

**LAUDO ARBITRAL**

**TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO**

**MOVILTEL S. A. contra COLOMBIA MÓVIL S. A. E. S. P.**

Bogotá, D. C., ocho (8) de octubre de dos mil nueve (2009).

Agotado el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, se procede a pronunciar en derecho el Laudo que finaliza el proceso arbitral entre MOVILTEL S.A., por una parte, y COLOMBIA MÓVIL S. A. E. S. P., por la otra parte.

**I. ANTECEDENTES.**

**1. TRÁMITE.**

**1.1. Demanda y cláusula compromisoria.**

MOVILTEL S.A., demandó a Colombia Móvil S.A. E.S.P., en escrito presentado el 24 de febrero de 2006, con fundamento en el numeral 13.2. de la cláusula Décima Tercera del contrato suscrito por las partes el 17 de octubre de 2003 y contenido en los documentos agregados por ambas partes y que obran en los cuadernos de pruebas 1º. y 2º., folios 1 al 31 y 1 al 28, que consignan la cláusula compromisoria que a la letra dice:

*“Toda diferencia que surja entre **Colombia Móvil** y el **Agente** en la interpretación del presente Contrato, su ejecución, su cumplimiento y su terminación, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento institucional conformado por tres (3) árbitros, que funcionará en la ciudad de Bogotá D.C., decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con los reglamentos del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá D. C. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes”.*

**1.2. Árbitros.**

La partes de común acuerdo designaron árbitros para este Tribunal, que quedó integrado por los doctores Hernando Herrera Mercado, Tulio Ángel Arbeláez y Enrique Cala Botero, quienes expresaron su aceptación por escrito, dentro del término legal.

Una vez presentados los alegatos de conclusión, el árbitro doctor Hernando Herrera Mercado presentó renuncia al encargo que le hicieran las partes de forma conjunta, por consideraciones que fueron expuestas en comunicación de fecha julio 10 de 2009 que obra en el expediente, a folios 395 y 396 el Cuaderno Principal No. 3.

Teniendo en cuenta lo anterior, por Secretaría se informó dicha situación al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, entidad que procedió a notificar al doctor José Alejandro Bonivento Fernández, quien había sido designado por las partes como árbitro suplente. El doctor José Alejandro Bonivento Fernández aceptó su designación en la debida oportunidad.

### **1.3. Instalación.**

El Tribunal de Arbitramento se instaló el 23 de marzo de 2006 y por auto proferido en esa audiencia tomó las siguientes decisiones: designó como Presidente al doctor Hernando Herrera Mercado y como Secretaria la doctora Gabriela Monroy Torres; fijó su sede en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, situado en la Avenida calle 26 N° 68D-35, piso 3° de Bogotá; asumió competencia para efectos del trámite inicial, y admitió la demanda y corrió traslado a la parte convocada. A los apoderados de las partes se les reconoció personería, tal como consta en el Acta No. 1, autos Nos. 1 y 2.

### **1.4. Secretaría.**

El 2 de mayo de 2006, en la primera actuación, tomó posesión de su cargo la Secretaria. (Acta No. 2).

### **1.5. Demanda de Reconvención.**

El Tribunal admitió la demanda de reconvención presentada inicialmente por la convocada contra la convocante. Posteriormente ésta fue reformada y admitida mediante auto No. 8 de fecha 11 de julio de 2006, en el que se ordenó su trámite. La demanda de reconvención fue oportunamente contestada por la parte reconvénida. (Acta No. 6).

### **1.6. Conciliación.**

Por auto No. 4 de fecha 30 de mayo de 2006, se fijó fecha para la audiencia de conciliación (Acta No. 3). El 12 de junio de 2006, previa citación a los representantes legales de las partes, se llevó a cabo la Audiencia de Conciliación ante el Tribunal, que resultó fallida (Actas Nos. 3 y 4).

### **1.7 Honorarios y Gastos.**

Fracasada la Audiencia de Conciliación, el Tribunal señaló enseguida los honorarios de los miembros del Tribunal, de acuerdo con el Reglamento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, así como las partidas de gastos de Administración y de Protocolización, registro y otros, valores que en la oportunidad legal fueron consignados por cada una de las partes en el 50%. (Acta No. 4, auto No. 6)

### **1.8. Llamamiento en garantía.**

Por auto No. 10 de fecha 9 de agosto de 2006, el Tribunal resolvió la admisión del llamamiento en garantía presentado por la parte convocada y ordenó su trámite. Ante la respuesta dada por la sociedad

llamada en garantía, el Tribunal dispuso continuar el trámite del proceso sin su comparecencia, mediante auto No. 12 de fecha 30 de agosto de 2006. (Actas Nos. 8 y 10)

### **1.9. Primera audiencia de trámite.**

El 30 de agosto de 2006 se celebró la primera audiencia de trámite que se desarrolló en la forma ordenada por el artículo 147 del Decreto No. 1818 de 1998. En ella se leyó la cláusula compromisoria contenida en el numeral 13.2. de la cláusula Décima Tercera del contrato suscrito por las partes el 17 de octubre de 2003; se asumió competencia para conocer y decidir las cuestiones sometidas por las partes a su decisión; se fijó el término de duración del proceso arbitral en seis meses a partir de la fecha de finalización de dicha audiencia, y se decidió sobre las pruebas oportunamente pedidas por los apoderados de las partes. (Acta No. 10)

### **1.10. Pruebas.**

El Tribunal practicó las pruebas decretadas a solicitud de ambas partes de la siguiente manera:

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos aportados por las partes con la demanda, con la contestación a la demanda y con la demanda de reconvención reformada. Adicionalmente se decretaron las pruebas documentales solicitadas por la parte convocante en relación con la objeción formulada respecto del dictamen pericial rendido por el perito Edgar Fernando Nieto.

En audiencias celebradas entre el 11 de septiembre y el 25 de septiembre de 2006 se recibieron los testimonios de las personas que se indican a continuación. Las correspondientes transcripciones fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y se incorporaron al expediente, luego de haber sido puestas en conocimiento de las partes en virtud de lo previsto por el artículo 109 del C. de P. C.

El 11 de septiembre de 2006 se recibieron los testimonios de los señores Claudia Patricia Román Morales, María Matilde Rodríguez Blanco, Alexander Melo, Fernando Barrios, Francisco José Velasco, Carlos Pulgarín, Germán Cárdenas y Hugo Triana.<sup>1</sup>

El 18 de septiembre de 2006 se recibieron los testimonios de los señores Jorge Jaramillo, Didier Alonso Ruiz, Luis Soto, Luis Eduardo Delgado y Amparo Jaramillo.<sup>2</sup>

El 25 de septiembre de 2006 se recibió el testimonio del señor Juan Felipe Raffo Henao, así como las declaraciones de parte de los señores Cesar Humberto García Jaramillo, representante legal de la parte convocada y Francisco José Velasco Henao, representante legal de la parte convocante.<sup>3</sup>

La Convocante desistió de la práctica de los testimonios de los señores Juan Pablo Palomeque, Pablo Trujillo, Patricia Ruiz, Juan Eduardo Restrepo, Mario Humberto Lopera, María Cristina Restrepo, Heidi Sánchez y María Mercedes Lloreda.

De su lado, la Convocada desistió de la práctica de los testimonios de los señores Alfonso Roldán, Normy Moran, Armando Areiza y Patricia Soto.

---

<sup>1</sup> Folios 51 a 122 del Cuaderno de Pruebas No. 5

<sup>2</sup> Folios 1 s 50 del Cuaderno de Pruebas No. 5

<sup>3</sup> Folios 317 a 333 del Cuaderno de Pruebas No. 5

Se recibieron dos dictámenes decretados por el Tribunal a saber:

Un dictamen pericial contable rendido por la sociedad EDGAR NIETO & ASOCIADOS, que tuvo como responsable al doctor Edgar Fernando Nieto, del cual se corrió traslado a las partes de conformidad con el artículo 238 del C. de P. C. Estando dentro del término del traslado, las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas en tiempo por el perito.<sup>4</sup> La parte convocada formuló objeción por error grave contra el dictamen, y solicitó la práctica de pruebas. Al descorrer el traslado de la objeción, la parte convocante se opuso a la prosperidad de la objeción.

Un dictamen pericial solicitado por la parte convocante como prueba de la objeción contra el dictamen pericial inicial, el cual fue rendido por el doctor EDUARDO JIMÉNEZ RAMÍREZ, cuyo traslado se corrió de conformidad con el artículo 238 del C. de P.C. Estando dentro del término del traslado, la parte convocada solicitó aclaraciones y complementaciones al mismo, las cuales fueron rendidas en tiempo por el señor perito.<sup>5</sup>

#### Exhibición de documentos

El Tribunal decretó la práctica de una exhibición de documentos a cargo de la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP, la cual tuvo lugar el 25 de septiembre de 2006.

Los documentos aportados con motivo de dicha exhibición fueron incorporados al expediente.<sup>6</sup>

#### Inspección judicial con exhibición de documentos.

El Tribunal decretó la práctica de una inspección judicial en las oficinas de la parte convocada en la ciudad de Bogotá, diligencia que con intervención del perito contable tuvo lugar el 31 de octubre de 2006.

Los documentos exhibidos en la diligencia fueron entregados al Tribunal y fueron incorporados al expediente.<sup>7</sup>

#### Oficios

El Tribunal ordenó que por Secretaría se librasen los siguientes oficios:

A la CONTRALORÍA DE BOGOTÁ D.C. para que remitiera copia auténtica de la respuesta dada por la Alcaldía Mayor de Bogotá al Control de Advertencia y a la Indagación Preliminar 10100-002-04 de abril 20 de 2004, en la cual se investigan las deficiencias encontradas por la Contraloría en COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP en cuanto a “a) marca, b) red, c) canales de comercialización; d) tecnología de información y e) administración”.

A la SUPERINTENDENCIA DE SERVICIOS PÚBLICOS DOMICILIARIOS, para que informara: a) El número total de quejas radicadas ante esa entidad por usuarios de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.; b) El número total de sanciones impuestas a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP por concepto de violaciones a la Ley 142 de 1994.; c) El número total de decisiones revocadas por recursos de apelación interpuestos por los usuarios, contra decisiones de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. La respectiva respuesta obra a folios 334 a 347 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

<sup>4</sup> Cuaderno de Pruebas No. 6.

<sup>5</sup> Cuaderno de Pruebas No. 7.

<sup>6</sup> Folios 363 a 543 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Cuadernos de Pruebas Nos. 3 y 4.

<sup>7</sup> Folios 157 a 227 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

A la SUPERINTENDENCIA DE INDUSTRIA Y COMERCIO, para que informara: a) El número total de quejas radicadas ante esa entidad por usuarios de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P.; b) El número total de sanciones impuestas a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP por concepto de publicidad engañosa y otras violaciones al estatuto del consumidor. La respectiva respuesta obra a folios 271 a 277 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

Al MINISTERIO DE COMUNICACIONES, para que informara sobre el número de investigaciones que se adelantan en contra de COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P., así como el número y la causa de las sanciones impuestas a la misma. Así mismo, para que certificara el CHURN o porcentaje de deserción de clientes, reportado por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP; Adicionalmente, para que expidiera copia auténtica de la Resolución No. 000184 de febrero 2 de 2006 proferida por ese Ministerio. La respectiva respuesta obra a folios 123 a 156 y 228 a 270 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

A la ASOCIACION DE LA INDUSTRIA CELULAR DE COLOMBIA –ASOCEL-, para que informara sobre los índices de crecimiento de la industria celular en Colombia desde noviembre de 2003 y hasta la fecha, así mismo para que informe sobre los índices de permanencia o de fidelidad de los usuarios de la telefonía celular. La respectiva respuesta obra a folios 279 y 280 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

A la COMISIÓN DE REGULACIÓN DE TELECOMUNICACIONES, para que certificara el CHURN o porcentaje de deserción de clientes, reportado por COLOMBIA MÓVIL S.A. E.S.P. La respectiva respuesta obra a folio 398 del Cuaderno Principal No. 1.

A la firma NAPOLEÓN FRANCO & CIA para que del Estudio realizado por esta sociedad denominado “Seguimiento a la Satisfacción de los usuarios OLA, Comcel y Movistar del Mercado Masivo”, de fecha 3 de agosto de 2005 y con No. 6715-6732, certificara la información que se relaciona a continuación:

Porcentaje de usuarios OLA satisfechos para el mes de julio de 2004; Porcentaje de usuarios OLA insatisfechos para el mes de julio de 2004; Porcentaje de usuarios OLA ni satisfechos ni insatisfechos para el mes de julio de 2004; Porcentaje de usuarios OLA satisfechos para los meses de junio y julio de 2004; Porcentaje de clientes OLA insatisfechos por el concepto “Calidad de Voz” durante los meses de noviembre y diciembre de 2004; Porcentaje de clientes OLA satisfechos por el concepto “Calidad de Voz” durante el mes de julio de 2005; Porcentajes de clientes OLA *satisfechos* e *insatisfechos* por el concepto “Continuidad de la llamada” para el mes de noviembre de 2004; Porcentaje de clientes OLA *satisfechos* e *insatisfechos* por el concepto “Facilidad para Hacer o Recibir llamadas” para el mes de noviembre de 2004; Porcentaje de clientes OLA *satisfechos* e *insatisfechos* por el concepto “Solución de Problemas en las líneas de Servicio al Cliente” para el mes de noviembre de 2004; Porcentaje de clientes MOVISTAR y COMCEL *insatisfechos* por el concepto “Solución de Problemas en las líneas de Servicio al Cliente” para el mes de noviembre de 2004.; Porcentaje de clientes OLA, MOVISTAR y COMCEL *satisfechos* por el concepto “Solución de Problemas en las líneas de Servicio al Cliente” para el mes de julio de 2005; Porcentaje de clientes OLA *satisfechos* e *insatisfechos* por el concepto “Tiempo de Espera en las Líneas de Servicio al Cliente” para el mes de noviembre de 2004; Porcentaje de clientes MOVISTAR y COMCEL *insatisfechos* por el concepto “Tiempo de Espera en las líneas de Servicio al Cliente” para el mes de noviembre de 2004; Porcentaje de clientes OLA, MOVISTAR y COMCEL *satisfechos* por el concepto “Tiempo de Espera en las líneas de Servicio al Cliente” para el mes de julio de 2005; Porcentaje de satisfacción de usuarios OLA en cuanto al “Valor del minuto en general” para los meses de noviembre y diciembre de 2004 y julio de 2005; Porcentaje de insatisfacción de usuarios OLA en cuanto al “Valor del minuto en general” para los meses de noviembre y diciembre de 2004 y julio de 2005; Porcentaje de satisfacción

de usuarios de MOVISTAR y COMCEL en cuanto al “Valor del minuto en general” para el mes de julio de 2005; Porcentaje de usuarios OLA que a la pregunta “qué va a hacer cuando se termine su contrato?”, respondió que “se retiraría de su operador”; Porcentaje de usuarios de MOVISTAR Y COMCEL que a la pregunta “qué va a hacer cuando se termine su contrato?”, respondió que “se retiraría de su operador”. t. Descripción de la Ficha Técnica del Estudio.

Adicionalmente, para que del “Estudio de Satisfacción de los Usuarios con su Operador en la Categoría de Telefonía Móvil. Mercado de Personas Naturales” de febrero de 2006, certificara la información que a continuación se relaciona:

Porcentaje de satisfacción global con la marca OLA de acuerdo con el estudio; Porcentaje de usuarios que se mantendrán con la marca OLA, diciembre de 2005; Porcentaje de usuarios que estarían en disposición de recomendar al Operador OLA a futuros suscriptores de acuerdo con el estudio para los meses de enero, julio y diciembre de 2005; Porcentaje de satisfacción e insatisfacción de los usuarios con “la línea de servicio al cliente” del operador OLA; Porcentaje de satisfacción e insatisfacción de los usuarios con “la línea de servicio al cliente de OLA según la forma de pago”; Porcentaje de satisfacción e insatisfacción de los usuarios con “los planes promocionales de la oferta actual” del operador OLA; Porcentaje de satisfacción e insatisfacción de los usuarios con los “servicios adicionales” del operador OLA; Porcentaje de satisfacción e insatisfacción con los “equipos móviles” del operador OLA; Porcentaje de satisfacción “con el soporte técnico” del operador OLA. NS; Porcentaje de satisfacción con “la facturación” del operador OLA; Porcentaje de satisfacción “reclamos y solicitudes a través del Call Center” para los operadores OLA, Movistar y Comcel; En cuanto al capítulo IV del informe denominado IMAGEN, qué porcentaje de los usuarios del operador OLA define la imagen de dicho operador como “BUENA” y qué porcentaje define su imagen como “MALA”; Qué porcentaje de usuarios del operador OLA define la relación “Costo/Beneficio” de dicho Operador como “Buena” y qué porcentaje la define como “Mala”; Descripción de la Ficha Técnica del estudio. La respectiva respuesta obra a folios 281 a 316 del Cuaderno de Pruebas No. 5.

### **1.11. Audiencias.**

El Tribunal sesionó durante el trámite en 30 audiencias.

### **1.12. Término del proceso.**

El término del proceso arbitral, empezó a contarse a partir de la primera audiencia de trámite que tuvo lugar el 30 de agosto de 2006. Adicionalmente, tanto por el común acuerdo de las partes como por los trámites de recusación y de renuncia del arbitro doctor Hernando Herrera, los términos estuvieron suspendidos durante seiscientos cincuenta y siete (657) días, con lo cual el término del trámite arbitral vence el día diez (10) de noviembre de dos mil nueve (2009).

## **2. PRESUPUESTOS PROCESALES.**

En los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció lo siguiente:

### **2.2. Partes procesales.**

La Convocante es Movitel S. A., sociedad anónima legalmente constituida mediante la escritura pública número 5.788, otorgada en la Notaría Séptima del Círculo de Cali, el 5 de septiembre de 2003, inscrita en la Cámara de Comercio de Cali, con domicilio social en la ciudad de Cali, representada legalmente por su Gerente Francisco José Velasco Henao, cargo que según la certificación de fecha diciembre 12 de 2005 adjuntada al expediente, ejercía cuando otorgó el poder para este proceso.

La convocada es Colombia Móvil S.A. E.S.P., sociedad anónima colombiana que de acuerdo con el Certificado de existencia y representación legal expedido el 12 de diciembre de 2005 por la Cámara de Comercio de Bogotá, agregado al expediente a folios 33 a 41 del cuaderno principal, tiene su domicilio en Bogotá. Fue constituida mediante escritura pública N° 179 de 24 de enero de 2003 otorgada en la Notaría Treinta de Bogotá, y ha sido reformada en varias oportunidades. Su representante legal es el Presidente, cargo que a la fecha de la certificación expedida el 12 de diciembre de 2005, que obra en el expediente, ejercía León Darío Osorio Martínez. El poder para intervenir en este proceso fue otorgado por Ana Marina Jiménez Posada, en calidad de Apoderada General de la sociedad, lo cual igualmente consta en el mencionado certificado.

### **2.3. Capacidad.**

Las sociedades convocante y convocada, según las normas que las rigen y la documentación estudiada que no contiene restricción alguna al efecto, tienen capacidad para transigir. En consecuencia, las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión por parte de este Tribunal, son susceptibles de definirse por transacción.

### **2.3. Apoderados.**

Por tratarse de un arbitramento en derecho y de mayor cuantía, las partes comparecieron al proceso arbitral representadas por abogados. La parte convocante está representada por el doctor Juan Carlos Salazar Torres y la demandada por el doctor Héctor Hernández Botero, según poderes especiales a ellos conferidos por las partes que obran en el expediente. La personería de estos mandatarios fue reconocida por el Tribunal. Los apoderados sustituyeron y reasumieron en diversas oportunidades su mandato judicial. El doctor Juan Carlos Salazar Torres renunció al poder conferido de acuerdo con el memorial de fecha marzo 13 de 2009, que obra en el expediente a folios 190 y 191 del Cuaderno Principal No. 3.

En comunicación de fecha marzo 16 de 2009, suscrita por el señor Francisco José Velasco Henao, representante legal de la parte convocante, manifestó que ratifica el poder que "(...) se le otorgó al doctor FERNANDO GONZÁLEZ CIFUENTES, a quien se le confía con las facultades conferidas esta actuación hasta su culminación." El Tribunal reconoció personería al doctor Fernando González para actuar como apoderado de la parte convocante.

### **2.4. Competencia.**

El Tribunal es competente para conocer y decidir las pretensiones de las partes relativas a la interpretación, ejecución, cumplimiento y terminación del contrato de agencia comercial ya mencionado, pero carece de competencia para conocer de controversias relacionadas con la etapa precontractual y con la conducta previa y concomitante con la celebración del mismo contrato. En efecto, en la cláusula compromisoria ya trascrita, las partes circunscribieron el alcance de la misma a la ejecución, cumplimiento y terminación del contrato de agencia mercantil celebrado entre ellas, pero

sustraen todo lo relacionado con la etapa precontractual. El alcance de la cláusula comentada es limitado y restringe la competencia del Tribunal a los aspectos en ella mencionados, que en ningún caso incluyen la etapa precontractual, por lo que se abstendrá de estudiar y decidir este tema.

### 3. PRETENSIONES.

La parte convocante, por intermedio de su procurador judicial, solicitó se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

#### ***“A- PRETENSIONES DECLARATIVAS***

***PRIMERA.-*** *Que se declare que entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y MOVILTEL S.A. se celebró contrato de AGENCIA COMERCIAL el 15 de noviembre de 2003 con vigencia hasta el 15 de noviembre de 2006.*

***SEGUNDA.-*** *Que se declare que el contrato de agencia comercial celebrado entre COLOMBIA MÓVIL S.A. y MOVILTEL S.A., fue incumplido por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.*

***TERCERA.-*** *Se declare que COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, realizó acciones y omisiones que afectaron de manera grave los intereses de MOVILTEL S.A. como agente.*

***CUARTA.-*** *Se declare que la terminación unilateral del contrato por parte de MOVILTEL S.A. a partir del 1 de noviembre de 2005 fue con justa causa debido a los incumplimientos y a las acciones y omisiones de la demandada COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., que afectaron gravemente los intereses del agente.*

***QUINTA.-*** *Como consecuencia de lo anterior se declare que COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., es responsable frente a MOVILTEL S.A., por todos los perjuicios causados por su incumplimiento y por sus acciones y omisiones, incluyendo el lucro cesante, el daño emergente, las multas, la cláusula penal y todo otro concepto que resulte probado en el proceso.*

#### ***B- PRETENSIONES DE CONDENA***

***SEXTA.-*** *Como consecuencia de las declaraciones anteriores, que se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. a pagar a favor de MOVILTEL S.A. la suma de \$6.649.542.333,00 o la suma que resulte probada como indemnización de todos los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a MOVILTEL S.A. por el incumplimiento contractual de la convocada COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, que el monto de las condenas ha de cancelarse dentro del término que fije el laudo, con corrección monetaria o actualizado, de acuerdo con el índice de inflación, conforme a la jurisprudencia sentada por la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia en la sentencia No. 6892 de 18 de marzo de 1993.*

***SÉPTIMA.-*** *Como consecuencia de las declaraciones anteriores se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., a pagar a favor de MOVILTEL S.A. El valor de la multa establecida en el numeral 11.2. de la cláusula 11° del contrato, equivalente a (3) salarios mínimos legales vigentes por cada día de retardo a partir del 1 de abril de 2004 y hasta la fecha en que adquiera ejecutoria el laudo arbitral que ponga fin a la actuación, o hasta la fecha que se determine en el laudo.*



**OCTAVA.-** *Que se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., a pagar a MOVILTEL S.A., además de las sumas causadas como comisión residual hasta la fecha de terminación del contrato, aquellas que se causen luego de la terminación del contrato y hasta el vencimiento de los 36 meses, según lo previsto en la cláusula 4.3., más la prestación especial del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio sobre dichas sumas.*

**NOVENA.-** *Como consecuencia de las declaraciones anteriores que se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., a pagar a MOVILTEL S.A. las costas y agencias en derecho de este proceso.”*

A su vez la parte convocada en la demanda de reconvenición, solicitó se profirieran las siguientes declaraciones y condenas:

**“PRIMERA:** *Que se declare que la sociedad MOVILTEL S.A., dio por terminado sin justa causa el contrato de agencia comercial celebrado el 17 de octubre de 2003 con COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P.*

**“SEGUNDA:** *Que se declare que la sociedad MOVILTEL S.A incumplió el contrato de agencia comercial descrito en la pretensión anterior en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvenición.*

**“TERCERA:** *Que se declare que la sociedad MOVILTEL S.A., por el incumplimiento grave de sus obligaciones contractuales es responsable civil y contractualmente de todos los daños y perjuicios causados a Colombia Móvil.*

**“CUARTA:** *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones se condene a la sociedad MOVILTEL S.A., a reconocer y cancelar a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P. dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero o las que se demuestren en este proceso arbitral:*

a. *La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS (\$196.354.305.00 M/C), o la mayor o menor que quede demostrada en el proceso, por concepto de cartera adeudada por MOVILTEL S.A. a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., a veintiuno (21) de junio de 2006. Las sumas discriminadas por este concepto que incluyen, según el caso, IVA del 16% e intereses se presentan a continuación:*

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
<i>Equipos y otros</i>	<i>\$61.491.764,00</i>
<i>Tarjetas Prepago</i>	<i>\$134.404.305,00</i>
<i>Consumo</i>	<i>\$458.236,00</i>
<b>Total</b>	<b>\$196.354.305.00</b>

b. *Por concepto de descuentos y penalizaciones, la suma total de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$475.125.530,00), o la mayor o menor que se establezca en el proceso, la cual se causa por los siguientes conceptos: i) Fraude – subsidios, comisión y consumo - la suma de*

\$134.033.303,00; ii) Líneas que no generaron consumo – se penaliza subsidio y comisión – la suma de \$330.420.227,00 y; iii) Churn por valor de \$10.672.000,00.

c. La suma de ochocientos (800) salarios mínimos legales mensuales vigentes, suma que deberá pagar MOVILTEL S.A. en Liquidación, a título de pena de acuerdo con la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial.

d. La suma que pericialmente se determine por concepto de daños y perjuicios causados por MOVILTEL S.A. a Colombia Móvil S.A. E.S.P., correspondiente a todas las sumas de dinero dejadas de percibir por Colombia Móvil merced al incumplimiento de la sociedad convocada, además de los perjuicios, causadas hasta la fecha de terminación del contrato, 17 de octubre de 2006, con su correspondiente actualización.

e. La correspondiente indexación y/o actualización al momento de proferirse el Laudo de las sumas determinadas en los literales anteriores, lo mismo que los intereses comerciales moratorios a la tasa máxima legal permitida que respecto de dichas sumas se causen desde la ejecutoria del Laudo y hasta que su pago se realice.

“**QUINTA:** Que se condene a MOVILTEL S.A., a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral.”

#### **4. HECHOS.**

Los hechos en que se fundamentan las pretensiones de las partes, contenidos en la solicitud de convocatoria del Tribunal y en la demanda de reconvencción, en beneficio de la brevedad y sin hacer suyas las manifestaciones, el Tribunal los sintetiza así:

##### **4.1. Hechos aducidos por la convocante.**

###### **4.1.1. Hechos relacionados con la etapa precontractual.**

En los hechos 1 a 5 del literal A del capítulo de Hechos, se refiere el apoderado de la Convocante a los relacionados con la etapa precontractual, la cual como ya se dijo no es materia de estudio, ni decisión, por carecer el Tribunal de competencia para ella.

###### **4.1.2. Hechos relativos al contrato de Agencia Comercial celebrado entre las partes.**

Que el 15 de noviembre de 2003, se celebró y suscribió entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., y MOVILTEL S. A., contrato adhesivo de Agencia Comercial, cuyo objeto consistió en que el Agente asumió en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la contratación de los Servicios de Comunicación Personal PCS, dentro de la zona prefijada actuando como agente de Colombia Móvil, quien se obligó a pagar la remuneración estipulada.

Que la contratación y prestación de los servicios, así como el suministro de los equipos y accesorios, corresponde exclusivamente a Colombia Móvil.

Que Colombia Móvil estudiaría las ofertas de contrato (solicitudes de usuarios potenciales) y solo las aprobará si las encuentra aceptables.

Que en la cláusula cuarta del contrato se pactó la remuneración a la que tiene derecho el Agente.

Que en relación con la remuneración del agente, el numeral 4.4 de la cláusula cuarta, establece de manera taxativa los descuentos que puede realizar Colombia Móvil, para el caso en que se tipifiquen ciertas conductas fraudulentas del agente.

Que Colombia Móvil nunca envió instructivo alguno en los términos del contrato, y, mucho menos, consultó los intereses del agente para este fin, quien no incurrió en ninguna de las conductas previstas.

Que el término de duración acordado en el contrato fue de tres años contados a partir del lanzamiento comercial de Colombia Móvil (15 noviembre de 2003).

Que el contrato que se celebró fue un contrato por adhesión, y de hecho su texto es idéntico para todos los agentes de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., En el texto del contrato se plasmó que *“Las cláusulas del presente contrato han sido redactadas por COLOMBIA Móvil, (...)”*.

Que se pactó igualmente en el contrato una cláusula de terminación anticipada por iniciativa del Agente o por iniciativa de Colombia Móvil.

#### **4.1.3. Hechos relacionados con la ejecución del contrato y su incumplimiento.**

Que el contrato inició su ejecución una vez se produjo la salida de Colombia Móvil al mercado bajo la marca OLA en el mes de noviembre de 2003, época que estuvo rodeada por un alto impacto en el mercado y niveles de ventas muy satisfactorios de parte del Agente.

Que desde el mismo comienzo de las ventas COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., demostró una muy grave deficiencia en su organización y en sus niveles de servicio. Fue un hecho público y notorio el descalabro de Colombia Móvil en la prestación del servicio y el colapso de su red.

Que son ejemplos de las deficiencias en la operación, que afectaron seriamente su propia imagen y por ende los ingresos del Agente, constitutivos de un evidente incumplimiento al contrato las siguientes:

- a.) Demoras en las activaciones de las líneas adquiridas por los usuarios que sobrepasaban los treinta días.
- b.) Inconsistencias en la facturación.
- c.) Plataformas de comunicación y cobertura insuficiente, hasta el mes de junio de 2004.
- d.) Eliminación de planes corporativos.
- e.) Deficiencias del almacén de depósito desde el que se despachaban los equipos.
- f.) Falencias en el entrenamiento al personal del agente.
- g.) No pago ni reconocimiento de la comisión causada.
- h.) Suspensión de despachos.
- i.) Cierre de ventas intempestivo.
- j.) Falsas imputaciones de Colombia Móvil en cuanto a fraudes

Que a finales del mes de enero de 2004, era ya evidente para los usuarios de Colombia Móvil, así como para sus aliados y ejecutivos, que se había generado un caos en los frentes comercial, financiero y de servicio. La imagen de la marca y del producto se estaba viendo seriamente afectados por la omisión en prestar un servicio acorde con lo ofrecido. La inconformidad de los clientes era evidente.

Que para el mes de febrero de 2004, ante el caos que se presentó, Colombia Móvil, decide suspender los Despachos de equipos desde el día 6 de ese mes, lo que en la práctica significa la imposibilidad de hacer ventas para el agente, una vez agotadas sus existencias de equipos de alta rotación. Solo se reanudaron los despachos el día 27 de febrero, lo cual significó que las ventas de MOVILTEL cayeran de 4.365 planes en diciembre de 2003 y 1.952 planes en enero de 2004, a un nivel de 10 planes en mayo de 2004, lo que constituye un incumplimiento del contrato.

Que en el mes de marzo con los despachos reanudados, pero mermados, las ventas se lograron ubicar en 1.448 planes.

Que en abril nuevamente Colombia Móvil suspende despachos y el día 14 de abril ordena cesar toda venta. Colombia Móvil sólo logró vender 91 planes en este mes. Esta decisión que es a su vez un incumplimiento grave de Colombia Móvil, del contrato, la mantuvo hasta el 12 de junio de 2004. En junio solo se reactivaron para planes prepago y los postpagos estuvieron suspendidos hasta julio.

Que durante todo el cierre de ventas Colombia Móvil, mantuvo sus puntos de atención al público abiertos, a pesar de no tener ingresos.

Que para rematar el desprestigio de la marca OLA y sus servicios, derivada de las acciones y omisiones de Colombia Móvil, sus directivos y accionistas se trenzaron en polémicas públicas, terminando de deteriorar la imagen según lo registraron los medios de comunicación, dedicando al tema las portadas y los artículos principales.

Que el contrato se tornó inviable económica y financieramente para MOVILTEL S.A. con la restricción de los despachos de equipos por parte de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., lo cual no permitía tener un ritmo de ventas que hiciera rentable o al menos viable la operación. De no haberse presentado los incumplimientos y las acciones y omisiones de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., aquí descritas, el comportamiento de las ventas de MOVILTEL S.A., hubiera sido otro totalmente diferente, muy cercano a los niveles alcanzados en los meses de diciembre de 2003 y de enero de 2004.

Que en los años 2004 y 2005, MOVILTEL, requirió varias veces por escrito a COLOMBIA MÓVIL, para que remediara su incumplimiento y para que cesara en sus acciones y omisiones en contra de los intereses del agente y por los incumplimientos en los pagos de las comisiones, a lo cual COLOMBIA MÓVIL, hizo caso omiso.

Que a partir del mes de mayo de 2004 en adelante fue imposible conciliar cuentas con COLOMBIA MÓVIL, no tenía información para hacer los cruces.

Que la cláusula 4.5. de contrato de agencia establece claramente la obligación para COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP de conciliar cuentas cada quince días.

Que con el contrato ha sido terminado por justa causa, se aparece COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP con una cuenta exorbitante por concepto de supuestos fraudes no justificados.

Que como las comisiones de MOVILTEL dependían de las ventas de planes, COLOMBIA MÓVIL le exigía al agente remitir sus solicitudes de contrato a una compañía denominada IQ contratada por COLOMBIA MÓVIL la cual debía validarlos para proceder a la posterior facturación de las comisiones.

Que el desorden de IQ, fue de tal magnitud que desconoció muchas ventas realizadas por MOVILTEL y dejó de pagar sus comisiones.

Que es evidente que los archivos de COLOMBIA MÓVIL y de IQ permanecen desactualizados y quien paga las consecuencias de no recibir el pago oportuno de sus comisiones es el agente.

Que COLOMBIA MÓVIL ha cambiado de manera permanente los interlocutores con MOVILTEL.

Que COLOMBIA MÓVIL nunca ha pagado de manera oportuna ni completa la comisión prevista en el numeral 4.3 de la cláusula cuarta del contrato, llamada residual, con lo cual ha incumplido el contrato,

Que COLOMBIA MÓVIL deliberadamente decidió demorar y retener los despachos de manera que se afectaron gravemente las ventas y por ende los ingresos del Agente.

Que según el contrato de agencia comercial, COLOMBIA MÓVIL era responsable por el estudio de las ofertas de los potenciales clientes, de acuerdo con los documentos remitidos por MOVILTEL, quien no ha incurrido en ninguna de las conductas descritas en el numeral 4.4 del contrato.

Que COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP nunca ha soportado un solo cargo indicando los hechos concretos en que se basa para imputar un fraude a MOVILTEL.

Que COLOMBIA MÓVIL implementó el llamado CIO. y para los anteriores efectos con personal de su entera confianza creó el procedimiento que sus propios funcionarios debían observar.

Que a cada aliado le fueron asignados funcionarios de COLOMBIA MÓVIL y de I.Q. y por ello se debió adecuar un espacio con computadores y puestos de trabajo para este personal en las oficinas de MOVILTEL, que efectuaba las revisiones y estudios de solicitudes y documentos y determinaba si era procedente o no la habilitación de las líneas. MOVILTEL S.A. no participaba ni tenía poder alguno de decisión en el procedimiento descrito de autorización de líneas telefónicas.

Que COLOMBIA MÓVIL, pretendió de manera injustificada y arbitraria cobrar o mejor deducir de sus comisiones a MOVILTEL, la suma de \$284.140.436,00.

Que durante el año 2005, COLOMBIA MÓVIL trató de presionar a sus aliados para que firmaran un otro si al contrato de agencia comercial, el cual preveía como una de sus consecuencias la eliminación de su responsabilidad por los hechos anteriores, el cual MOVILTEL se negó a firmar, y, como consecuencia de ello, empezó a recibir un tratamiento discriminatorio.

Que COLOMBIA MÓVIL pretende que MOVILTEL pague a IQ por la conciliación de las cuentas.

Que COLOMBIA MÓVIL, por escrito se comprometió a reconocer tres puntos adicionales de descuento sobre tarjetas prepago que incumplió y no pagó.

Que de todos los anteriores incumplimientos y de las acciones y omisiones, MOVILTEL dio aviso escrito a COLOMBIA MÓVIL, requiriendo su cumplimiento, lo cual nunca llegó a ocurrir.

Que en el mes de octubre de 2005 MOVILTEL notificó a COLOMBIA MÓVIL su decisión de dar por terminado el contrato de agencia y lo invitó a proceder con su liquidación. A la fecha no se ha podido terminar la liquidación del contrato, por la ausencia de respuesta de COLOMBIA MÓVIL.

Que COLOMBIA MÓVIL no ha pagado la cesantía comercial correspondiente a las tarjetas prepago y al residual.

#### **4.1.4. Hechos relacionados con la cuantía de los daños.**

En los hechos de los numerales 42, 42(sic) y 43 el apoderado de la convocada cuantifica los perjuicios que reclama.

#### **4.2. Hechos aducidos por la reconviniente.**

Que la sociedad Colombia Móvil S.A. E.S.P., es una sociedad mercantil con domicilio en la ciudad de Bogotá. La sociedad MOVILTEL S.A., es una sociedad comercial con domicilio en la ciudad de Cali. Las sociedades celebraron un contrato de Agencia Comercial el 17 de octubre de 2003, en el cual fijaron el objeto del mismo y un término inicial de 3 años.

Que Movitel ha incumplido sus obligaciones contractuales, así:

No operó la zona asignada; cerró las tiendas sin consultar los intereses del agenciado; incurrió en mora en el pago de sus obligaciones; por la negligencia del demandado se han presentado numerosos casos de fraude, tal y como se define en el contrato, y se ha presentado un reiterado desabastecimiento de la zona asignada en cuanto a Tarjetas Prepago.

Dichos incumplimientos han afectado de manera grave a la sociedad que represento, toda vez que las consecuencias de tal incumplimiento significan, entre otras: La compañía pierde credibilidad por parte de los usuarios; el territorio asignado a Movitel S.A. quedó desatendido por decisión unilateral del mismo agente, con la consecuente deserción masiva de usuarios de OLA y la eventual pérdida de suscripción de futuros usuarios.

El agente, de manera injusta envió el 28 de octubre de 2005 una comunicación a Colombia Móvil – recibida el 2 de noviembre de 2005 - dando por terminado el contrato de agencia comercial con fecha efectiva el 1º de noviembre del mismo año.

El 18 de noviembre de 2005 Colombia Móvil envió una comunicación a Movitel señalándole la persona que estaría a cargo de las actividades relacionadas con la cláusula 10.4 del contrato de agencia comercial y adjuntó a dicha comunicación un cronograma en relación con las actividades a desarrollar.

Colombia Móvil ha adelantado todas las actuaciones que son de su competencia para efectos de realizar la liquidación del contrato de agencia comercial, sin embargo esto no ha sido posible debido a las reiteradas evasivas de Movitel.

Movitel, cesó sus operaciones por completo.

Que la etapa de arreglo amigable entre las partes está totalmente agotada.

Que los incumplimientos de Movitel le han causado graves perjuicios a Colombia Móvil.

Que Movitel, no obstante su conducta incumplida, decidió convocar un Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de obtener el reconocimiento y pago de unos inexistentes perjuicios supuestamente causados por mi mandante.

#### **5. CONTESTACIÓN DE LAS DEMANDAS Y EXCEPCIONES.**

En escrito de contestación a la demanda, el apoderado especial de la parte convocada se opuso a todas las pretensiones del convocante, por las razones que expuso. Con respecto a los hechos la convocada aceptó algunos, total o parcialmente; otros los negó; sobre otros manifestó no ser hechos, y con relación a otros manifestó que se atiene a lo que se pruebe.

En cuanto a excepciones, el apoderado de la convocada propuso las siguientes:

*“Excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus.”*

*“No puede usarse el desbordado éxito logrado por Colombia Móvil al inicio de la ejecución del contrato de agencia comercial como causal de incumplimiento.”*

*“La insuficiencia temporal de inventario de Colombia Móvil no constituye un incumplimiento contractual.”*

*“El simple hecho de que el contrato no sea igual de exitoso durante toda su ejecución no legitima al agente para darlo por terminado y menos para alegar incumplimiento del agenciado.”*

*“Los riesgos de la actividad que desarrolla el agente los corre el agenciado.”*

*“Ruptura ilegal y anticipada del contrato - exceptio plus petito tempore.”*

*“Excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus.”*

*“Inexistencia del ejercicio de conductas de presión.”*

*“Excepción Genérica.”*

La demanda de reconvenición fue igualmente contestada por la reconvenida, quien se opuso a todas las pretensiones de la reconviniente. En cuanto a los hechos manifestó que algunos eran ciertos, otros no y para otros los negó y presentó explicaciones. También presentó las siguientes excepciones, que denominó:

*“Inexistencia de causa legítima para demandar.”*

*“Reclamación extemporánea por fraude.”*

*“Mora de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP en recibir.”*

*“Nemo auditur propriam turpitudinem allegans.”*

*“Prescripción.”*

*“Excepción de contrato no cumplido.”*

*“Genérica.”*

## **6. PRUEBAS DECRETADAS Y PRACTICADAS.**

El Tribunal considera útil, para el sustento de la decisión, relacionar los medios de prueba solicitados por las partes y decretados en auto de fecha 30 de agosto de 2006, que en su totalidad se transcribe (Acta No. 10), sin que hubieren propuesto algún recurso. Las pruebas que se practicaron en su integridad y obran en el expediente, con excepción de la recepción de los testimonios desistida por los apoderados, son las siguientes:

### **6.1. Pruebas decretadas a solicitud de la convocante y reconvenida.**

#### **1. Documentales**

Los documentos aportados por la parte convocante y convocada en reconvenición con la demanda arbitral.

#### **2. Interrogatorio de parte**

Se decretó la práctica de interrogatorio de parte, de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante en el ordinal B del acápite de pruebas de la demanda (folio 22 del Cuaderno Principal No. 1), para ser absuelto por la señora **ANA MARINA JIMÉNEZ POSADA**, representante legal de la sociedad **COLOMBIA MOVIL S.A. ESP**, o quien haga sus veces, en audiencia que se llevará a cabo en fecha que será posteriormente fijada por el Tribunal.

#### **3. Dictamen Pericial**

Dictamen pericial para ser rendido por un experto en contaduría, en los términos indicados en el ordinal C del acápite de pruebas del escrito de la demanda, en el escrito mediante el cual la parte convocante descurre el traslado de las excepciones de mérito y en la contestación a la demanda de reconvenición reformada (Folios 22 y 23, 184 y 185 y 270 a 274 del Cuaderno Principal No. 1) y de conformidad con la solicitud formulada la parte convocada a la que más adelante se referirá el Tribunal.

El Tribunal otorgó a las partes un término de tres días, para que de común acuerdo propongan el nombre del perito que deberá rendir el dictamen pericial.

En cuanto a las preguntas a absolver el perito, se requirió a la parte convocante para que en un término de tres días, presentara al Tribunal, sus preguntas en un solo escrito.

Adicionalmente se advirtió que en la rendición de su dictamen la perito se abstendría de emitir conceptos que no sean estrictamente técnicos o impliquen juicios de valor.

#### **4. Testimonios**

Los testimonios de las siguientes personas, para los fines indicados en el ordinal D del acápite de pruebas de la demanda, en el escrito mediante el cual descurre el traslado de las excepciones de mérito, en el escrito de adición de pruebas y en la contestación a la demanda de reconvenición reformada (Cuaderno Principal No. 1, folios 23 a 25, 183 y 184, 216 y 269),



testimonios que deberán rendirse en audiencias que se llevarán a cabo en la sede del Tribunal los días 11, 18 y 25 de septiembre de 2006.

- a) **Jorge Jaramillo**, quien sería citado en la Avenida 3 No. 23 A N 02 oficina 301 de la ciudad de Cali.
- b) **Luis Soto**, quien sería citado en la Carrera 34 No. 13 A - 87 Acopi – Yumbo.
- c) **Francisco José Velasco**, quien sería citado en la Avenida 6 A No. 47 N 53 de la ciudad de Cali.
- d) **Carlos Pulgarín**, quien sería citado en la Carrera 103 No. 11-40, Casa E3 de la ciudad de Cali.
- e) **Sixto Arturo Rojas**, quien sería citado en la Calle 35 F No. 1 A 03 de la ciudad de Palmira.
- f) **Carlos Eduardo Mendoza**, quien sería citado en la Carrera 7A No. 70-105 de la ciudad de Cali.
- g) **Heidi Sánchez**, quien sería citada en la Calle 13C No. 72-53 de la ciudad de Cali.
- h) **María Cristina Restrepo**, quien sería citada en la Carrera 2 Oeste No. 6-03 de la ciudad de Cali.
- i) **Juan Eduardo Restrepo**, quien sería citado en la Carrera 35 No. 56-119, apto 507 de la ciudad de Medellín.
- j) **Claudia Patricia Román Morales**, quien sería citada en la Carrera 13 No. 94 A -45, oficina 504 de la ciudad de Bogotá.
- k) **Alexander Melo**, quien sería citado en la Avenida Suba No. 128 B -24 o en la Carrera 13 N. 94 A -45 de la ciudad de Bogotá.
- l) **Juan Pablo Palomeque**, quien sería citado en la Avenida Suba No. 128 B -24 de la ciudad de Bogotá.
- m) **Pablo Trujillo**, quien sería citado en la Calle 12 A No. 52-60, apto 301 de la ciudad de Cali.
- n) **Patricia Ruiz**, quien sería citada en la Calle 12 A No. 52-60, apto 301 de la ciudad de Cali.
- o) **Juan Felipe Raffo Henao**, quien sería citado en la Calle 10 A No. 4-40, oficina 705 de la ciudad de Cali.
- p) **Mario Humberto Lopera**, quien sería citado en la Calle 12 A No. 52-60, apto 301 de la ciudad de Cali.
- q) **María de las Mercedes Lloreda Mera**, quien sería citada en la Calle 10 No. 4-40, oficina 705 de la ciudad de Cali.

Para la citación de los declarantes se libraron comunicaciones que se entregarían al apoderado de la parte convocante para su diligenciamiento.

Tratándose de testigos residentes fuera de la sede del Tribunal, serían de cargo de la parte que pide la prueba los gastos de transporte y permanencia del testigo.

## **5. Oficios**

Por Secretaría, se libraron los siguientes oficios

**A.** A la **Contraloría de Bogotá D.C.** para que con destino a este proceso remitiera copia auténtica de la respuesta dada por la Alcaldía Mayor de Bogotá al Control de Advertencia y a la Indagación Preliminar 10100-002-04 de abril 20 de 2004, en la cual se investigan las deficiencias encontradas por la Contraloría en COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP en cuanto a “a) marca, b) red, c) canales de comercialización, d) tecnología de información y e) administración.”

**B.** A la **Superintendencia de Servicios Públicos** para que con destino a este proceso informara:

a) El número total de quejas radicadas ante esa entidad por usuarios de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.

b) El número total de sanciones impuestas a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. por concepto de violaciones a la Ley 142 de 1994.

c) El número total de decisiones revocadas por recursos de apelación interpuestos contra decisiones de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. por los usuarios.

**C.** A la **Superintendencia de Industria y Comercio** para que con destino a este proceso informara:

a) El número total de quejas radicadas ante esa entidad por usuarios de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.

b) El Número total de sanciones impuestas a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. por concepto de publicidad engañosa y otras violaciones al estatuto del consumidor.

**D.** Al **Ministerio de Comunicaciones**, para que con destino a este proceso informara sobre el número de investigaciones que se adelantan en contra de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, así como el número y la causa de las sanciones impuestas a la misma.

Adicionalmente, para que certifique el CHURN o porcentaje de deserción de clientes, reportado por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. (Folio 186 del Cuaderno Principal No. 1).

**E.** A la **Asociación de la Industria Celular de Colombia ASOCEL**, para que con destino a este proceso informara sobre los índices de crecimiento de la industria celular en Colombia desde noviembre de 2003 y hasta la fecha, así mismo para que informe sobre los índices de permanencia o de fidelidad de los usuarios de la telefonía celular.

**F. A la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones**, para que certificara el CHURN o porcentaje de deserción de clientes, reportado por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. (Folio 186 del Cuaderno Principal No. 1)

#### **6. Reconocimiento de Documentos**

Reconocimiento a cargo del representante legal de la parte convocada y/o de los testigos, de los documentos mencionados en el acápite (A- DOCUMENTALES) que sean tachados por la convocada. Para el efecto se requerría a la parte convocante para que en un término de tres días indique al Tribunal cuales son los documentos sobre los que debía recaer la prueba de reconocimiento y los nombres de las personas que debían atender tal diligencia.

De otra parte, al tenor de lo solicitado por la parte convocante, se decretó la prueba de reconocimiento de documentos a cargo de las siguientes personas:

a) El testigo Carlos Pulgarín debería reconocer el documento denominado “Valoración Económica de los Perjuicios Causados por Colombia Móvil a Movitel S.A. Con Ocasión del contrato de Agenciamiento comercial suscrito entre las partes.

b) De su lado los testigos Juan Felipe Raffo Henao y María Mercedes Lloreda deberían reconocer el documento denominado “Concepto sobre Estudio de Valoración de Perjuicios Económicos Febrero 7 de 2006.

El Tribunal advirtió que debido a que estas personas fueron citadas por la convocante como testigos, la diligencia de reconocimiento de documentos se realizará en la misma fecha que se reciba su declaración.

#### **7. Exhibición de documentos**

Exhibición de documentos por parte de la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP, de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante en el ordinal G del acápite de pruebas de la demanda, en el escrito mediante el cual describió el traslado de las excepciones de mérito, y en la contestación a la demanda de reconvenición reformada (Cuaderno Principal No. 1, folios 26, 184 y 270).

De acuerdo con lo solicitado por la parte convocante, la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP, exhibiría los siguientes documentos:

1. El resultado de los estudios realizados por la firma Unión Temporal Moore Stephens y JAHV Mc Gregor Ltda., a partir de diciembre de 2004, según comunicación dirigida por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a los ALIADOS, relacionada como prueba documental N° 81. Documentos que se encuentran en poder de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP.

2. Las comunicaciones de descargos y explicaciones enviadas por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a la Contraloría Distrital, a la Superintendencia de Industria y Comercio, a la Superintendencia de Sociedades, a la Superintendencia de Servicios Públicos, al Ministerio de Comunicaciones, correspondientes a las investigaciones por quejas en su contra.

3. Los informes de las auditorías contratadas por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP para evaluar el desempeño de IQ y del CIO.

4. El texto de las modificaciones a las cláusulas a que se refiere el numeral cuarto de la petición de la prueba.
5. El INFORME DE AUDITORIA elaborado por la Unión Temporal Moore Stephens y JAHV Mc Gregor, estudio contratado por Colombia Móvil S.A. ESP., documento que sería aportado por la parte convocada.
6. Las copias de los contratos y de los otrosí, firmados con otros aliados.
7. El contrato celebrado entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y IQ, así como los informes o reportes de IQ a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP relacionados con la operación o contrato de agencias con MOVILTEL S.A.

La anterior diligencia tendría lugar el día 25 de septiembre de 2006 a las 4:00 p.m. en la sede del Tribunal.

#### **8. Inspección Judicial con Intervención de Perito**

Diligencia de inspección judicial con intervención de perito de acuerdo con lo solicitado por la parte convocante en el escrito mediante el cual describió el traslado de las excepciones de mérito, y en la contestación a la demanda de reconvenición reformada (Cuaderno Principal No. 1, folios 185 y 270), en las instalaciones de la sociedad convocada, con el fin de determinar sobre la base de los libros y papeles de comerciante de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. lo siguiente:

1. Número total de personas registradas para el plan pioneros de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP
2. Si COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP dio estricto cumplimiento durante la vigencia del contrato al procedimiento de determinación de cuentas establecido en la cláusula 4.5 del contrato de agencia comercial suscrito con MOVILTEL S.A.
3. Fecha a partir de la cual COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP realizó pagos a MOVILTEL S.A. por concepto de Comisión Residual y montos pagados por este concepto, determinados mes a mes durante toda la vigencia del contrato.
4. La cifra del CHURN o porcentaje de deserción de clientes reportado por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP al Ministerio de Comunicaciones y/o la Comisión de Regulación de Telecomunicaciones, y/o incluidos en sus informes de gestión y/o gerencia.
5. Reportes presentados por la gerencia de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a su Junta Directiva y/o Asamblea General de Accionistas, sobre los motivos, causas, circunstancias o hechos que llevaron a la suspensión y posterior cierre de ventas ocurrido durante el primer semestre del año 2004.
6. Reportes y/o contestaciones y/o explicaciones rendidos por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a las autoridades de regulación, vigilancia y control, sobre motivos, causas, circunstancias o hechos que llevaron a la suspensión y posterior cierre de ventas ocurrido durante el primer semestre del año 2004.

7. Pagos efectuados por COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a MOVILTEL S.A. por concepto de cesantía comercial.

8. Copias de los contratos de agencia comercial celebrados entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y sus aliados en diferentes regiones del país. En este punto se requeriría a la parte convocante para que indicara al Tribunal respecto de cuáles contratos se debería hacer la verificación en torno a si todos tienen idéntico texto y si el anexo que libera de responsabilidades a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP es el mismo.

El perito que habrá de concurrir a la realización de esta diligencia sería el mismo designado para rendir el dictamen pericial decretado.

La fecha de la diligencia de inspección judicial decretada sería fijada posteriormente por el Tribunal.

## **6.2. Pruebas decretadas a solicitud de la convocada y reconviniente.**

### **1. Documentales**

Los documentos aportados con la contestación a la demanda arbitral y con la demanda de reconvencción reformada.

### **2. Interrogatorio de parte**

Interrogatorio de parte, de acuerdo con lo solicitado por la sociedad convocada en el numeral 2 del acápite de pruebas de la contestación a la demanda y en la demanda de reconvencción (folios 118 y 243 del Cuaderno Principal No. 1), interrogatorio que deberá ser absuelto por el señor **FRANCISCO JOSÉ VELÁSICO HENAO**, representante legal de la sociedad **MOVILTEL S.A.**, o quien hiciera sus veces, en audiencia que se llevará a cabo en fecha que sería posteriormente fijada por el Tribunal.

### **3. Testimonios**

Los testimonios de las siguientes personas, para los fines indicados en el numeral 3 del acápite de pruebas de la contestación a la demanda Y en la demanda de reconvencción (folios 118 a 119 y 244 a 2.45 del Cuaderno Principal No. 1), testimonios que deberían rendirse en audiencias que se llevarían a cabo en los días 11, 18 y 25 de septiembre de 2006, en la sede del Tribunal.

- a) **María Matilde Rodríguez Blanco**, quien sería citada en la Carrera 7ª Oeste No. 1-34, Barrio Santa Rita de la ciudad de Cali.
- b) **Fernando Barrios**, quien sería citado en la Carrera 7ª Oeste No. 1-34, Barrio Santa Rita de la ciudad de Cali.
- c) **Normy Morán**, quien sería citada en la Carrera 7ª Oeste No. 1-34, Barrio Santa Rita de la ciudad de Cali.
- d) **Luís Eduardo Delgado**, quien sería citado en la Carrera 7ª Oeste No. 1-34, Barrio Santa Rita de la ciudad de Cali.

- e) **Patricia Soto**, quien sería citada en la Carrera 9 A No. 99-02, Oficina 501 de esta ciudad.
- f) **Alfonso Roldán**. Para efectos de la citación de este testigo se requirió a la parte convocada para que en un término de tres días suministrara la dirección correspondiente.
- g) **Hugo Triana**, quien sería citado en la Carrera 9 A No. 99-02, Piso 5 de esta ciudad.
- h) **Didier Ruiz**, quien sería citado en la Carrera 9 A No. 99-02, .Piso 5 de esta ciudad.
- i) **Amparo Jaramillo**, quien sería citada en la Carrera 9 A No. 99-02, Piso 5 de esta ciudad.
- j) **Armando Areiza**, quien sería citado en la Carrera 9 A No. 99-02, Piso 5 de esta ciudad.
- k) **Germán Cárdenas**, quien sería citado en la Carrera 9 A No. 99-02, Piso 5 de esta ciudad.

Para la citación de los declarantes se libraron comunicaciones que se entregarían al apoderado de la parte convocada para su diligenciamiento. Tratándose de testigos residentes fuera de la sede del Tribunal, serían de cargo de la parte que pidió la prueba los gastos de transporte y permanencia del testigo.

#### **4. Dictamen Pericial**

Dictamen pericial solicitado en los términos indicados por el peticionario en el numeral 4 ordinales A y B del acápite de pruebas de la contestación de la demanda y de la demanda de reconvencción el cual debería ser rendido por perito contable. (Folios 119 a 121 y 245 a 247 del Cuaderno Principal No. 1).

El Tribunal otorgó a las partes un término de tres días para que propusieran de común acuerdo el nombre del perito que debería rendir el dictamen pericial.

En cuanto a las preguntas que debería absolver el perito, se requirió a la parte convocada para que en un término de tres días, presentara al Tribunal, sus preguntas en un solo escrito.

Adicionalmente se advirtió que en la rendición de su dictamen el perito se abstendría de emitir conceptos que no fueran estrictamente técnicos o impliquen juicios de valor.

#### **5. Oficios**

Por Secretaría, se libraron los siguientes oficios:

**A.** A la compañía **Napoleón Franco & Cía.** para que del Estudio realizado por dicha empresa denominado **“Seguimiento a la Satisfacción de los usuarios OLA, Comcel y Movistar del Mercado Masivo”**, de fecha 3 de agosto de 2005 y con No. 6715-6732, certificara la información que se consignó en el oficio.

Adicionalmente, para que del “Estudio de Satisfacción de los Usuarios con su Operador en la Categoría de Telefonía Móvil. Mercado de Personas Naturales” de febrero de 2006, certificara para este proceso la información requerida que aparece en dicho informe

**B. Al Ministerio de Comunicaciones** para que con destino a este trámite arbitral expidiera copia auténtica de la Resolución No. 000184 de febrero 2 de 2006 proferida por dicho Ministerio.

### **6.3. Prueba decretada de oficio.**

Por auto No. 15 de fecha 11 de septiembre de 2006, contenido en el acta No. 11, el Tribunal decretó de oficio una pregunta adicional al dictamen parcial.

## **7. ALEGATOS DE CONCLUSIÓN.**

Agotada la instrucción, el Tribunal fijó fecha para oír a las partes en sus alegaciones finales, lo cual hicieron en Audiencia del 23 de junio de 2009. (Acta No. 28). Los apoderados de las partes presentaron al Tribunal sus respectivos alegatos de conclusión, y adjuntaron un resumen escrito de los mismos.

El Tribunal hizo el estudio que corresponde sobre las posiciones expresadas en las alegaciones de cada uno de los apoderados y el resultado de este estudio se encuentra reflejado en las consideraciones que el Tribunal realiza en relación con los puntos objeto de este proceso, y que en este laudo más adelante deja consignadas.

## **8. CONCEPTO DEL SEÑOR AGENTE DEL MINISTERIO PÚBLICO.**

El Señor Agente del Ministerio Público presentó su concepto escrito, en el cual estudia particularmente los temas jurídicos relacionados con los aspectos principales de la litis, y se refiere a la objeción por error grave al dictamen pericial en los siguientes términos:

*“Para que un dictamen pericial sea objetado por error grave, se debe tener en cuenta que se demuestre dicho error de forma clara y por demás evidente altere la razonabilidad del concepto técnico, circunstancia que para esta Procuraduría no se demostró, ya que no se detecta la existencia de un error que se pueda considerar como “grave”, en los términos que lo tiene establecido la ley.”*

Como tema de fondo sugiere el Procurador la prosperidad de la acción de contrato no cumplido en los siguientes términos:

*“...es por ello que haciendo un estudio minucioso de los testimonios, del dictamen pericial, se puede corroborar que hubo incumplimiento de parte y parte, lo cual indica a esta delegada que se puede sugerir, sin carácter obligatorio, la prosperidad de la exceptio non adimpleti contractus.”*

*“Así las cosas sugiero la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido y que las sumas de dinero que estén acreditadas en el proceso que deban las partes, se proceda a su pago con los intereses de mora respectivos, si a ello hay lugar.”*

## II. CONSIDERACIONES

### 1. MARCO LEGAL, DOCTRINARIO Y JURISPRUDENCIAL.

Es legalmente exigido efectuar las consideraciones sobre los aspectos legales, jurisprudenciales y doctrinarios de los temas que inciden directamente en el caso sometido a decisión del Tribunal, a lo cual se procede.

Destaca el Tribunal, como aspecto general, el valor probatorio de los libros de contabilidad, teniendo en cuenta lo preceptuado en los artículos 68 y 70 del C. de Co. y 271 del C. P. C., que regulan de manera clara y precisa la eficacia probatoria de dichos libros, al disponer que constituyen plena prueba en los debates entre comerciantes, si son llevados en forma legal. En consecuencia, tales disposiciones, en lo pertinente, serán consideradas por el Tribunal en el análisis probatorio de las pretensiones.

#### 1.1. El contrato de agencia mercantil.

Las partes no discrepan en cuanto a la existencia y naturaleza del contrato por ellas firmado y materia de la litis, pues tanto en las pretensiones como en los hechos de la demanda y de la contrademanda aceptan su existencia. No obstante ser un tema pacífico, procede el Tribunal a efectuar un breve estudio del contrato de agencia mercantil, especialmente en aquellos aspectos que tienen incidencia en la decisión.

##### 1.1.1 Definición y perspectivas económicas.

Según el artículo 1317 del C. de Co., la agencia mercantil es un contrato en virtud del cual un comerciante, llamado agente, *“asume en forma permanente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante, o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo”*.

Fluye de la definición el contenido económico que se deriva de la agencia mercantil cuando se habla de promoción o explotación de negocios como fabricante o distribuidor a través de la vinculación de empresarios. El agenciado busca a un comerciante para que sus productos tengan una comercialización propia a sus esfuerzos de inversión y éste como agente ponga sus fuerzas de actividad para impulsar los productos. Algo más, el agente debe ejecutar su encargo de forma *independiente*, con plena capacidad para que el beneficio perseguido se alcance con el esfuerzo conjunto o separado.

No hay duda que la agencia mercantil es un negocio de colaboración por el esfuerzo que ambas partes tienen que hacer para lograr que un producto llegue a un usuario. El agenciado desarrolla la actividad de producción y el agente se encarga de llevar a un mercado de consumo, con su comercialización, los bienes y servicios. Las actividades de uno y otro se armonizan y desarrollan en un ámbito de perspectivas económicas. Si no se satisfacen esas actividades, la gestión no será benéfica puesto que van en detrimento de alguno de los contrantes o de ambos, de acuerdo con las específicas circunstancias.

Pero al mismo tiempo, la agencia es un negocio de confianza pues los intereses económicos que se mueven permiten que las partes se sitúen en el escenario de la buena fe no sólo en lo pactado sino en



todo aquello que emane de la naturaleza del contrato, como preceptúan los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio. Es decir, si una parte inspira en la otra una regla de comportamiento en la actividad comercial a cumplirse debe mantener, por el grado de confianza que genera, la línea trazada o buscada en el contrato para su ejecución.

Se puede afirmar que con la celebración de un contrato de agencia mercantil surge un deber especial del agenciado: conceder o permitir los medios necesarios para que el agente cumpla con el encargo de promover o explotar los productos con éxito. La restricción o limitación que haga en un determinado momento el agenciado solamente puede reconocerse si el resultado de hechos, que emergen de la imprevisibilidad o de circunstancias ajenas, supera el comportamiento esperado. Por eso, el agenciado debe no sólo mantener la disposición para una gestión acorde con lo previsto o procurado sino adoptar las medidas necesarias que impidan el impacto negativo en la actividad del agente. Puede acontecer, entonces, que se pierda la confianza por la desatención de ese deber de conducta.

Del mismo modo, puede suceder que la distribución gire en torno de la compra para revender un producto dentro del contrato de agencia comercial. El Tribunal acoge integralmente y encuentra aplicable lo dicho en laudo arbitral:

*“Teniendo en cuenta lo anterior, vale la pena preguntarse si existe verdaderamente una agencia comercial cuando el supuesto agente compra productos de su empresario para revenderlos posteriormente; es decir, si puede el agente ejecutar el encargo de promover o explotar negocios actuando con posición propia. La respuesta que la jurisprudencia más reciente ha dado a este interrogante ha sido tajantemente negativa.<sup>8</sup> No obstante, en el caso sublite, al encontrarse regulado dentro del contrato de Agencia Mercantil la venta de las llamadas tarjetas prepago, quiere decir ello que expresamente las partes ampliaron el régimen legal de la Agencia Comercial a esta modalidad de compraventa y en consecuencia, son aplicables a ella, efectos como el pago por parte del empresario al agente, de una suma equivalente a una doceava parte del promedio de la utilidad en las tarjetas prepago, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1324 del C. de Co.”<sup>9</sup>*

### **1.1.2 Terminación anticipada.**

Otro punto importante de analizar en este debate arbitral concierne con el artículo 1325 del Código de Comercio que regula la terminación unilateral anticipada de la agencia comercial en los siguientes términos:

*“Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:*

*1. Por parte del empresario:*

- a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;*
- b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario.*
- c) La quiebra o insolvencia del agente, y*
- d) La liquidación o terminación de actividades.*

*2. Por parte del agente:*

- a) El incumplimiento del empresario en sus obligaciones contractuales o legales;*

---

<sup>8</sup> Véase Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de diciembre de 1980, M.P. Germán Giraldo Zuluaga; Tribunal de Arbitramento de la Compañía Central de Seguros S.A. y la Compañía Central de Seguros de Vida S.A. vs. Maalula Ltda, Laudo del 21 de agosto de 2000.

<sup>9</sup> Tribunal Arbitral de PCS BOGOTÁ S.A. contra COLOMBIA MÓVIL S.A. E S P., de fecha 24 de abril de 2007, pag 18.

- b) *Cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente;*
- c) *La quiebra o insolvencia del empresario, y*
- d) *La terminación de actividades”.*

El Tribunal considera que el incumplimiento grave del agente o del empresario de las obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley, y por acciones u omisiones del agente o del empresario que afecten gravemente los intereses de la otra parte, de acuerdo con lo previsto en la disposición antes trascrita, debe ser proporcionado. La simple omisión de una cláusula contractual que no cause perjuicio alguno, no podría alegarse como habilitante para la terminación justificada del contrato. Así mismo, lo exigido por la norma es que la acción u omisión de una parte de las obligaciones, afecte gravemente los intereses de la otra.

En lo que se relaciona con este trámite arbitral sobre la terminación unilateral del contrato por justa causa por parte del agente, el Tribunal está de acuerdo con lo transcrito no solo en cuanto el incumplimiento grave de las obligaciones a cargo del agenciado sino por *“cualquier acción u omisión del empresario que afecte gravemente los intereses del agente”*. Para el Tribunal la previsión del numeral 2-b del artículo 1325 es bien distinta a la causal de incumplimiento del contrato de prestaciones pecuniarias. Atañe a acciones y omisiones no siempre incrustadas en la órbita de las prestaciones sino más bien en la esfera del deber de conducta o de buena fe propia de la confianza debida.

Precisamente, en el contrato de agencia comercial se pactó en la cláusula décima que, además de la terminación del contrato por expiración del plazo de vigencia, cada una de las partes podía poner término por las causas justas de los eventos del artículo 1325 del Código de Comercio. Y hasta aquí existe plena uniformidad entre lo normado en el Código de Comercio y el contrato, en el sentido que se mantienen las dos causas justas de terminación unilateral: por incumplimiento del empresario de sus obligaciones contractuales o legales y las acciones y omisiones que afectasen gravemente los intereses del agente. Solo que en el contrato la desatención de las obligaciones del empresario debe revestir un grado de gravedad, aspecto éste que no se incluye en la norma legal en cita. En verdad, esta particular exigencia del contrato puede entenderse de manera estricta ante la magnitud del incumplimiento que afecta la relación negocial, como es admitida modernamente en los estatutos de la contratación internacional, que afincan la destrucción del nexo contractual si media el incumplimiento esencial de la obligación. Incluso, el ordenamiento privado nacional en el Código de Comercio consagra una norma en el contrato de suministro que es una consagración de ese criterio de gravedad en el incumplimiento y de la pérdida de confianza: *“El incumplimiento de una de las partes relativo a alguna de las prestaciones, conferirá derecho a la otra para dar por terminado el contrato, cuando ese incumplimiento le haya ocasionado perjuicios graves o tenga cierta importancia, capaz por sí solo de mermar la confianza de esa parte en la exactitud de la otra para hacer los suministros sucesivos. ... En ningún caso el que efectúa el suministro podrá poner fin al mismo, sin dar aviso al consumidor como se prevé en el artículo precedente. ... Lo dispuesto en este artículo no priva al contratante perjudicado por incumplimiento del otro de su derecho a pedir la indemnización de perjuicios a justa tasación”*. (Artículo 973).

En cuanto a las acciones y omisiones del artículo 1325 tienen que afectar los intereses del agente. Aunque en el contrato se afirma que esas conductas deben ser graves, el Tribunal aprecia que dicha calificación va comprendida en el hecho omisivo o positivo que se muestre intrínsecamente sin poder entrarse en detalle sobre la gravedad, pues es la confianza la que resulta cuestionada.

Ahora bien, el incumplimiento del contrato o las acciones u omisiones no producen el efecto disolutorio de pleno derecho en que bastaría se dieran las circunstancias de las desatenciones para lograr el quebranto del contrato y, por ende, su aniquilamiento. Tiene, entonces, la parte que ejercita el derecho de destruir el nexo contractual que hacer la manifestación expresa sobre el particular, puesto que si se

omite esa expresa declaración se entendería que no produciría efecto la terminación pretendida. Por eso, la cláusula 10.3 del contrato de agencia dispuso que la terminación unilateral por iniciativa de cualquiera de las partes se efectuará mediante comunicación escrita, entregada por un medio que permita acreditar su recibo, dirigida a la otra parte; y el contrato terminará en la fecha indicada en la parte respectiva.

### 1.1.3 Pago a la terminación

Independientemente de la causa de terminación del contrato, por vecimiento del plazo, por rompimiento unilateral, por mutuo acuerdo, el Código de Comercio consagra una regla encaminada a reconocer al agente una determinada prestación que la doctrina ha denominado 'cesantía comercial', como un derecho económico de contenido de orden público porque como sostuvo la Corte Suprema de Justicia es irrenunciable: *“ Para la Corte, la prestación que consagra el artículo 1324 inciso 1º, es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución; pero una vez éste haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias, no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no haga específica solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación”*. (Sentencia de casación civil de 2 de diciembre de 1980).

El inciso 1º. del artículo 1324 del Código de Comercio se encarga de fijar el criterio general para el reconocimiento de esa particular cesantía, en los siguientes términos:

*“El contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato, y a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor.”*

### 1.1.4 Indemnización

Así como la ley mercantil prevé el reconocimiento de una prestación adicional, no frecuente en materia de contratos nominados, también regula el fenómeno indemnizatorio derivado de la cesación del contrato de agencia cuando se da por terminado con causa imputable al agenciado. Son los artículos 1324 y 1327 del Código de Comercio los que disponen el pago de una indemnización. Dice el primero de los artículos citados:

*“Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, (fijada por peritos), como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”*.

Así mismo, en el contrato de agencia se introdujo la estipulación reguladora de reparación o sancionatoria al disponer que la parte que diere origen a la terminación del contrato deberá pagarle a la otra, a título de pena, una suma de dinero equivalente a ochocientos salarios mínimos legales vigentes, sin que la pena exceda los valores pagados al agente, como remuneración, hasta la fecha de terminación del contrato. Es decir, las partes tuvieron la posibilidad de señalar una suma equivalente en salarios

mínimos legales mensuales a manera de lograr superar el efecto económico que pudiera producir el rompimiento unilateral del contrato por hechos imputables al agenciado bien por incumplimiento ora por acciones u omisiones. Y particularmente, frente a esto último, donde el efecto o impacto económico a repararse no puede consultar cualquier criterio sino aquel de contenido equitativo, que las partes hayan previsto ante la eventualidad de la terminación justa por culpa del agenciado.

## **1.2. La responsabilidad civil contractual.**

El asunto sometido a la composición arbitral corresponde a un típico caso de responsabilidad civil contractual, por lo que es pertinente señalar un marco legal de estudio, como quiera que entre las pretensiones se destacan aquellas reclamaciones de resarcimiento de perjuicios.

El artículo 1613 del Código Civil dispone que los perjuicios por el incumplimiento contractual, comprenden el daño emergente y el lucro cesante, en los siguientes términos:

*“La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación, o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento.*

*Exceptúanse los casos en que la ley la limita expresamente al daño emergente”.*

El artículo 1614 *ibidem* define el daño emergente y el lucro cesante de la siguiente manera:

*“Entiéndese por daño emergente el perjuicio o la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado su cumplimiento; y por lucro cesante, la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumpliéndola imperfectamente, o retardado su cumplimiento”.*

Los perjuicios son clasificados por el artículo 1616 del ordenamiento civil en previsibles a la fecha de celebración del contrato e imprevisibles. El deudor incumplido, al que no se le impute dolo, responderá por los primeros. Si por el contrario al deudor incumplido se le prueba el dolo, responderá además por los perjuicios imprevisibles. En este sentido se ha pronunciado la Corte Suprema de Justicia:

*“El incumplimiento de un contrato hace o puede hacer responsable al contratante incumplido, en todo o en parte, de los perjuicios directos que aquel incumplimiento ocasione al otro contratante y por estos deben entenderse los que constituyen una consecuencia natural o inmediata del incumplimiento, hasta el punto de mirárseles como su efecto necesario y lógico. Esos perjuicios directos se clasifican, y nuestra ley no es ajena a esa clasificación, en previstos e imprevistos, constituyendo los primeros aquellos que se previeron o que pudieron ser previstos al tiempo de celebrarse el contrato, y los segundos, aquellos que las partes no han previsto o no han podido prever en ese mismo momento. De los primeros solo es responsable el deudor cuando no se le puede imputar dolo en el incumplimiento por su parte de sus obligaciones, y de estos y de los segundos, es decir, tanto de los previstos como de los imprevistos, es responsable el deudor cuando hay dolo de su parte”. (C. C., art. 1616).” (Cas., 29 octubre 1945, LIX, 748; 26 junio 1953, LXXIV, 385). (El subrayado no es del texto).*

El artículo 1615 *ejusdem* dispone que la indemnización de perjuicios se debe reconocer desde que el deudor se ha constituido en mora.

En cuanto a los perjuicios morales, ni la ley ni la jurisprudencia establecen la obligación de pagarlos en caso de incumplimiento o retardo de una obligación contractual. A este respecto dice la Corte Suprema de Justicia:

*“El incumplimiento o el cumplimiento retardado de una obligación contractual no da lugar a exigir una indemnización por perjuicios morales”. (Cas., 29 de octubre de 1945, LIX, 748; 26 de junio de 1953, LXXIV, 385).*

Según lo consagran la ley, la doctrina y la jurisprudencia, de manera casi unánime, para que se configure la responsabilidad contractual se requiere la presencia de los siguientes elementos: el incumplimiento contractual de manera dolosa o culposa, el daño y el vínculo de causalidad entre uno y otro.

La Corte Suprema de Justicia, en fallos citados por Suescún Melo<sup>10</sup>, ha definido en varias oportunidades los elementos esenciales de la responsabilidad contractual, así:

*“... para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca: a) el contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido; b) la mora del demandado; c) el incumplimiento de tales obligaciones, d) el daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”<sup>11</sup>.*

*“la lesión o el menoscabo que ha sufrido el actor en su patrimonio (daño emergente y lucro cesante), la preexistencia del negocio jurídico origen de la obligación no ejecutada, la inejecución imputable al demandado y la relación de causalidad entre el incumplimiento y el daño”<sup>12</sup>.*

El Laudo Arbitral proferido por Tribunal de Arbitramento de Leasing Mundial S.A. contra Fiduciaria FES S.A. definió los elementos de la responsabilidad civil contractual de la siguiente forma que el Tribunal comparte:

*“Tratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere el incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a éste, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse la mora del deudor, si la obligación es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil”<sup>13</sup>.*

Con base en todo lo anterior, considera el Tribunal que, en primer lugar, para determinar la responsabilidad contractual, es necesario establecer la existencia de un contrato y de la obligación en él contenida. Posteriormente se deberá proceder a probar el incumplimiento o cumplimiento deficiente de la misma. Debe también establecerse si las prestaciones objeto de la obligación incumplida son de medio o de resultado, con la consecuencia de la necesidad de la prueba en el primer caso y de la presunción de culposo en el segundo.

---

<sup>10</sup> Op. Cit. Pag. 260.

<sup>11</sup> Casación Civil del 3 de noviembre de 1977.

<sup>12</sup> Casación Civil del 14 de marzo de 1996, en el mismo sentido Casación Civil del 27 de junio de 1990.

<sup>13</sup>[1] Tribunal de Arbitramento de Leasing Mundial S. A. vs. Fiduciaria FES S. A., Laudo del 26 de agosto de 1997.

La prueba de la real ocurrencia del daño provocado por el incumplimiento, es el tercer elemento a partir del cual se configura la responsabilidad de contenido contractual, elemento que debe reunir ciertas cualidades para ser indemnizado.

Por último, es necesario comprobar la existencia de una relación de causa a efecto entre la culpa o el dolo del deudor y el daño alegado por el acreedor.

Claro que para reconocerse lucro cesante en toda su extensión como factor indemnizatorio habría que considerarse la gravedad del incumplimiento como suelen pactarlos en determinados negocios los contratantes o la ley.

## **2. LAS PRETENSIONES**

### **2.1 LA DEMANDA DE LA CONVOCANTE**

Como quedó expuesto atrás, la sociedad MOVILTEL S.A. pretende que se declare la existencia del contrato de agencia comercial con COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, incumplido por ésta y que, además, realizó acciones y omisiones que afectaron gravemente los intereses de la convocante; que la terminación unilateral fue con causa justa; se le declare responsable por todos los perjuicios por el incumplimiento y por las acciones y omisiones, incluyendo el lucro cesante, el daño emergente, las multas, la cláusula penal y por todo otro concepto que resultare probado en el proceso. Y, consecuentemente, se condene a la demandada COLOMBIA MÓVIL al pago de la suma de \$6.649.542.333 o la que resultare probada, como indemnización por todos los perjuicios causados a MOVILTEL por el incumplimiento contractual; al pago de las multas establecidas en el contrato (cláusula 11.2); a la comisión residual de la cláusula 4.3 del contrato; más la prestación especial del artículo 1324 del Código de Comercio; y por último a las costas y agencias en derecho del proceso.

Ya se sostuvo y convino en la existencia del contrato de agencia comercial celebrado entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, como empresario agenciado y MOVILTEL S.A., como agente, el 15 de noviembre de 2003, con un término de duración por tres años a partir de la fecha de la suscripción. Y como este es un aspecto indiscutible, y sin entrar en mayores disquisiciones, la declaración en tal sentido es procedente.

En cuanto a la declaración de incumplimiento del contrato de agencia comercial (**segunda**) por la convocada COLOMBIA MÓVIL, el Tribunal entiende que se separa de la pretendida declaración de acciones que la demandante le achaca con afectación de sus intereses y omisiones (**tercera**). Por eso, se ha de plantear lo mismo en el análisis de esas dos pretensiones.

#### **2.1.1 Los incumplimientos de la convocada alegados por la convocante**

Es cierto que las partes le imprimieron al incumplimiento del contrato un carácter especial que, como ya se expuso, es la aceptación de la corriente moderna de aplicar la responsabilidad contractual cuando se deriva por la desatención esencial de los deberes prestacionales de alguna de las partes. O sea, no dejar que cualquier clase de incumplimiento permita o conceda el derecho a la terminación del contrato y a la reparación de perjuicios sino reparar y construir la situación en la función práctica del contrato como es su normal y plena ejecución.

Antes que todo, el Tribunal quiere hacer la precisión que en lo que concierne con el incumplimiento de las obligaciones se referirá a aquellas situaciones que son propias de la no atención de los deberes prestacionales de contenido económico o pecuniario, para dejar aquellos aspectos que se relacionan con las omisiones y acciones en que según la convocante incurrió la demandada, para estudio separado. Tiene que ser así. Son dos causales distintas de terminación unilateral del contrato de agencia comercial como lo preceptúa el artículo 1325 del Código de Comercio y, por consiguiente, deben participar de perspectivas jurídicas también diferentes pues no obedecen a conceptos jurídicos sustanciales uniformes, aunque el artículo 1324 *ibídem* no distinga, para los efectos del reconocimiento de la indemnización equitativa cuándo el contrato de agencia se da por terminado unilateralmente por causa justa por una de las partes, pues debe entenderse que no pueden gozar de la misma consecuencia reparadora o resarcitoria desde el punto de vista de la graduación del daño, propio del incumplimiento del contrato como ya quedó consignado con la normatividad civil citada, en cuanto la equidad puede responder de manera diferente ante la causa de la terminación del contrato.

Lo anterior mueve al Tribunal a abordar lo que atañe con los incumplimientos del contrato de agencia aducidos por la parte convocante y de saber si son graves como fuera considerado por las partes, pues del mismo modo lo uno y lo otro también aparejan consecuencias sustanciales, como se consignará más adelante.

#### **2.1.1.1 Las prestaciones económicas o pecuniarias incumplidas.**

Ha alegado la sociedad convocante un sinnúmero de prestaciones desatendidas por la convocada como son, en los términos de la demanda principal arbitral: el no pago de comisiones a cargo de COLOMBIA MÓVIL, el no pago de comisiones residuales y la cesantía comercial correspondiente, el 3% adicional de comisión respecto de las ventas de tarjetas prepago, la cesantía comercial sobre las ventas de tarjetas, el cobro injustificado de equipos descontado de comisiones. Más adelante el Tribunal se ocupará de esos reproches contractuales para determinar sus alcances y consecuencias.

#### **2.1.1.2 Las acciones u omisiones del empresario convocado.**

Como se estudió en pasajes anteriores, el empresario asume un deber de conducta que atañe con la posibilidad de permitirle al agente la consecución de los fines comerciales correspondientes, situada la conducta dentro de un grado de confianza, pues median factores de colaboración en el sentido de que no pueden predicarse actos individuales para alterar o disminuir el propósito de esperar resultados en beneficio de las partes.

Como se sostiene en el laudo proferido dentro del proceso de Comuníquese contra Colombia Móvil:

*“... En efecto, a pesar de que en el plano puramente jurídico el agente comercial adelanta su labor de intermediación a la manera de un empresario autónomo, no por ello deja de ser proveedor subordinado, en la medida que dicha actividad habrá de organizarla básicamente en función de las específicas exigencias e instrucciones técnicas y de operación del agenciado, y por lo tanto las prestaciones de ejecución continuada destinadas a este último, de ordinario no tienen otra salida posible en el mercado. Se trata, pues, de una de esas modalidades bien conocidas de actuación coordinada en que bajo una figura negocial legalmente tipificada, como lo es en Colombia el contrato de agencia comercial desde 1971, la colaboración duradera entre los empresarios que acuerdan acogerse a esa figura se establece en el común de los casos por líneas verticales o piramidales, con un “dominus” de*

*la relación, que es el agenciado, en el vértice de la pirámide, posición a la que en consecuencia se encuentra sujeto el agente y que empieza manifestándose con variable intensidad en cláusulas estándar redactadas de antemano por aquél e impuestas para ser utilizadas de manera uniforme en toda la red de agenciamiento sometida a su control, lo que no admite reproche siempre que, valorado el entorno circunstancial relevante según las particularidades de cada caso, queden a salvo los preceptos superiores de rango constitucional y legal a los que, sin lugar a dudas y como lo tiene definido la jurisprudencia al proscribir con fundamento en ellos el abuso en la utilización de esta clase de prerrogativas, ha de someterse el empresario principal cuando las ponga en práctica.”* (Laudo de Comúníquese S. A. contra Colombia Móvil S.A. ESP de 20 de agosto de 2008).

En verdad, como ya se dijo en líneas pasadas, la causal b del numeral 2 del artículo 1325 no se puede contraer al incumplimiento de compromisos prestacionales sino a la revisión de la regla de conducta exigida al agenciado para encontrar, saber o entender que los factores de colaboración y de confianza se han dado en el proceso de ejecución del contrato.

La convocante señala una lista de hechos y situaciones que apuntan a mostrar desconfianza en el comportamiento de COLOMBIA MÓVIL, en un marco o esfera de la buena fe y que le impidieron el desarrollo o ejecución del contrato en las condiciones económicas esperadas por la restricción del espacio de distribución, promoción o explotación de los productos, en cierta forma sobrevinientes a la celebración del contrato de agencia y que se convirtieron en una defectuosa atención, oscureciendo el ambiente de desarrollo de la actividad del agente y las perspectivas negociales que pudo asumir para alcanzar la vinculación.

Pues bien, están probadas en el proceso ciertas conductas del empresario que denotan el quebranto del deber de conducta, con pérdida de confianza, que gira por cierto alrededor de la colaboración no brindada como era debida, o de hechos que no se compadecen con principios de la buena fe: inconvenientes técnicos y administrativos que no hacían fluida la gestión del agente, desorden en el aparato de administración y de operación, dificultades al inicio de la comercialización para lograr los fines económicos esperados, errores en los procedimientos de aplicación de notas créditos, demora en sacar al público los productos, suspensión de las ventas cuando comenzaba el proceso de comercialización. Es decir, una serie de acciones o de omisiones imputables al agenciado que llevaron a perder la confianza al agente sobre las perspectivas del negocio en todo el término pactado de tres años de duración del agenciamiento, para la promoción y explotación de los productos en condiciones favorables o acordes con las posibilidades perseguidas de conquista del mercado. Obran comunicaciones que MOVILTEL le enviara a COLOMBIA MÓVIL (folios 91 y siguientes del cuaderno No. 1 de pruebas) que reflejan un grado de inconformidad del manejo de las relaciones contractuales. Incluso aparece la comunicación de fecha 8 de marzo de 2005 en la que una funcionaria de la convocada ofrece disculpas y reconocen errores (folios 115-116 del cuaderno No. 1 de pruebas).

No es que se exija gravedad en la conducta sino afectación en los intereses del agente para que pueda abrirse paso la causal de terminación; y eso se mide por el impacto económico en la promoción y explotación de los productos agenciados tal como se evidencia en la experticia contenida en las páginas 37 a 40 del dictamen contable rendido por Edgar Nieto y Asociados Ltda.

Por supuesto, el Tribunal aprecia el comportamiento del agenciado para señalar que el deber de conducta infringido es suficiente para la habilitación del agente en procura de la terminación unilateral del contrato antes del vencimiento del plazo pactado; esto es, se está en presencia de la causal del literal b del numeral 2 del artículo 1325, sin que se pueda afirmar un incumplimiento grave de obligaciones prestacionales, sino más bien de afectación grave del interés económico del agente. Los



eventos narrados denotan un comportamiento con cierto impacto para haberle hecho perder la confianza al agente de llevar, hasta el final del plazo de duración pactado, la ejecución del contrato.

## 2.2 La terminación unilateral del contrato.

La **cuarta** pretensión declarativa de la demanda principal está dirigida a que se declare que la terminación del contrato de agencia comercial, por parte de MOVILTEL, fue por justa causa por los incumplimientos y por las acciones y omisiones en que incurrió el agenciado COLOMBIA MOVIL.

Es sabido que la previsión contractual de duración de un contrato de agencia comercial tiene, en determinadas circunstancias, una justificación: contar con un tiempo que permita emprender con éxito la labor de comercialización u operación, dentro del ámbito de la buena fe, como de manera general dispone el artículo 1603 del Código Civil: *“Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación o que por ley pertenecen a ella”* y que el Código de Comercio reitera en el artículo 871: *“ Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural”*.

Obra en el proceso la comunicación de fecha 28 de octubre de 2005 que MOVILTEL le enviara a COLOMBIA MÓVIL (folio 289 del C. No. 1 de pruebas) que textualmente dice en la parte pertinente: *“Como representante legal de Movitel S.A. sociedad comercial domiciliada en Santiago de Cali, por medio de la presente les estoy notificando formalmente la terminación del contrato de agencia comercial suscrito entre Colombia Móvil S.A. ESP como empresario y Movitel S.A. como agente , a partir del día 1 de noviembre de 2005”* .

No cabe duda que esa nota contiene una manifestación de voluntad del agente de cesar el contrato por el remedio de la terminación unilateral prevista tanto en el contrato como en la ley y que encuentra justa causa por las acciones y omisiones del agenciado, como se expuso precedentemente.

Sin embargo, la sociedad convocada cuestiona la terminación unilateral por cuanto en su sentir se hizo injustificadamente por el agente al no haber motivo para producir el aniquilamiento del negocio jurídico. Es decir, en tanto el agente justifica su decisión de romper el contrato por acciones y omisiones, la agenciada, por el contrario, desconoce la fuerza de desvinculación justa por no darse las razones legales o contractuales requeridas para ese particular efecto.

En comentarios precedentes quedó de manifiesto que el incumplimiento de las obligaciones que se le achacan a la agenciada no se presenta con la característica de gravedad que exige el contrato en su cláusula décima, en consonancia con lo dispuesto en el artículo 1325 del Código de Comercio. De esta conclusión surge otra de incuestionable apreciación: sí existió incumplimiento de obligaciones prestacionales pecuniarias por parte de la sociedad convocada, pero, en puridad, no son de la gravedad exigida para motivar la terminación unilateral. Esto es, se debe descartar esta causal como justa para el rompimiento justificado del contrato por el agente y, del mismo modo, para permitir el reconocimiento de perjuicios.

No sucede lo mismo frente al incumplimiento derivado de las acciones y omisiones que se le endilgan a la sociedad convocada como se expuso atrás, cuando el Tribunal consideró que ésta si había incurrido en esas faltas de conducta y de alteración de la confianza contractual en aquellos aspectos que imprimen esas circunstancias y calidades tales como iniciar operaciones sin la adecuada preparación técnica, operacional y administrativa; postergaciones en la fecha de apertura;

desactualización de archivos, desorden administrativo, problemas de abastecimiento o de ofertas de equipos, con restricción y suspensión de ventas; cierres de ventas; inconsistencias originadas en el inicio de la operación; publicidad excesiva para captar usuarios o clientes con planes sugestivos pero sin previsión de las consecuencias, y con deterioro de la marca; propuesta de modificación del contrato, entre otros factores determinantes de la creación de un ambiente que no era el indicado para el desarrollo de una actividad comercial plena como la prevista en el agenciamiento, pero sí para albergar un ánimo de desconfianza en el agente del resultado económico de su empresa.

Obran en el proceso comunicaciones de MOVILTEL a COLOMBIA MÓVIL, de ésta a aquélla, actos administrativos sancionatorios con multas a COLOMBIA MÓVIL, recortes de prensa escrita, testimonios de Hugo Dicson Triana Nieto (folio 117), Carlos Pulgarín Ramírez (folio 101), Didier Alfonso Ruiz Lora (folio 21), Germán Alonso Cárdenas Lozano (folio 92), María Matilde Rodríguez (folio 57), informes de la propia Junta Directiva de 2003 que transcribe el perito Edgar Nieto & Asociados Limitada en las páginas 22 a 25, que permiten recoger y reconocer que las deficiencias anotadas en que incurrió la convocada dieron motivo para que, finalmente y antes del vencimiento del plazo negocial, el agente diera por terminado unilateralmente el contrato por justa causa, con sujeción en el artículo 1325 del Código de Comercio y en cláusula 10.1 del contrato de agencia comercial.

Por tanto, el Tribunal, frente a la pretensión **cuarta** de declaratoria de justa causa de terminación unilateral del contrato de agencia, considera que le asiste la razón a la convocante cuando decidió romper el nexo negocial que la ligaba con la sociedad demandada al comunicarle su decisión en ese sentido. Y en esa dirección ha de pronunciarse en la parte resolutive, con acogimiento de la **cuarta** pretensión.

### 2.3 La indemnización perseguida

Como consecuencia de la declaratoria de terminación unilateral del contrato de agencia comercial, la convocante se ampara en el artículo 1327 del Código de Comercio: *“Cuando el agente termine el contrato por causa justa provocada por el empresario, éste deberá pagar a aquel la indemnización prevista en el artículo 1324”*, y, a la vez, en lo dispuesto en este precepto en lo pertinente: *“Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una indemnización equitativa, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario”*. Y con base en esas disposiciones, solicita en la pretensión **quinta** que se declare la responsabilidad de la agenciada por todos los perjuicios causados por su incumplimiento y por las acciones y omisiones, incluyendo el lucro cesante, el daño emergente, las multas, la cláusula penal.

Igualmente pide en la pretensión **sexta** que se condene a COLOMBIA MÓVIL a pagarle *“... la suma de \$6.649.542.333.00 o la suma que resultare probada como indemnización de todos los perjuicios por daño emergente y lucro cesante causados a MOVILTEL S.A. por el incumplimiento contractual de la convocada COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP, que el monto de las condenas ha de cancelarse dentro del término que fije el laudo, con corrección monetaria o actualizado ...”*.

La pretensión **sexta** indemnizatoria la ubica la convocante, como se aprecia de los hechos de la demanda, por concepto del lucro cesante de las ventas perdidas, del lucro cesante de las ventas proyectadas desde el cierre de las operaciones hasta el vencimiento del plazo pactado, del lucro por pérdidas en las ventas de tarjetas prepago, reclamación por el no pago de la cesantía comercial derivada de la venta de tarjetas, lucro por incumplimiento en el porcentaje de descuento para el aliado

en ventas de tarjetas prepago, reclamación residual más la cesantía comercial por este concepto, inversiones no amortizadas, sanción por entrega de inmuebles arrendados, cláusula penal, comisiones pendientes de pago y por cobro injustificado de equipos.

El Tribunal encuentra probado algunos de los incumplimientos prestacionales pecuniarios que entiende no son de la gravedad exigida en el contrato ni en la ley y que están debidamente cuantificados con la prueba pericial practicada en el proceso por la firma Edgar Nieto & Asociados Limitada y que merece el reconocimiento de rigor, como se precisará más adelante.

Por otro lado, en la pretensión **octava** solicita la convocante que “...se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., a pagar a MOVILTEL S.A. además de las sumas causadas como comisión residual hasta la fecha de terminación del contrato, aquellas que se causen luego de la terminación del contrato y hasta el vencimiento de los 36 meses, según lo previsto en la cláusula 4.3, más la prestación especial del inciso 1 del artículo 1324 del Código de Comercio sobre dichas sumas”. Con esta pretensión, se persigue que se reconozca la **comisión residual** hasta la fecha de terminación del contrato que no se hubiere pagado por el agenciado y que según el dictamen del perito asciende a la suma de \$54.645.300 (página 58 del dictamen que obra en el C. de pruebas No. 6) y, además, las que se causen hasta el vencimiento de los 36 meses.

Según el dictamen del perito Edgar Nieto & Asociados de la suma anotada de \$54.645.300, por concepto comisión residual, COLOMBIA MOVIL acreditó el pago de \$50.269.631. En consecuencia, la agenciada convocada es deudora de la suma de \$4.375.669. En consecuencia, este valor deberá reconocerse en la parte resolutive del laudo a favor de MOVILTEL, con la correspondiente cesantía.

Convinieron las partes en la cláusula 4.3: “Con respecto a cada suscriptor activo, únicamente en planes pospago, Colombia Móvil pagará al Agente una comisión por cargo básico, equivalente a dos punto cinco por ciento (2.5%). La comisión se empezará a pagar a partir del sexto (6º) mes de suscripción del contrato por parte del usuario y tendrá una duración máxima de treinta y seis (36) meses a partir de su inicio”.

La cláusula transcrita tiene un claro componente que concierne con una comisión residual que el agenciado asumió en las particulares circunstancias allí anotadas. Y la convocante alega que COLOMBIA MÓVIL no le ha cubierto el monto total de esta especial prestación.

Empero, la convocante no se concreta, en la pretensión por comisión residual, a la suma que no le ha cancelado la agenciada durante el término de la ejecución sino que persigue que la comisión residual se extienda por las ventas hasta el cierre y por 36 meses y por las ventas desde el cierre de la agencia hasta el último día del contrato que generen comisión residual por 36 meses, a partir del sexto mes de haber sido vencida

El Tribunal no encuentra inconveniente en reconocer la comisión residual que facturara MOVILTEL a la agenciada en los términos de la cláusula 4.3 del contrato de agencia y que no le ha cancelado, mediante la operación sencilla como atrás se hizo de debitarle a la cantidad facturada la suma pagada que en los términos del dictamen. Es decir, COLOMBIA MÓVIL le adeuda a MOVILTEL por comisión residual la suma de \$4.375.669.

A la suma de dinero que adeuda MOVILTEL a COLOMBIA MÓVIL por concepto de la comisión residual fijada habrá de incluirse el factor conocido como cesantía comercial y que luego de la operación correspondiente asciende según el dictamen pericial contable a la suma de \$ 4.865.802. En consecuencia, por comisión residual debida más cesantía comercial, COLOMBIA MÓVIL deberá cancelar la cantidad de \$9.241.471.

El perito Edgar Nieto & Asociados señala en el dictamen (página 61): “... Según la comunicación suscrita por la Dirección Soporte a Ventas de Colombia Móvil del 26 de octubre y entregada en la inspección judicial llevada a cabo el 31 de octubre de 2006, en la exhibición de documentos de los requerimientos No. 2, 3 y 7, reportan \$33.168.817 pendientes de causar para pago por concepto de comisión residual por no haber sido facturada ni causada por parte de Movitel...”.

La cantidad de dinero que el Tribunal rechaza, para imponer condena, corresponde a la **restante reclamación por comisión residual** por cuanto se contrae a aspectos relacionados con el lucro cesante que no tienen cabida en la fijación de los perjuicios al no constituir daño alguno por cuanto, se insiste, MOVILTEL escogió el camino de la terminación del contrato por las acciones y omisiones del agenciado por tanto no le estaría permitido transitar por otro distinto sobre posibles ventas y por el restante plazo del contrato y sobre esas bases reclamar comisión residual. En otras palabras: el 2.5% de los cargos básicos se reconoce con sujeción a los planes vendidos y no a eventuales o posibles planes. No es dable, pues, pretender un lucro cesante por comisión residual por líneas que se hubiesen podido vender durante la ejecución del contrato hasta el cierre y por 36 meses de las últimas líneas o que se generen por líneas a vender después de la terminación del contrato.

Adicionalmente, no comparte el Tribunal el punto de la indemnización por lucro cesante que pretende la convocante por las supuestas pérdidas de las ventas durante la operación de MOVILTEL, del lucro cesante de las comisiones proyectadas para el restante tiempo o plazo del contrato, del lucro cesante por pérdidas en ventas de tarjeta prepago, por la reclamación residual más la cesantía comercial por este concepto y lucro por incumplimiento en el porcentaje para el aliado en ventas de tarjeta prepago, porque entiende que la causal que encuentra habilitada, para la terminación por justa causa, no concede esa posibilidad resarcitoria, por falta de directa o consecuente relación con el hecho determinante de la terminación unilateral. Si el convocante decidió romper el vínculo negocial, sin mantenerlo, es porque prefirió cesarlo que continuarlo, con posibilidades de haber sido inferior, igual o superior al monto de las comisiones o participaciones de la que gozaba al momento de la terminación, pues todo se centra en un campo de la especulación.

Por eso, se acerca el Tribunal a lo sostenido en el laudo proferido en el proceso arbitral de Comuníquese S.A. contra Colombia Móvil, en similar situación:

*“Ahora bien, en cuanto atañe a la exorbitante indemnización que por incumplimiento contractual pretende obtener la convocante, estimada en una cuantía que sobrepasa los \$8.000 millones, una vez más es preciso hacer hincapié en que, en esta materia, ha de procederse con cautela, ponderando todas las circunstancias del caso con sentido de justo equilibrio, tanto en lo que se refiere a la existencia misma del derecho al resarcimiento como al monto de este último, en la medida en que aquellas guarden consonancia con el sentido y el objeto de las respectivas pretensiones en cada caso deducidas, evitando de esta manera indebidos enriquecimientos.”*

*“En este orden de ideas, de acuerdo con la prueba producida en el curso de la instancia arbitral surtida, por su relevancia de cara al propósito que acaba de indicarse es de destacar en la especie de autos: (i) Que la sociedad convocante organizó su empresa únicamente en función de la operación del contrato de agencia comercial celebrado con la convocada, contrato que se extendió hasta el mes de agosto de 2006 y cuya terminación dio origen a la disolución y liquidación de dicha sociedad; (ii) Que la actividad de intermediación mercantil efectivamente llevada a cabo por esta última en interés de la compañía convocada durante la vigencia del contrato en mención, quedó suficientemente remunerada mediante el pago de*

*comisiones por activaciones en cuantía de \$9.875.545.351 según lo registra el dictamen de la perito Ana Matilde Cepeda; (iii) Que no obran elementos de juicio concluyentes en orden a tener por probado que aquella gestión adelantada por la convocante, después de terminado el contrato siga reportándole ventajas sustanciales a la convocada, valorables en cantidades ciertas; y por último, (iv) Que tampoco fluyen de la prueba argumentos demostrativos convincentes de que en realidad, como consecuencia de la extinción de la relación, se vio privada la convocante de ganar las cuantiosas sumas que reclama en concepto de lucro cesante, daño que es meramente conjetural puesto que se le hace derivar de proyecciones hipotéticas sobre el comportamiento del negocio en el futuro, tal y como lo hace ver en su dictamen el perito Jorge Torres Lozano (fls. 5 a 11 del C. 8 de Pruebas), dejando en claro que no era posible siquiera presuponer una tendencia creciente de ventas en la proporción allí proyectada, no habiendo de por medio canales adecuados de distribución, capacitación de la fuerza de ventas e importante posicionamiento de la marca, factores los anteriores que muestran claramente, en su dimensión objetivamente verificable, la extensión, importancia y volumen de la gestión de promoción adelantada por la sociedad convocante, y en consecuencia conducen a concluir que con arreglo a derecho, el interés resarcitorio en cuestión debe quedar satisfecho con el pago de la pena estipulada en la Cláusula Décima punto tres (10.3) del contrato, junto con el valor no amortizado de las inversiones y de las sanciones pagadas por la entrega de inmuebles arrendados, no así el del cobro de IQ por fraudes ni menos todavía el correspondiente a remuneraciones causadas por invasión de zona, habida cuenta que en el proceso no se establecieron circunstancias fácticas ciertas, comprobables en documentos o asientos contables fidedignos, que acrediten la existencia de tales detrimentos”. (Laudo de Comuníquese S.A. contra Colombia Móvil de fecha agosto 20 de 2008).*

En cambio, para el Tribunal sí procede la indemnización, que los mismos intervinientes negociales convinieron a manera de pena en la cláusula 10.3 del contrato de agencia, para aquellos casos de terminación unilateral del mismo a reconocerle a la parte que da origen a la cesación del negocio jurídico con justa causa: “ *En el evento en que cualquiera de las partes diere por terminado unilateralmente este contrato por las causales señaladas anteriormente, la parte que dio origen a la terminación deberá pagarle a la otra a título de pena, una suma de dinero equivalente a ochocientos salarios mínimos mensuales vigentes...*”.

Aunque en las pretensiones, en los puntos relacionados con la condena, el demandante no la hubiera concretado, el Tribunal aprecia, con todo, que sí está invocada y procede su estudio y decisión cuando adujo en la pretensión **quinta** que se declare que COLOMBIA MOVIL debe responder por la cláusula penal para respaldar su reconocimiento como una consecuencia sustancial de aquella declaración.

El reconocimiento resarcitorio, con ocasión de la terminación del contrato por justa causa, que se visualiza, tiene su fundamento en la misma previsión contractual tal como se desprende del texto transcrito pues, si existió la desatención del deber de confianza como exteriorización defectuosa del contrato, pertinente concluir que la parte incumplida indemnice el daño cuantificado anteladamente, en el mismo contrato, en dinero equivalente a ochocientos salarios mínimos legales mensuales vigentes, si la parte obligada a la indemnización sea la que da motivo a la terminación del contrato.

En consecuencia, para el Tribunal la indemnización a reconocerle a la sociedad convocante es la suma de dinero que resulta de aplicar la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial y que asciende, de conformidad con el dictamen pericial contable de Edgar Nieto & Asociados Limitada, a la suma de \$305.200.000, que corresponde a 800 SLMMV de 2005 a razón de \$381.500 cada uno.

De igual manera, el Tribunal se detiene en los otros factores indemnizatorios invocados por la sociedad convocante e incluidos en la pretensión **sexta**, a saber:

### **1. Reclamación de cesantía**

El demandante reclama la llamada cesantía comercial derivada de la venta de tarjetas enfrentándose a lo dispuesto en la cláusula 4.2 del contrato de agencia que fijaba las comisiones del agente incluyendo en ellas la cesantía para las distintas activaciones, pero no para la venta de tarjetas prepago.

El Tribunal considera que le asiste el derecho al agente de solicitar que se le pague la cesantía comercial, negada con apoyo en la causal 4.2 referida del contrato, por cuanto esta prestación encaja en la agencia comercial como uno de los componentes del negocio. Es decir, no se puede aceptar, con pretexto del principio de la autonomía de la voluntad, la prevalencia de la estipulación contractual sobre la norma legal respecto del contrato de agencia que en este punto tiene un carácter de orden público, como lo ha reconocido la doctrina jurisprudencial.

Precisamente se sostuvo en el laudo del proceso arbitral de PCS contra COLOMBIA MÓVIL: *“...considera este Tribunal que en el caso sublite, como ya quedó estudiado, se encuentra regulado dentro del contrato de Agencia Mercantil la venta de las llamadas tarjetas prepago, quiere decir ello que expresamente las partes ampliaron el régimen legal de la Agencia Comercial a esta modalidad de compraventa, y en consecuencia, son aplicables a ella efectos como el pago por parte del empresario al agente, de una suma equivalente a una doceava parte del promedio de la utilidad en las tarjetas prepago, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 1324 del C. de Co.”*. Entonces, se reconocerá en la parte resolutive de este laudo la suma de \$69.885.482, de conformidad con la liquidación realizada por el perito Edgar Nieto & Asociados (página 71 del dictamen, cuaderno de pruebas 6), por el concepto prestacional en comentario.

### **2. Inversiones no amortizadas**

En verdad, el convocante no identifica este punto de la pretensión; se limitó a enunciarlo y a señalar la suma de \$66.894.046 por ese concepto. Con todo, no se aprecia prueba alguna que apunte a demostrar las inversiones tampoco la amortización.

### **3. Sanción por entrega de inmuebles**

Aduce la convocante que por haber entregado los inmuebles donde funcionaban los locales o tiendas se vio compelido a pagar la suma de \$12.645.768 a los arrendadores como sanción por la entrega. Sin embargo, no se aprecia en el proceso prueba que acredite este aserto.

### **4. Por comisiones pendientes de pago**

En la demanda, MOVILTEL pretende la suma de \$71.467.600 por concepto de comisiones no pagadas. Y esta cantidad coincide con los valores que en igual sentido se anotan en los dos estudios o conceptos que el mismo convocante aportó, es decir de Carlos Pulgarín y de la sociedad Finanzas y Estrategias S.A. (folios 376 y siguientes del C. de Pruebas 1). En el alegato de conclusión esa misma parte reitera la suma de \$71.467.600. Por otro lado, en el dictamen del perito Edgar Nieto & Asociados anota por comisiones pendientes a favor de MOVILTEL dos cantidades distintas inclinándose en el dictamen de aclaración por el segundo: con base en pagos netos de extracto contable del acreedor, el

perito señala, primero, la suma de \$1.832.300.547, y luego con apoyo en pagos brutos reportados en inspección judicial la suma de \$780.760.114 (página 60). Y el mismo perito Edgar Nieto & Asociados en su escrito de aclaración (página 38) precisa: “Los dos resultados...el pago de las comisiones”.

Y en el escrito de aclaraciones, también destaca el dictamen, en la página 43: “*Acorde con la respuesta dada a la pregunta No. 10 del cuestionario de aclaraciones y complementaciones, formulada por la parte convocante respecto a la pregunta II-6, la cifra de \$548.785.165 es la más razonable, por haberse podido verificar los pagos efectuados por comisiones a Movitel S.A. contra los registros contables de Colombia Móvil S.A. (ver anexo No.9)...*”.

Es más. En el dictamen pericial se hace esta apreciación: “*Según los registros que figuran en el Estado de Cuenta del Acreedor 2055-Movitel, los valores causados (se entienden por comisiones) están pagados y por tanto no presentan saldo por pagar*”.

Ante las contradicciones que se observan sobre la cuantificación del monto de las comisiones pendientes de pago a favor de MOVILTEL, que, en verdad, son poco concluyentes para acoger cualquiera de ellas, el Tribunal considera que la suma a reconocerle a la convocante por el mencionado concepto, para mantener una línea congruente, es aquella que señaló en la demanda y en el resumen indemnizatorio del alegato de conclusión, esto es la suma de \$71.467.600, que debidamente actualizada a la fecha de este Laudo asciende a \$86.926.029.

## **5. Cobro injustificado de equipos, descontados de comisiones.**

En verdad, esta reclamación indemnizatoria no encuentra respaldo probatorio en el proceso, puesto que no se allegó ninguna clase de medio demostrativo que permita precisar y cuantificar el punto del cobro injustificado de equipos.

## **6. Otras pretensiones**

### **6.1 Multa**

En las pretensiones de la convocante, ésta invocó por separado, en la **séptima** de la demanda, que “*...se condene a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a pagar a favor de MOVILTEL el valor de la multa establecida en el numeral 11.2 de la cláusula 11º. del contrato, equivalente a tres (3) salarios mínimos legales vigentes por cada día de retardo, a partir del 1 de abril de 2004 y hasta la fecha en que adquiera ejecutoria el laudo arbitral que ponga fin a la situación, o hasta la fecha que se determine en el laudo*”. La consagración de la multa diaria tiene su explicación al pretender sancionar a la parte que retarda el cumplimiento de deberes contractuales, como dispone en lo pertinente la cláusula 11.2 del contrato: “*En caso de presentarse un incumplimiento por parte de una de las partes de cualquiera de sus obligaciones legales o contractuales para con la otra parte, deberá pagar a ésta, a título de multa o sanción por cada día de retardo, una suma equivalente a tres salarios mínimos legales (3SMLV)*”.

La multa, entonces, tiene una perspectiva sustancial cierta: convertirse en un instrumento de apremio para el cumplimiento de las obligaciones negociales, que como es obvio se impone durante la ejecución del contrato. Por eso, si se persigue, como en el caso bajo estudio, que se condene al pago de cualquier la sanción económica civil, con apoyo en la cláusula 11.2, la reclamación ha debido formularse o plantearse en el transcurso del desarrollo del agenciamiento y no luego de terminado el contrato.

En ese orden de ideas, la pretensión **séptima** de pago de multa ha de rechazarse por no ser procedente en los términos planteados por la sociedad convocante.

## 6.2. Comisión adicional

También demanda la convocante el pago de **comisión adicional** de tres puntos de descuento sobre tarjeta de prepago, con apoyo en una comunicación electrónica que en los siguientes términos enviara un funcionario de COLOMBIA MÓVIL a MOVILTEL: *“Para el negocio de tarjetas prepago ha sido autorizado por Presidencia el incremento del descuento al 18%y adicionalmente un 2% por cumplimiento de meta. (...) Esta semana les estaremos informando como debemos oficializar en los contratos esta nueva condición.”*

Las partes en el contrato, cláusula **cuarta**, establecieron el régimen de remuneración a favor de MOVILTEL a través de activaciones, montos, prepago de cesantía tanto para los primeros seis meses como para los restantes meses de ejecución. De esta manera, quedaba en principio convenido el punto de la prestación a que las partes debían someter su relación de agenciamiento.

Pues bien, el Tribunal considera que la comisión, que MOVILTEL califica de adicional, no es el resultado de un acuerdo de voluntades como tiene que ser para reconocerle fuerza sustancial modificatoria en ese aspecto obligacional, sino la manifestación de un funcionario por medio de un correo electrónico que no tenía la calidad de comprometer a COLOMBIA MÓVIL o, por lo menos, no se demostró la calidad requerida. Todo lo contrario, reposan en el proceso manifestaciones o constancias que desvirtúan el contenido vinculante de la nota en comento.

En efecto, aparece en el dictamen del perito contable: *“Como se aprecia el incremento se encontraba condicionado a ser oficializado en los contratos, situación que no se evidenció. Es importante también reiterar que en el Acta No. 21 de la Junta Directiva de Colombia Móvil S.A. ESP llevada a cabo el 28 de julio de 2004, en el punto referente a REALIZAR AJUSTES A COMISIONES AGENTES COMERCIALES se señala lo siguiente: (.) `La Junta Directiva de Colombia Móvil, solicita revisar el estudio, ya que se encuentra inconsistencia en las cifras que lo sustentan, y por lo tanto resuelve por unanimidad no aprobar la solicitud, hasta tanto la Vicepresidencia de Clientes sustente en debida forma el impacto sobre Colombia Móvil”.*

## 2.2 LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

### 2.2.1 De terminación sin justa causa

La sociedad demandada COLOMBIA MOVIL propuso demanda de reconvencción para que se declarara, en la pretensión **primera**, que MOVILTEL dio por terminado sin justa causa el contrato de agencia comercial celebrado el 17 de octubre de 2003.

El Tribunal simplifica o reduce el análisis de la pretensión **primera** con fundamento en lo estudiado, advertido y concluido alrededor de la terminación unilateral del contrato por parte de MOVILTEL y que ésta consideró con causa justa. Ciertamente, sentadas las consideraciones sobre la legalidad de la terminación unilateral, la pretensión de declaratoria de que fue injusta no se abre paso, por la elemental razón de la apreciación sobre la legalidad de la decisión de la reconvenida de cesar el contrato de



agencia por la incursión en acciones u omisiones por parte de COLOMBIA MÓVIL que afectaron el interés económico del agente.

### 2.2.2 De incumplimiento del contrato

Solicita la reconviniente, en la pretensión **segunda**, que se declare que MOVILTEL incumplió el contrato de agencia comercial descrito “*en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvención*”.

Plantea COLOMBIA MÓVIL los incumplimientos de MOVILTEL en los hechos indicados en el escrito de demanda, a saber: deuda por cartera en general, cierre de tiendas sin consultar los intereses del agenciado, negligencia causante de fraudes en el proceso de venta, desabastecimiento en la zona de tarjetas prepago, cierre total de operaciones, descuentos y penalizaciones. Y en el alegato de conclusión a manera de conclusión la convocada y demandante en reconvención anota sobre el incumplimiento en el pago de las sumas adeudadas “... *por concepto de cartera de equipos, sim cards y tarjetas prepago; fraude, cláusula penal prevista en la cláusula 10.3; el lucro cesante dejado de percibir por Colombia Móvil y las costas y gastos ...*”.

Ciertamente, MOVILTEL durante la ejecución del contrato no pagó la totalidad del precio de los equipos suministrados por COLOMBIA MÓVIL, como está señalado en el dictamen pericial de Edgar Nieto & Asociados Limitada cuando afirma, con la inclusión de otros factores: “*En conclusión a la fecha de corte de la auditoría, esto es el 31 de octubre de 2004, el valor adeudado por MOVILTEL S.A. a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP de \$403.039.656.00*” (página 199). Sin embargo, en el mismo dictamen el perito incorpora otros valores también por distintos conceptos: \$301.602.205 de capital, que, actualizada con los rendimientos de intereses (\$26.913.564), para una suma total de \$328.515.769 (página 154). Sin embargo en lo que concierne con el no pago de equipos en la mencionada experticia se señala la suma de \$54.800.578. Y como quiera que no obra en el expediente otra prueba que infirme esta última apreciación recogida por el perito de los libros de contabilidad de COLOMBIA MÓVIL, el Tribunal acoge la mencionada suma de dinero como el monto debido por MOVILTEL, por concepto de equipos entregados por COLOMBIA MÓVIL y no pagados por aquél, que debidamente actualizada a la fecha del presente laudo asciende a un total de \$66.653.933.

Del mismo modo, en el dictamen de Edgar Nieto & Asociados se aprecia que MOVILTEL a la terminación del contrato debía por concepto de tarjetas prepago la suma de \$115.347.484 de capital y \$18.542.864 de actualización, para un total de \$133.890.348, información recogida igualmente de los libros de contabilidad. Para el Tribunal estos valores constituyen elementos de apreciación indispensables para concluir que la pretensión de COLOMBIA MÓVIL tiene fundamento y asidero probatorio y, por consiguiente, deberá reconocerse en la parte resolutive de este laudo.

En cuanto a la pretensión de reconocimiento económico por concepto de fraude, descuentos y penalizaciones, el Tribunal se ocupará de manera específica de estos aspectos más adelante.

Entonces, advertido por el Tribunal la existencia de las deudas a cargo de la reconvenida, al mismo tiempo considera que los incumplimientos que se originaron y señalados precedentemente no son de la gravedad que inspiró el contrato para su incorporación, puesto que, en gran parte, se produjeron por los inconvenientes de manejo de las informaciones y cuentas para liquidar las comisiones, de pago de equipos, de consumos, sin incidencia determinante en el desarrollo de la agencia mercantil.

Como se sabe, la calificación de la gravedad del incumplimiento fue prevista por las partes dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad al momento de convenir con la terminación anticipada del

contrato por justa causa. Dice la cláusula 10.2 del contrato: “Por iniciativa de Colombia Móvil.- En cualquiera de los eventos establecidos como justas causas para ello por el Código de Comercio, o en el evento contemplado en el numeral 3.2 del presente contrato ... Igualmente, las partes acuerdan que, entre otras, constituyen un grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones del Agente cualquiera de las situaciones que se indican a continuación, las que por consiguiente constituyen justa causa para dar por terminado este Contrato (sin que para ello Colombia Móvil quede obligada a pagar o reconocer multa o indemnización alguna), de conformidad con los literales a) y b) del artículo 1.325 del Código de Comercio ...”.

Al estar demostrada la deuda de MOVILTEL con COLOMBIA MÓVIL, el Tribunal ordenará, en la parte resolutive de este laudo, lo pertinente en la cantidad probada en el proceso, sin lucro cesante como se solicita en la pretensión **tercera**, que al no ser de la gravedad que denuncia la reconviniente es de sentarse o admitirse esta conclusión. Claro que esta conclusión no impide el reconocimiento de **los intereses por las sumas debidas por MOVILTEL, en lo pertinente**.

Además, se está en presencia de un evento de incumplimiento recíproco de los contratantes ya que COLOMBIA MÓVIL también es deudora de prestaciones como se expuso en su oportunidad, que cerraría el espacio para pretender la reclamación de lucro cesante.

Para la agenciada reconviniente, MOVILTEL incumplió otras obligaciones que identifica más como motivo o causa de terminación del contrato de agencia, así: por el cierre de tiendas, por concepto de dotación de equipos, desabastecimiento de zona, por póliza de seguros, por fraudes. El Tribunal para guardar coherencia, procede al estudio de cada uno de los incumplimientos aducidos por la agenciada COLOMBIA MÓVIL, a pesar de que no todos conducen a reconocimiento pecuniario, pero sí, se insiste, para saber si se produjeron las desatenciones alegadas en la demanda de reconvencción.

### **1. Cierre de tiendas**

No hay duda alguna, MOVILTEL tuvo, como agente, que cerrar las tiendas, pero ese hecho se produjo con ocasión de la terminación unilateral del contrato que, como tantas veces se ha dicho, fue con justa causa. En el dictamen pericial de Edgar Nieto & Asociados se corrobora que MOVILTEL cerró el 31 de octubre las cinco tiendas que había instalado para los efectos del desarrollo de la agencia. Entonces, mal se le puede enrostrar al agente cierre injustificado de tiendas cuando el proceder estuvo ajustado a razones de derecho.

### **2. Desabastecimiento de zona**

No es claro este reproche de la agenciada, pues si en determinado momento no se dieron las circunstancias para mantener abastecido de tarjetas el mercado por el agente, en buena parte obedeció a las dificultades en la entrega de las mismas, mas no como lo presenta la sociedad agenciada, por atraso en el pago de la cartera. Y si el punto que se mira gira alrededor de la terminación del contrato, desaparece por completo la inconformidad.

### **3. Póliza de Seguros**

En la cláusula Décima Segunda del contrato de agencia comercial bajo estudio se convino que el agente se obligaba a presentar a su costa y por su cuenta y riesgo la póliza para garantizar los amparos que allí se establecieron. Pero el hecho que no se hubiera renovado antes de la terminación del contrato

en nada incidió, o por lo menos no está demostrado, en la ejecución y desarrollo del agenciamiento mercantil.

#### 4. Fraude y penalizaciones

En el alegato de conclusión la agenciada se refiere “... al incumplimiento derivado de las deficiencias presentadas en la calidad de la venta y gestión documentaria”, pero en la demanda de reconvención plantea el tema como fraude por parte de los usuarios por la gestión del agente. Si se tiene en cuenta el mandato de la cláusula 3.5 del contrato en la que se convino el proceso de aceptación de los contratos para la prestación de los servicios, se puede entender que la agenciada contaba con medios o instrumentos para evitar cualquier acto o hecho fraudulento de los usuarios, bajo el supuesto de que cualquier irregularidad en la gestión no podía ser motivo para calificar de fraudes. Por otro lado, las partes previeron las consecuencias por la incursión en fraude al consagrar, en la cláusula 4.4, la manera de reprocharlo o sancionarlo, mediante descuentos respecto de dichos actos, que tampoco en su oportunidad contractual hizo efectivos la agenciada.

En verdad, no resulta explicable que COLOMBIA MÓVIL, solamente después de terminado el contrato intente reclamar, arguyendo fraude, que se hagan descuentos o se impongan penalizaciones, tiempo después de una ejecución del contrato sin puntuales y oportunas exigencias sobre el particular que hace pensar desinterés en manifestaciones de inconformidad.

Por lo dicho, no se accederá a condena alguna por fraude, descuentos o penalizaciones que se aducen en la demanda de reconvención.

#### 5. Otras pretensiones de la demanda de reconvención

En la pretensión **cuarta** COLOMBIA MÓVIL solicita que se le reconozcan y cancelen las sumas de dinero que ahí señala o las que se prueben en el proceso, descompuestas en los siguientes conceptos y valores:

- a. *“La suma de CIENTO NOVENTA Y SEIS MILLONES TRESCIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL TRESCIENTOS CINCO PESOS (\$196.354.305.00 M/C), o la mayor o menor que quede demostrada en el proceso, por concepto de cartera adeudada por MOVILTEL S.A. a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., a veintiuno (21) de junio de 2006. Las sumas discriminadas por este concepto que incluyen, según el caso, IVA del 16% e intereses se presentan a continuación:*

<b>Concepto</b>	<b>Valor</b>
<i>Equipos y otros</i>	<i>\$61.491.764,00</i>
<i>Tarjetas Prepago</i>	<i>\$134.404.305,00</i>
<b>Consumo</b>	<b>\$458.236,00</b>
<b>Total</b>	<b>\$196.354.305.00</b>

- b. *“Por concepto de descuentos y penalizaciones, la suma total de CUATROCIENTOS SETENTA Y CINCO MILLONES CIENTO VEINTICINCO MIL QUINIENTOS TREINTA PESOS (\$475.125.530,00), o la mayor o menor que se establezca en el proceso, la cual se causa por los siguientes conceptos: i) Fraude – subsidios, comisión y consumo - la suma de*

*\$134.033.303,00; ii) Líneas que no generaron consumo – se penaliza subsidio y comisión – la suma de \$330.420.227,00 y; iii) Churn por valor de \$10.672.000,00.”*

Del mismo modo, pretende COLOMBIA MÓVIL que se condene a MOVILTEL al pago de **la cláusula penal** pactada en el contrato, equivalente a 800 salarios mínimos legales mensuales.

En precedencia se ocupó el Tribunal del tema de la cláusula penal al abordar los incumplimientos alegados por MOVILTEL y concluyó que procedía su reconocimiento, no por los incumplimientos prestacionales pecuniarios, sino por las acciones y omisiones que condujeron a la agenciada a incurrir en una ejecución defectuosa del contrato, como causa justa de terminación. Y de conformidad con la previsión de la pena, cláusula 10.3, ésta se desarrolla y aplica cuando cualquiera de las partes diere por terminado el contrato unilateralmente con justa causa e imputable al otro contratante.

Siendo entonces que la terminación unilateral del contrato fue por justa causa por parte del agente, significa que la pretensión de pago de la cláusula penal por la agenciada no procede al establecerse en el contrato (10.3) que esta pena, para su reconocimiento requiere, no sólo del incumplimiento negocial sino que la terminación provenga de motivo injusto, porque como reza en el contrato y se transcribe nuevamente: “...*En el evento en que cualquiera de las partes diere por terminado unilateralmente este contrato por las causales señaladas anteriormente, la parte que dio origen a la terminación deberá pagarle a la otra a título de pena, una suma de dinero equivalente a ochocientos salarios mínimos legales mensuales ...*”.

Igualmente, se ha de desestimar la pretensión contenida en el **literal d** de la pretensión **cuarta** de la demanda de reconvencción por concepto de daños y perjuicios causados por MOVILTEL “... *correspondiente a todas las sumas de dinero dejadas de percibir por Colombia Móvil merced al incumplimiento de la sociedad convocada, además de los perjuicios, causadas hasta la fecha de terminación del contrato*”.

En torno a lo primero, ya se expuso que habría que reconocerle a la reconviniente unos valores por los conceptos señalados. Empero, no se podrá acceder en lo que concierne con los perjuicios hasta la fecha del plazo de duración del contrato en cuanto a que se produjo la extinción a partir del 1 de noviembre de 2005 por causa justificada. Es decir, no es viable ampliar el espacio de ejecución para incluir en él reclamación de perjuicios después de la terminación ajustada a la ley y al contrato.

### **III. EXCEPCIONES.**

El Tribunal procede a estudiar en un mismo cuerpo las excepciones propuestas por la convocada contra la demanda principal y por la convocante frente a la demanda de reconvencción. Particularmente la que concierne con la de contrato no cumplido.

#### **1. Excepciones de la parte convocada.**

Formuló la demanda un pliego de medios de defensa a saber: “*de excepción de contrato no cumplido; no puede usarse el desbordado éxito logrado por Colombia Móvil al inicio de la ejecución del contrato de agencia comercial como causal de incumplimiento; la insuficiencia temporal de inventario de Colombia Móvil no constituye incumplimiento contractual; el simple hecho de que el contrato no sea igual de exitoso durante toda su ejecución no legitima para darlo por terminado y menos para*

*alegar incumplimiento del agenciado; los riesgos de la actividad que desarrolla el agente los corre el agenciado; ruptura ilegal y anticipada del contrato; inexistencia del ejercicio de conductas de presión”.*

Adviértase que no todas las excepciones propuestas por la convocada tienen la categoría o característica de medios de defensa puesto que la gran mayoría de los enunciados obedecen a planteamientos o cuestionamientos puntuales de circunstancias fácticas sin posibilidades de restarle fundamento a las pretensiones de la convocante. Además, en líneas generales están respondidas con las motivaciones y conclusiones a las que llegó el Tribunal en el estudio de las pretensiones. Por eso, el Tribunal se ha de ocupar sólo de la excepción de contrato no cumplido por reunir la forma de un medio de defensa. Se insiste, se hará al mismo tiempo el pronunciamiento de la excepción de contrato no cumplido propuesta por la entidad convocante en relación con la demanda de reconvención, por la comunidad legal y doctrinal aplicable.

## **2.1 Excepción de contrato no cumplido – exceptio non adimpleti contractus.**

La Convocada, en su alegato de conclusión se refiere a la procedencia de la excepción en los siguientes términos:

*“Pues bien, resulta que aún en el hipotético evento que Colombia Móvil fuera encontrada responsable de algún tipo de incumplimiento a sus obligaciones contractuales, la reclamación por perjuicios de Movitel resulta igualmente improcedente pues en ese caso estaríamos frente a un incumplimiento recíproco, porque está plenamente demostrado que la sociedad convocante incumplió de manera grave sus obligaciones, caso en el cual no le es posible reclamar la indemnización de perjuicios simple y llanamente porque así lo prevé el Art. 1609 del Código Civil. De encontrar el Tribunal responsable a ambas partes por incumplimiento a sus obligaciones contractuales la norma citada es la aplicable al caso y por ello, insistimos, los perjuicios reclamados por el agente no son de recibo.”*

Por su parte la Convocante solicita sea desatendida la excepción propuesta por la Convocada, así:

*“En adición al escrito por medio del cual se descorrió el traslado de las excepciones de mérito y una vez surtida la etapa probatoria se puede afirmar con toda certeza que resulta descartado el planteamiento de esta excepción, teniendo en cuenta que de acuerdo con las cláusulas del contrato de agencia, específicamente de la tantas veces citada cláusula 4.5., era Colombia Móvil la encargada de suministrar al agente la información veraz y oportuna para que éste realizara la facturación correspondiente, lo cual no hizo pues desde el primer mes de operaciones Colombia Móvil incumplió esta obligación, así lo reconoció su representante legal en el interrogatorio de parte.*

*“No le asiste razón a la convocada cuando invoca esta excepción, pues de un simple recuento cronológico de las transacciones que eran objeto del contrato, emerge con toda claridad que quien primero incumplió sus obligaciones fue COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP originando con ello todos los traumatismos que afectaron el normal desarrollo del contrato, así lo comprueba el dictamen pericial cuando allí se afirma que solo se enviaron 43% del total de reportes quincenales y eso de manera extemporánea.*

*“Sorprende por lo absurdo, el argumento de la convocada en cuanto al incumplimiento del contrato por parte de MOVILTEL S.A., pues antes de la demanda, COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP nunca requirió a la demandante por los presuntos incumplimientos como sí ocurrió por*

*parte de MOVILTEL S.A., quien en múltiples comunicaciones requirió a la convocada para que diera cumplimiento a las estipulaciones contractuales, según consta en los numerosos documentos aportados en tal sentido.*

*“En consecuencia esta excepción debe ser desestimada por cuanto la convocada trata de excusar su incumplimiento en un presunto incumplimiento de la contraparte, pero resulta evidente con el caudal probatorio aportado que los errores e incumplimientos de Colombia Móvil S.A. ESP. fueron patentes y llegaron a ser de conocimiento general convirtiéndose en hechos notorios, además de confesados”.*

El Ministerio Público, por su parte, en su concepto, se refirió a este tema y concretamente dijo:

*“Así las cosas sugiero la prosperidad de la excepción de contrato no cumplido y que las sumas de dinero que estén acreditadas en el proceso que deban las partes, se proceda a su pago con los intereses de mora respectivos, si a ello hay lugar.”*

El artículo 1609 del C. C., establece la excepción de contrato no cumplido y sus requisitos, en los siguientes términos:

*“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.*

La Corte Suprema de Justicia<sup>14</sup>, siguiendo a la doctrina chilena<sup>15</sup>, después de sentar como base de la excepción la equidad, ha consagrado para que la excepción prospere tres requisitos a saber:

- Que entre las partes exista relación contractual de la que se deriven obligaciones bilaterales, es decir que tanto el demandante como el demandado sean efectivamente deudores y acreedores de una o más prestaciones y contraprestaciones, surgidas de su vínculo obligacional, prestaciones que pueden ser de ejecución inmediata o sucesiva.
- Que quien interpone la excepción no sea quien deba cumplir primero con su prestación o sus prestaciones.<sup>16</sup>
- Que quien la alega actúe de buena fe.

La hipótesis fáctica que se presenta en el caso *sub lite* es que la demandada COLOMBIA MÓVIL incumplió primero sus obligaciones al incurrir como ya se expuso en acciones y omisiones que afectaron el interés de la sociedad demandante MOVILTEL y así se reconocerá en la parte resolutive. Sin embargo, ha de aceptarse que también se produjo durante la ejecución del contrato incumplimiento recíproco de índole pecuniario, tal como se sostuvo en pasadas líneas.

## **2. Las excepciones de la convocante y convocada en reconvencción.**

---

<sup>14</sup> Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 11 de octubre de 1977.

Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 1973.

<sup>15</sup> Claro Solar, Luis. Explicaciones de Derecho Civil Chileno, Tomo XI, No. 1728, pag. 786.

En similar sentido, Alessandri Rodríguez, Arturo y Somarriva Undurraga, Manuel, Curso de Derecho Civil, Tomo III, pag. 213.

<sup>16</sup> *Ibidem*.

Frente a la demanda de reconvencción de COLOMBIA MÓVIL propuso MOVILTEL las excepciones que calificó de *“Inexistencia de causa legítima para demandar; mora de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP en recibir; nemo auditur propriam turpitudinem allegans; de prescripción y de excepción de contrato no cumplido”*.

La demandante en reconvencción al referirse en el alegato de conclusión a esta última excepción presentada por ella, afirma:

*“Toda vez que COLOMBIA MOVIL S.A. ESP no ha cumplido a cabalidad sus obligaciones contractuales para con el agente, llevándolo a una situación de iliquidez total que le ha impedido compensar las menores sumas que eventualmente resultaren a favor de COLOMBIA MÓVIL, no se puede afirmar que el agente esté en mora de cumplir obligación alguna”*

#### **IV. OBJECIONES AL DICTAMEN PERICIAL CONTABLE**

Dentro de la oportunidad procesal respectiva la parte convocante formuló objeciones al dictamen pericial contable presentado por Edgar Nieto & Asociados Ltda. Incluso el objetante, para demostrar los errores, solicitó otra prueba pericial, decretada en su momento y practicada por Eduardo Jiménez Ramirez.

En síntesis, para el objetante en el dictamen el perito no tuvo en cuenta lo solicitado en el escrito de pruebas por él presentado en la pregunta No. 3, con distorsión de los cálculos respectivos. Además, que los cálculos se hicieron sobre una tendencia lineal decreciente cuando ha debido rendirse con una tendencia exponencial creciente, cuestionando la metodología aplicada en la experticia.

También reprocha el objetante la construcción de ecuaciones o gráficas. E insiste en la asunción de una tendencia distinta a la que aquél considera aplicable.

Es cierto que el estatuto adjetivo no identifica lo que debe entenderse por error grave, pero, en cambio, si deja la expresa exigencia que debe ser determinante en las apreciaciones del experto. Sin embargo, la doctrina de autores y jurisprudencial trata de fijar algunas nociones de lo que debe aproximarse conceptualmente al error grave en un dictamen de peritos.

Se puede decir que el error grave es aquel que contraría la verdad en el momento en que el experto aprecia los hechos con evidentes desconformidades o desaciertos o con falsas conclusiones. En todo caso, los elementos que aprecia el perito para su verificación deben estar revestidos de verificación de las calidades y atributos.

No puede afirmarse que existe error grave si se objeta el dictamen mediando sólo apreciaciones subjetivas o personales del objetante. No es una simple postura de contradicción a la experticia sino suficiente para concluir en la falsa apreciación de los hechos, de las calidades o de los atributos sometidos a su verificación.

En realidad, el objetante no incursiona en nada distinto sino en sus propias percepciones de los hechos o de sus aspiraciones; la formulación que exterioriza en su escrito de objeción de inconformidad es con la visión personal y no técnica contable, pues tanto el perito inicial como el que fuera designado para apreciar las objeciones fueron concidentes en las consideraciones en que se duele el peticionario.

Además, los puntos que el convocante objeta por error grave en nada inciden en las conclusiones y determinaciones del Tribunal, como se puede verificar con las consideraciones expuestas anteriormente.

#### **V. COSTAS.**

Como quedó reseñado en los antecedentes de este debate arbitral, tanto en la demanda principal como en la de reconvencción se pidió condena en costas a la parte recíprocamente contraria. Pretensiones novena y quinta respectivamente.

Según el Código de Procedimiento Civil, artículo 392, procede la imposición de condena en costas a la parte que resulte vencida. Sin embargo, deja abierta ese precepto, en el numeral 6, una excepción para el caso en que la demanda no prospere en su totalidad, o sea que el éxito de las pretensiones siendo parcial, deja un margen de medición de la condena en costas también en forma parcial si existe fundamento para ello.

Sin embargo, el Tribunal considera que ninguna de las partes alcanzó la plenitud de las pretensiones, aunque se produce reconocimiento de recíproco de prestaciones y, por consiguiente, no hay fundamento para el reconocimiento de costas y agencias.

Por último, el Tribunal estima pertinente advertir la actitud o el desinterés de la parte convocante MOVILTEL en lo que concierne con los honorarios de los peritos en las sumas de dinero a su cargo, en cuanto hasta el momento de este laudo no los ha cubierto a los peritos EDGAR NIETO & ASOCIADOS LIMITADA y EDUARDO JIMÉNEZ RAMIREZ: \$10.000.000 y \$20.000.000, respectivamente, siendo por consiguiente deudora de esos valores dinerarios.

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y gastos”, se ordenará su devolución a las partes si a ello hubiere lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado **en un 100% por ciento por la parte convocante.**

#### **VI. DECISIÓN**

Como consecuencia de las anteriores consideraciones y conclusiones, el Tribunal de Arbitramento constituido para decidir en derecho las diferencias surgidas entre MOVILTEL S.A., por una parte, y COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., por la otra, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

#### **RESUELVE**

**PRIMERA.-** Rechazar la objeción por error grave propuesta por la convocante MOVILTEL S.A. contra el dictamen contable presentado por Edgar Nieto & Asociados Limitada

**SEGUNDA.-** Declarar imprósperas las excepciones propuestas por COLOMBIA MÓVIL S.A, ESP, contra la demanda principal de MOVILTEL S. A., por las razones esgrimidas en la parte motiva de este laudo.



**TERCERA.-** Declarar que entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y MOVILTEL S.A. se celebró contrato de agencia comercial el 15 de noviembre de 2003 con vigencia hasta el 15 de noviembre de 2006.

**CUARTA.-** Declarar que el contrato de agencia comercial celebrado entre COLOMBIA MÓVIL S.A. y MOVILTEL S.A., fue **incumplido** de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., por haber incurrido en acciones y omisiones que afectaron los intereses del agente, según lo analizado en la parte motiva de este laudo.

**QUINTA.-** Declarar que la terminación unilateral del contrato por parte de MOVILTEL S.A., a partir del 1 de noviembre de 2005, fue con justa causa debido a incumplimiento por las acciones y omisiones de la demandada COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., que afectaron gravemente los intereses del agente.

**SEXTA.-** Declarar como consecuencia de lo anterior que COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., es responsable ante MOVILTEL S.A., por los perjuicios causados, por las acciones y omisiones en los términos expuestos en la parte motiva de este laudo.

**SÉPTIMA.-** Condenar, como consecuencia de la declaración anterior, a COLOMBIA MOVIL S.A. E.S.P., a pagarle a MOVILTEL S. A., **la suma de \$305.200.000 de pena indemnizatoria**, prevista en la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial, dentro de los diez (10) siguientes de ejecutoria, con intereses de mora a partir de este momento a la más alta tasa del mercado y hasta cuando se verifique el pago.

**OCTAVA.-** Condenar a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP., a pagar a favor de MOVILTEL S.A., dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo, la suma que le adeuda con motivo de la ejecución del contrato por los siguientes conceptos: a. **Cesantía comercial sobre comisiones de tarjetas: \$69.885.482;** b. **Comisión residual y cesantía \$9.241.471;** c. **Comisiones pendientes actualizadas \$86.926.029, para un total de \$166.052.982,** con intereses del mora a la tasa más alta del mercado a partir de aquel plazo y hasta cuando se verifique el pago.

**NOVENA.-** Negar las restantes pretensiones de la convocante MOVILTEL S.A.

**DÉCIMA.-** Declarar próspera la excepción de contrato no cumplido formulada por MOVILTEL S.A., contra la demanda de reconvenición de COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP. y desestimar las restantes excepciones.

**DÉCIMA PRIMERA.-** Declarar que el contrato de agencia comercial celebrado entre COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP y MOVILTEL S.A de 15 de noviembre de 2003 terminó por justa causa debido al incumplimiento del agenciado COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP como se expuso en la parte motiva de este laudo.

**DECIMA SEGUNDA.-** Declarar que la sociedad MOVILTEL S.A no incumplió gravemente el contrato de agencia comercial descrito, en la forma y términos precisados en los hechos de esta demanda de reconvenición.

**DÉCIMA TERCERA.-** Declarar que la sociedad MOVILTEL S.A., por el incumplimiento no grave de sus obligaciones contractuales no es responsable civil y contractualmente de los perjuicios pedidos en la demanda de reconvenición por lucro cesante.

**DÉCIMA CUARTA.-** Condenar a la sociedad MOVILTEL S.A., a reconocer y cancelar a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P. dentro de los diez (10) días siguientes a la ejecutoria del laudo los siguientes valores, debidamente actualizados, que le adeuda: a. **La suma de \$66.653.933 por concepto de equipos;** b. La suma de **\$133.890.348 por concepto de tarjetas prepago,** para un **total de \$200.544.281,** con los intereses de mora a la tasa más alta del mercado a partir de aquel plazo y hasta cuando se verifique el pago.

**DÉCIMA QUINTA.-** Negar las restantes pretensiones pecuniarias, las actualizaciones y los intereses solicitados por las partes en las respectivas demandas, distintas de las reconocidas en cada caso concreto en este laudo.

**DÉCIMA SEXTA.-** Ordenar la expedición por la Secretaría de copia auténtica de este laudo a cada una de las partes, con las constancias de ley.

**DÉCIMA SÉPTIMA.** Sin condena en costas y agencias a las partes.

**DÉCIMA OCTAVA.-** Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia a la Procuraduría General de la Nación.

**DÉCIMA NOVENA.-** Ordenar protocolizar el expediente en una Notaría de Bogotá y devolver a las partes las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso.

**VIGÉSIMA.-** Ordenar el envío por la Secretaría de copia de esta providencia, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, e informarle sobre la escritura de protocolización del expediente.

**NOTIFÍQUESE y CÚMPLASE,**

**JOSÉ ALEJANDRO BONIVENTO FERNÁNDEZ**  
Presidente

**TULIO ÁNGEL ARBELAEZ**  
Árbitro

**ENRIQUE CALA BOTERO**  
Árbitro  
Con salvamento parcial de voto

**GABRIELA MONROY TORRES**  
Secretaria