconvención.

7.7. Sobre las obligaciones dinerarias reclamadas por TELEFÓNICA.

La pretensión Cuarta principal de la demanda de reconvención busca que se condene a POWERCELL a pagar a TELEFÓNICA las sumas que resulten probadas en el proceso, junto con los intereses de mora que por cada uno de los conceptos debidos se hubieren causado desde el momento en que cada una de ellas se hizo exigible y hasta cuando se verifique su pago. Obran en el proceso diversas pruebas que dan cuenta de obligaciones a cargo de POWERCELL y a favor de TELEFÓNICA derivadas principal y originariamente del acuerdo de Terminación y Transacción y documentadas allí y posteriormente en pagarés y que en resumen fueron verificadas por el perito y se encuentran cuantificadas en los cuadernillos correspondientes al dictamen pericial solicitado por TELEFÓNICA. Como se vio en apartes precedentes, no encontró el Tribunal vicio que invalidara el acuerdo transaccional en mención y por ende que afectara los compromisos dinerarios derivados del mismo.

Al respecto se destaca que los pagarés que incorporan las obligaciones en mención se generaron en diversos momentos de la ejecución del Contrato, el 0001, por $

509 923 042, título que recogió el pagaré 002 de 1998, esto es el derivado de la transacción por concepto de *CHURN* incrementado en $ 202 176 539; el 0002, por $ 547 133 266, proveniente de registros contables del 31 de marzo de 2000; el 0003, por $ 40 000 000, que recogió el 0001 del 29 de diciembre de 1998 por concepto del préstamo otorgado por TELEFÓNICA a POWERCELL ese mismo día, esto es, el día de la transacción. No habiéndose invalidado el negocio del cual provinieron el primero y el tercero de los antes nombrados, habrán de mantener la plenitud de su vigencia. Lo mismo puede predicarse del segundo de ellos, pues adicionalmente se encuentra debidamente registrado en la contabilidad de la propia convocante.

A folios 68 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 6 de EL PROCESO INICIAL, obra la providencia dictada por la Superintendencia de Sociedades el 16 de julio de 2004 dentro del proceso verbal sumario adelantado por TELEFÓNICA contra el Promotor del acuerdo de reestructuración de POWERCELL donde se destaca que aquella presentó al trámite concursal aludido solamente fotocopias de las obligaciones a su favor, a pesar de estar reclamando la suma de $ 1 425 692 772, por lo que dicho despacho ordenó al Promotor la constitución de una reserva por la diferencia entre la acreencia reconocida como cierta y la aludida pretensión de BELLSOUTH en el trámite arbitral, determinándose entonces la desestimación de la objeción formulada por TELEFÓNICA y ordenándose al Promotor la constitución de la reserva aludida en la suma de $ 977 360 759,04.

Lo anterior, habida cuenta de la consideración que tuvo el despacho en el aludido proceso, según la cual se encontraba para entonces acreditada la existencia de un proceso arbitral entre las mismas partes, que debía decidir lo pertinente.

En este orden de ideas, reposan en el Cuaderno de Pruebas No.2 de EL PROCESO INICIAL, a folios 2, 4 y 6 los originales de los pagares 0001 por valor de $ 509 923 042, 0002 por $ 547 133 266, y 0003 por valor de $ 40 000 000, todos a cargo de POWERCELL y a favor de CELUMOVIL, los cuales, por lo demás, fueron también comprobados por el dictamen pericial según lo reseñado en la página 3 del cuadernillo contentivo del dictamen solicitado por TELEFÓNICA, por lo que el Tribunal habrá de declarar la existencia y validez de dichas acreencias, con las salvedades y en las cuantías que más adelante se consignan.

Así las cosas, el Tribunal hace referencia a la cronología de los préstamos reseñada por el perito al responder la pregunta 6 del cuestionario formulado por TELEFÓNICA, complementada con el anexo del mismo número contenido en el libro segundo de la aludida experticia. En este último debe observarse que los saldos expresados en la contabilidad de POWERCELL difieren de los de TELEFÓNICA, en la medida en que a la suma total que aparece registrada como deuda con saldos insolutos por $ 1 061 343 000 aquella le dedujo la totalidad de la amnistía por cumplimiento por $ 672 000 000, para llegar a un saldo a favor de TELEFÓNICA por $ 389 343 000. Sin embargo, la cifra del valor amnistiado no es correcta, pues según el cumplimiento de las metas establecidas por TELEFÓNICA, su agente solamente tuvo derecho a acceder a la amnistía en cuantía de $ 134 400 053, por lo que el saldo insoluto de la deuda del agente para con su empresario es entonces la suma inicial del saldo de los pagarés precitados, $ 1 061 343 000 (anexo 6 del Libro 2 del dictamen) menos $ 134 400 053 (anexo 10 del Libro 2 y soporte 9 del Libro 3 del dictamen), para un neto de $ 926 942 947. Se concluye entonces que el Tribunal debe hacer fe de la contabilidad de la convocante según lo dispuesto por el artículo 70 del Código de Comercio, ante la renuencia de la convocada de facilitar al perito el acceso a su información contable como consta en diversos apartes del dictamen, y para este caso en concreto, en la respuesta a la pregunta 10 del cuadernillo de TELEFÓNICA.

El Tribunal tendrá entonces que declarar próspera la pretensión mencionada, Cuarta Principal de la reconvención y por tanto, reconocerá la existencia de la deuda en mención, en cuanto al saldo por capital de los pagarés, de acuerdo con lo expuesto en el dictamen pericial.

Sin embargo, dada la situación de reestructuración de POWERCELL, que se encuentra ampliamente acreditada en el proceso, el Tribunal, por una parte, rechazará las compensaciones alegadas con las sumas que a su turno se decreten como a cargo de TELEFÓNICA, bajo la consideración de que el régimen concursal aludido no permite tal figura legal, (artículo 17 de la Ley 550 de 1999), habida cuenta de que éstas serían una forma de quebrantar el principio universal de la *par conditio creditorum* y por la otra, se abstendrá de decretar los intereses pedidos, tanto moratorios como de plazo, así como la indexación y los intereses legales

reclamados, ya que en virtud del mismo principio en comento, el régimen de esa deuda debe ser el que rija en el acuerdo de reestructuración de POWERCELL para los acreedores que compartan la misma clase de las obligaciones a favor de TELEFÓNICA.

En este mismo sentido, en el Cuaderno de Pruebas No.4 de EL PROCESO INICIAL, a folios 206 y siguientes, obra el fallo de la Superintendencia de Sociedades fechada el 29 de enero de 2004 dentro del proceso verbal sumario instaurado a instancias del apoderado de POWERCELL para declarar la compensación efectuada por TELEFÓNICA respecto a varias facturas emitidas por aquella a cargo de ésta. Con respecto a la prestación de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, en cuantía de $ 265 909 427, la referida providencia ordenó a TELEFÓNICA reversar las compensaciones efectuadas por valor de $ 582 123 107, y dispuso que la misma debería ser materia del acuerdo de reestructuración.

De esta manera, habrá de prosperar parcialmente la excepción identificada como 3.6. contenida en la contestación de la demanda de reconvención, denominada "Obligaciones en Reestructuración"; se rechazará por improcedente la excepción 3.10. de la contestación de la demanda principal sobre compensación y prosperará de manera parcial la pretensión Cuarta Principal en cuanto a las sumas debidas por capital y se negarán las pretensiones denominadas "Cuarta Subsidiaria" y "Segunda Pretensión Cuarta Subsidiaria" de la demanda de reconvención.

7.8. Sobre la llamada "cesantía comercial".

Según lo antes expuesto, está reconocida por ambas partes la existencia de la relación de agenciamiento celebrada el 29 de diciembre de 1998 a la cual se viene haciendo referencia reiteradamente en este laudo.

De igual manera, es un punto pacífico de la jurisprudencia y la doctrina que a la terminación del contrato de agencia comercial por cualquier causa, el agente tiene derecho a que el empresario le pague la prestación mencionada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, coloquialmente denominada "Cesantía Comercial".

No existe la misma claridad respecto a la forma de liquidarla, ni tampoco los aspectos indemnizatorios del inciso segundo que se tratará más adelante, pues con razón ha dicho la doctrina que el mencionado artículo es "el texto más confuso de todo el Código de Comercio", que el asunto está legislado "de manera oscura" o que es "uno de los textos más endiablados del Código de Comercio"[7].

Respecto a este último punto cabe citar a Jorge Suescún Melo en su estudio sobre la materia, quien señala:

"Ahora bien, en ese punto se ha discutido la forma como debe calcularse dicho promedio. En tanto que algunos sostienen que debe tratarse de un promedio mensual, otros consideran que se trata del promedio de todo lo recibido y no mensual, y apoyan su argumentación en el hecho de que la ley en la hipótesis que nos ocupa, es decir, cuando la duración del contrato es inferior a tres años, exige que el promedio se calcule sobre todo lo recibido. Agregan que esta regla no puede conducir al mismo efecto previsto para los eventos superiores a tres años, pues si tal hubiera sido la intención del legislador le hubiese bastado con ratificar el primer supuesto. Y anotan que la conjunción "o" que emplea la norma es excluyente y distingue entre las dos alternativas de vigencia del contrato".

Más adelante, citando un laudo arbitral, el mismo autor agrega:

"De otra parte, sostener que cuando el contrato ha tenido una duración menor a tres años debe acudirse a un promedio anual, conduciría a la postre a que un agente cuyo contrato ha tenido una duración de treinta y cinco meses, recibiría una prestación superior a la que recibirían los agentes cuyo contrato haya durado entre tres y 11 años. Personalmente no encuentro ninguna razón que justificara un trato diferente en este caso, a tal punto que dicha interpretación no sería conforme con el principio de igualdad consagrado en el artículo 13 de la Constitución Política, que necesariamente debe inspirar la interpretación de la ley, de conformidad con el principio de supremacía de la Constitución Política y el artículo 4° de la ley 153 de 1887 que impone tener en cuenta la doctrina constitucional en la interpretación de la ley.

(...)

"Por consiguiente, considero que para calcular el promedio de la comisión regalía o utilidad a que se refiere el artículo 1324 se debe obtener el promedio mensual durante toda la vigencia del contrato, el cual multiplicado por los años de duración del contrato, o sus fracciones, permitirá obtener el valor de la prestación prevista por el primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio"[8].

De acuerdo con lo expuesto, la mera existencia de la relación agencial da lugar a la prestación aludida, por lo que habrá de prosperar, aunque solo parcialmente la pretensión de condena marcada como 1.2.1. por la parte convocante que apunta en tal sentido. Parcialmente, en la medida en que como se concluyó en la consideración 7.1. del presente laudo, habrá de contraerse tan sólo a la última de las relaciones contractuales celebradas entre las partes, se repite, la del 29 de

[7] VALLEJO GARCÍA, Felipe. El Contrato de Agencia Comercial, LEGIS, 1999, Pgs. 86, 87 y 88.

[8] SUESCÚN MELO, Jorge. Derecho Privado, Estudios de Derecho Civil y Comercial Contemporáneo, Universidad de los Andes-LEGIS, 2003, Pgs. 510 a 512.

diciembre de 1998, habida cuenta de que la primera de ellas, la del 1 de julio de 1994, fue terminada, liquidada y transigida por el acuerdo celebrado el 29 de diciembre de 1998.

La liquidación correspondiente se hará a partir de las cifras contenidas en las páginas 1 y 5 del cuadernillo de ampliación del dictamen de la convocante, de la siguiente manera: i) la sumatoria de todos los ingresos de la vigencia contractual materia de este laudo, equivalente a $ 3 268 240 469; ii) el promedio de dicha partida es decir, tal suma dividida por 30 meses, lo que arroja $ 108 941 349; iii) el promedio anterior multiplicado por el número de años de ejecución del contrato, esto es por 2.5, para un total de $ 272 353 372. Esta cifra fue indexada en el dictamen de acuerdo con lo solicitado por la convocante, para totalizar $ 423 185 416, según la página 7 del mismo, y se actualiza a la fecha del presente laudo a la suma de $ 422 586 491, utilizando el último índice certificado por el DANE, produciéndose una disminución de $ 598 925 por efectos financieros de la revaluación del peso.

De la manera expuesta, la liquidación precedente habrá de sustituir en un todo la liquidada en su momento por TELEFÓNICA a favor de POWERCELL y compensada irregularmente por aquella por lo que habrá de prosperar parcialmente la pretensión identificada como 2.2.6. de las primeras subsidiarias de la demanda principal.

7.9. Sobre la indemnización por la terminación del contrato.

La pretensión 1.2.2. de la convocante pide se condene a TELEFÓNICA a pagarle la indemnización fijada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio. Como es bien sabido, tal concepto no es de contenido prestacional sino indemnizatorio, "cuando el empresario revoque o de por terminado unilateralmente el contrato sin justa causa comprobada, (caso en el cual) deberá pagar al agente una indemnización equitativa como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. (...) Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato".

En el proceso es claro, pues no ha sido discutido, que la terminación del contrato se produjo por decisión unilateral de TELEFÓNICA y la única cuestión objeto de controversia es si las causales invocadas por ésta existieron o no y en caso afirmativo, si fueron eficientes y suficientes para dar por terminado el contrato. En el punto 7.5. de estas consideraciones se analizaron las causales invocadas por TELEFÓNICA para su drástica determinación, lo mismo que los incumplimientos que recíprocamente se endilgan las dos partes contratantes, de lo cual concluye el Tribunal:

i) Sí hubo incumplimientos de POWERCELL durante la ejecución del contrato, pero éstos no tuvieron la categoría necesaria para generar una terminación unilateral e intempestiva del Contrato;

ii) También hubo incumplimientos de TELEFÓNICA en algunas de las obligaciones a su cargo, pero contrario a lo anterior, éstas sí resultaron medulares y afectaron sensiblemente la economía del contrato y la situación del agente;

iii) Los principales incumplimientos de TELEFÓNICA estuvieron relacionados con la modificación sustancial de las comisiones del agente, con mayor frecuencia y por encima de los porcentajes máximos pactados, puntos estos vertebrales del negocio y razón de ser de la contratación para POWERCELL;

iv) Por consiguiente, la terminación del contrato por parte de TELEFÓNICA resultó una decisión exagerada y por tanto injustificada, que amerita el pago de la indemnización prevista para estos casos por la legislación comercial.

Considerando que según las voces de la norma citada deben tenerse en cuenta "la extensión, importancia y volumen de los negocios" realizados por el agente, el perito en su dictamen efectuó un ejercicio que para el periodo en cuestión obra a partir de la página 15 del cuadernillo de aclaración de la parte convocante y que consiste en lo siguiente: i) toma las participaciones de TELEFÓNICA en el mercado de la telefonía celular a partir de enero de 1999, hasta el tercer trimestre de 2001,

cuando terminó la relación de agencia comercial objeto de debate, contabilizando los abonados finalmente en servicio (página 15, mitad izquierda del cuadro); ii) determina el número de usuarios en servicio presentados por POWERCELL (página 15, mitad derecha del cuadro) y iii) calcula la participación porcentual de POWERCELL en los abonados en servicio de TELEFÓNICA, que resulta en 6.69% para 1999, 8.92% para 2000 y 9.75% para 2001 (pagina 15, última columna derecha del cuadro). Como puede verse en estos ejercicios, que son los pertinentes, pero además con los que los precedieron que constan en la página anterior se aprecia que la participación del agente en los negocios de TELEFÓNICA va siendo incremental, esto es, que un periodo tras otro se van viendo los resultados de la actividad promocional. Entonces, el perito tomó en cuenta la injerencia de los negocios aportados a TELEFÓNICA por POWERCELL, concluyendo en la página 10 del aludido cuadernillo que el valor de la indemnización ascendería a $ 319 319 956, lo cual significa que se tuvieron en cuenta la extensión (dos años y medio), la importancia (porcentaje de participación en el negocio) y el volumen (monto de los ingresos percibidos), por lo que se concluye que se han tenido en cuenta los parámetros legales fijados para esta especial indemnización. Adicionalmente, en la página 12 del mismo documento aparece la indexación correspondiente a tal partida, hasta la fecha del dictamen, por valor de $ 496 162 567, que es la que se decretará a cargo de TELEFÓNICA por tal concepto, que actualizada a la fecha del laudo asciende a la suma de $ 495 460 359 utilizando el último índice certificado por el DANE, y con un efecto de disminución derivado de la revaluación del peso colombiano antes señalada.

De esta manera, habrá de declararse próspera la pretensión de condena 1.2.2. de la demanda principal.

7.10. Otras excepciones propuestas por TELEFÓNICA.

7.10.1. Prescripción de la acción por incumplimientos contractuales anteriores a los cinco años de la fecha de presentación de la demanda.

Considerando que una de las excepciones invocadas por TELEFÓNICA es la denominada con el epígrafe que antecede, debe el Tribunal considerar si ella es aplicable o no para aniquilar las pretensiones de la convocante, habida cuenta de

que ciertamente, trascurrieron casi siete años desde la terminación del contrato por decisión de TELEFÓNICA hasta el momento de presentación de la demanda que dio origen al presente proceso por parte de POWERCELL. Debe tenerse en cuenta, sin embargo, que la prescripción es una consecuencia con la cual el legislador sanciona la inactividad del titular de un derecho cuando no opta oportunamente por acudir a la vía judicial para hacerlo efectivo, si no le ha sido reconocido voluntariamente por el obligado a satisfacerlo. Es claro en este caso que la demora de POWERCELL en el ejercicio de su acción no constituye falta de diligencia, ni descuido suyo en la atención de su derecho, pues lo cierto es que adelantó otro proceso o de manera general diversas acciones orientadas a satisfacerlo que se vieron frustradas por distintas razones, lo cual fue la causa directa y necesaria para la tardanza en la iniciación del proceso arbitral que hoy ocupa al Tribunal.

En este sentido es claro el pronunciamiento de la Corte Constitucional respecto a este caso, cuando en sede de revisión estudió la tutela que se originó en EL PROCESO INICIAL y señaló:

"...Por el contrario, subsistiendo el pacto arbitral que dio origen a la constitución del Tribunal cuyo pronunciamiento fue anulado, ha de atenderse la voluntad de las partes de sustraer el caso del régimen de los jueces ordinarios y así cualquiera de esas partes podrá activar otra vez el compromiso, solicitando la convocatoria de un nuevo Tribunal de Arbitramento que decida sobre las diferencias aún pendientes de resolución, quedando su contraparte legalmente obligada a comparecer a él, tanto como la primera vez.

Ahora bien, ya que la anulación del laudo arbitral tampoco trae necesariamente consigo la simultánea anulación del proceso que precedió a su pronunciamiento, es pertinente señalar que si quien solicita en este punto la conformación de un nuevo Tribunal es la misma parte que anteriormente lo promovió, en la aplicación de lo previsto en los artículos 90 y 91 del Código de Procedimiento Civil, deberá considerarse que la prescripción de las acciones correspondientes fue válidamente interrumpida desde el momento en que se hizo la primera convocatoria..."

De esta manera, estima el Tribunal que no le es imputable al accionante demora alguna en el adelantamiento de su acción, por lo que la excepción aludida no se encuentra llamada a prosperar.

7.10.2. Las demás excepciones de la convocada.

De lo expuesto en las consideraciones que anteceden, resulta claro para el Tribunal que quedarían pendientes de pronunciamiento expreso algunas de las excepciones propuestas por la parte convocada. Sin embargo, lo cierto es que aquellas respecto de las cuales no se ha hecho un pronunciamiento expreso en

esta providencia, el Tribunal considera que no requieren desarrollo específico teniendo en cuenta que las pretensiones que estaban llamadas a atacar no resultaron prósperas, como quedó evidenciado en el resto de la parte motiva del presente laudo, haciéndose innecesario cualquier pronunciamiento de mérito respecto de tales medios exceptivos. Con todo, la decisión respecto de tales medios se hará constar en la parte resolutiva de este laudo.

8. COSTAS.

Teniendo en cuenta que las pretensiones principales prosperan de manera parcial, el Tribunal condenará en forma proporcional a la parte convocada **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** al pago de costas, de conformidad con lo previsto por el artículo 392 Num. 6º del Código de Procedimiento Civil, norma que dispone que "En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión".

En el presente proceso, aunque varias pretensiones encontraron acogida, otras fueron denegadas, razón por la cual hay lugar a imponerle a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** la obligación de pagarle a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** el 80 % de las costas en que esta última sociedad incurrió, proporción que el tribunal encuentra razonable y acorde con el resultado final de la litis.

Es bien conocido por todos, que las costas están constituidas tanto por las expensas, esto es, por los gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, constituyen e integran el concepto genérico de costas, luego el juez, al momento de realizar la respectiva condena debe tener en cuenta tal circunstancia.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas a favor de la parte convocante en la proporción indicada, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió ésta durante la tramitación del proceso,

sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales son fijadas por el Tribunal, por considerarlo ajustado a la ley y acorde con la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas, en la suma de TREINTA MILLONES DE PESOS ($ 30 000 000).

En cuanto a las expensas, en el proceso se encuentra debidamente comprobado el pago por parte de **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** del rubro correspondiente a honorarios y gastos del Tribunal, así como de los gastos de pericia y los honorarios del perito Tayron Roa Vargas, en los siguientes montos:

- Gastos de presentación de la solicitud de convocatoria: $ 1 070 680.
- 50 % de los honorarios de los tres árbitros: $ 45 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios de los tres árbitros: $ 7 200 000.
- 50 % de los honorarios del Secretario: $ 7 500 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios del Secretario: $ 1 200 000.
- 50 % de los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá: $ 7 500 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios de la Cámara de Comercio de Bogotá: $ 1 200 000.
- 50 % de la partida de protocolización: $ 20 000 000.
- 50 % de los gastos del peritaje contable y financiero: $ 750 000.
- 50 % de los honorarios del perito contable y financiero: $ 10 000 000.
- 50 % del IVA sobre los honorarios del perito contable y financiero: $ 1 600 000.

Total de las costas en que incurrió POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN, incluidas las agencias en derecho: ciento treinta y tres millones veinte mil seiscientos ochenta pesos ($ 133 020 680).

De conformidad con lo expuesto, **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** deberá rembolsar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** el 80 % de las costas en que incurrió la convocante, esto es, la suma de CIENTO SEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISÉIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($ 106 416 544), y así se dispondrá en la parte resolutiva de esta providencia.

9. PARTE RESOLUTIVA.

En mérito de las consideraciones que anteceden, el Tribunal de Arbitraje integrado para resolver las diferencias contractuales entre **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** y **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, administrando justicia por habilitación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

R E S U E L V E

Primero.- Desestimar por improcedente la excepción denominada «Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral para resolver aspectos relacionados con el contrato de transacción que las partes celebraron el 29 de Diciembre de 1998» formulada por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

Segundo.- Declarar fundadas, con el alcance señalado en la parte resolutiva de esta providencia, la excepción denominada «Falta de jurisdicción y competencia del Tribunal para conocer de la controversia, en razón de la cosa juzgada que se deriva del contrato de transacción suscrito entre las partes el 28 de diciembre de 1998».

Tercero.- Como consecuencia de lo anterior, desestimar la pretensión principal declarativa identificada con el número 1.1.1. de la demanda principal.

Cuarto.- Desestimar por falta de fundamento las pretensiones principales declarativas identificadas con los números 1.1.3., 1.1.4., 1.1.5., 1.1.6., 1.1.7., 1.1.8., 1.1.9. y 1.1.10. de la demanda principal.

Quinto.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que prospera la pretensión principal declarativa identificada en la demanda principal como 1.1.1. (sic) (a continuación de la 1.1.10.) y que prospera parcialmente la pretensión principal declarativa identificada con el número 1.1.2. de la demanda principal.

Sexto.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que prospera parcialmente la pretensión subsidiaria declarativa identificada con el número 2.1.1. de la demanda principal.

Séptimo.- Desestimar por falta de fundamento las pretensiones subsidiarias declarativas identificadas con los números 2.1.2., 2.1.2.1, 2.1.2.2., 2.1.2.3., 2.1.3. y 2.1.8. de la demanda principal.

Octavo.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que prosperan las pretensiones subsidiarias identificadas con los números 2.1.4 y 2.1.5. de la demanda principal.

Noveno.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, condenar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a pagar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** la suma de CUATROCIENTOS VEINTIDÓS MILLONES QUINIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN PESOS ($ 422 586 491) por concepto la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio. En consecuencia, prospera en forma parcial la pretensión de condena 1.2.1. de la demanda principal. La suma a la que se refiere esta condena incluye el valor de los intereses moratorios causados.

Décimo.- Desestimar por falta de fundamento las pretensiones de condena identificadas con los números 1.2.2., 1.2.3., 1.2.4, 1.2.6., 1.2.6.1. y 1.2.6.2. de la demanda principal.

Décimo primero.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, condenar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a pagar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** la suma de CUATROCIENTOS NOVENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SESENTA MIL TRESCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE PESOS ($ 495 460 359) por concepto de la indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, por la terminación del contrato celebrado el 29 de diciembre de 1998. En consecuencia, prospera la pretensión de condena subsidiaria identificada con el número 2.2.3 de la demanda principal. La suma a la que se refiere esta condena incluye el valor de la actualización.

Décimo segundo.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, condenar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a pagar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** la suma de OCHOCIENTOS SESENTA Y TRES MILLONES SEISCIENTOS UN MIL NOVECIENTOS TREINTA PESOS ($ 863 601 930) por concepto de las comisiones causadas a favor de esta

última y no pagadas por la primera sociedad, de conformidad con la pretensión subsidiaria de condena identificada con el número 2.2.5.

Décimo tercero.- Desestimar por falta de fundamento las pretensiones subsidiarias de condena identificadas con los números 2.2.1., 2.2.2, 2.2.4., 2.2.7., 2.2.7.1. y 2.2.7.2. de la demanda principal.

Décimo cuarto.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, abstenerse de pronunciarse de fondo sobre las pretensiones identificadas con los números 2.1.6., 2.1.7. y 2.1.9. así como sobre las segundas subsidiarias de la demanda principal.

Décimo quinto.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, abstenerse de decidir de mérito sobre las excepciones denominadas «Prescripción de las acciones rescisorias relacionadas con la invalidez, ineficacia y/o nulidad de diversas cláusulas de los contratos de concesión, transacción y agencia mercantil», «Ratificación de los actos nulos», «Carencia de fundamento para solicitar declaraciones de invalidez o ineficacia de cláusulas contractuales o anexos de los contratos», «Inexistencia de obligaciones derivadas del contrato de concesión celebrado el 6 agosto de 1994», «Incompetencia del Tribunal para declarar y sancionar por el abuso de la posición dominante» y «Contenido dinámico del mercado, y de los contratos celebrados y ejecutados por las partes» propuestas por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

Décimo sexto.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, negar por falta de fundamento la excepción de «compensación» propuesta por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

Décimo séptimo.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, reconocerle fundamento a la excepción denominada «Inexistencia de abuso del derecho y de abuso de posición dominante» y reconocerle fundamento parcial a la excepción denominada «Nadie puede cambiar su designio o conducta anterior en perjuicio de otro», propuestas por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**

Décimo octavo.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento las pretensiones primera,

segunda principal, segunda subsidiaria, tercera, quinta y sexta de la demanda de reconvención.

Décimo noveno.- Por las razones expuestas y con el preciso alcance señalado en la parte motiva declarar que prospera la pretensión cuarta principal de la demanda de reconvención y, por consiguiente, condenar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** a pagar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** la suma de NOVECIENTOS VEINTISÉIS MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y DOS MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS ($ 926 942 947).

Vigésimo.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, reconocerle fundamento parcial a las excepciones denominadas «Incumplimiento de la relación contractual de TELEFÓNICA», «Cumplimiento de parte de POWERCELL S.A.» y «Obligaciones en reestructuración» propuestas por **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN.**

Vigésimo primero.- De conformidad con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, desestimar por falta de fundamento las excepciones denominadas «Nulidad del acta de Terminación y Transacción y vigencia de una única relación contractual de agencia comercial», «Abuso de posición dominante» y «Mala fe» propuestas por **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN.**

Vigésimo segundo.- Declarar no probada la objeción por error grave formulada por **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** contra el dictamen pericial contable y financiero rendido en el presente proceso. En consecuencia, declarar causada la totalidad de los honorarios decretados a favor del perito.

Vigésimo tercero.- Condenar a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a pagar a **POWERCELL S.A. EN REESTRUCTURACIÓN** la suma de CIENTO SEIS MILLONES CUATROCIENTOS DIECISÉIS MIL QUINIENTOS CUARENTA Y CUATRO PESOS ($ 106 416 544) por concepto de costas del presente trámite.

Vigésimo cuarto.- Declarar causado el saldo de los honorarios de los árbitros y del secretario.

Vigésimo quinto.- Por Secretaría, expídanse copias auténticas de la presente providencia con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

Vigésimo sexto.- En firme esta providencia, remítase el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su conservación y archivo.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.

Bogotá Distrito Capital, diecinueve (19) de noviembre de dos mil nueve (2009).

GUSTAVO CUBEROS GÓMEZ
Presidente

FELIPE IRIARTE ALVIRA
Árbitro

MARIA TERESA PALACIO JARAMILLO
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Secretario