

Laudo Arbitral

Intercelular de Colombia S.A.

v.

Bellsouth de Colombia S.A.

## **I. Antecedentes y trámite del proceso**

### **A. Solicitud de convocatoria del tribunal arbitral.**

Mediante escrito presentado ante el Centro de arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (“centro de arbitraje”) en diciembre 20, 2002, la sociedad Intercelular de Colombia S.A. (“Intercelular” o la “convocante”) solicitó la convocatoria de un tribunal arbitral para que resolviera las pretensiones contenidas en la demanda (“demanda”)(1) formulada contra la sociedad Bellsouth de Colombia S.A. (“Bellsouth” o la “convocada” y, conjuntamente con Intercelular, las “partes”)(2).

### **B. El pacto arbitral.**

1. En el presente caso existen dos pactos arbitrales (“cláusulas compromisorias”), a saber:

a) El contenido en la cláusula 27 del contrato de concesión (“contrato de concesión”) suscrito entre las partes en mayo 20, 1997(3) y

b) El contenido en la cláusula 13.3 del contrato de agencia comercial (“contrato de agencia”) suscrito entre las partes en septiembre 10, 1999(4).

2. Las cláusulas compromisorias son del siguiente tenor:

#### **a) Contrato de concesión:**

“Cláusula vigésima séptima. Compromisoria. Cualquier controversia que se produzca entre las partes con motivo de la interpretación, cumplimiento o incumplimiento, resolución, vigencia o validez del presente contrato, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será resuelta cada vez por un tribunal de arbitramento que decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas. El tribunal funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, D.C., estará integrado por tres (3) árbitros de nacionalidad colombiana, que se designarán de común acuerdo entre las partes, de acuerdo con las disposiciones vigentes sobre la materia. Los gastos que ocasione el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida”.

#### **b) Contrato de agencia:**

“13.3. **Cláusula compromisoria.** Toda diferencia que surja entre Celumóvil 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 que funcionará en la ciudad de Santafé de Bogotá, decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Santafé de Bogotá, D.C. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de este, según dispongan las normas vigente”.

### **C. Trámite prearbitral.**

1. Tras la presentación de la solicitud de convocatoria antes mencionada, el centro de arbitraje procedió a citar a las partes para llevar a cabo la audiencia de nombramiento de árbitros, a la cual concurrieron el apoderado de la convocante y el apoderado de Bellsouth(5).

2. En esta reunión, llevada a cabo en marzo 5, 2003, las partes nombraron de común acuerdo como árbitros (“árbitros”) a los dres. Nicolás Gamboa Morales, Saúl Sotomonte Sotomonte y Jorge Cubides Camacho. El director

del centro de arbitraje informó a los nombrados su designación y estos, a su vez, aceptaron dentro del término legal.

3. Previas las citaciones correspondientes por parte del centro de arbitraje, el tribunal arbitral (“tribunal”) se instaló en audiencia celebrada en mayo 5, 2003. En ella se designó como presidente al Dr. Nicolás Gamboa Morales y como secretaria (“secretaria”) a la Dra. Alejandra Vásquez Velandia, quien posteriormente aceptó el cargo y tomó posesión del mismo ante el presidente.

4. De igual manera, en la audiencia de instalación se fijaron las sumas a cargo de las partes por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaria en relación con este proceso (“proceso” o “arbitraje”), gastos de funcionamiento y administración de la Cámara de Comercio de Bogotá y gastos de protocolización, registro y otros.

5. Dentro del término legal cada una de las partes consignó las sumas a su cargo.

#### **D) Trámite inicial.**

1. Mediante auto 02 de mayo 29, 2003, el tribunal se declaró competente para llevar a cabo el “trámite inicial”, admitió la demanda y ordenó correr traslado de la misma a la convocada.

2. Estando dentro del término legal, la convocante sustituyó la demanda(6) y mediante auto 03 de junio 12, 2003, el tribunal procedió a admitir la mencionada sustitución y a correr traslado de la misma a Bellsouth.

3. La convocada contestó la demanda mediante escrito de julio 4, 2003 y, además, formuló demanda de reconvención (“reconvención”) contra Intercelular en los términos allí contenidos(7) .

4. Teniendo en cuenta las nuevas cuestiones sometidas al conocimiento del tribunal en la reconvención y dando aplicación al artículo 28 del Decreto 2279 de 1989, mediante auto 05 de julio 15, 2003, se reajustaron los honorarios y gastos del tribunal.

5. Las partes consignaron dentro del término legal lo que a cada una correspondió.

6. Mediante auto 06 de julio 30, 2003 el tribunal admitió la reconvención y ordenó correr traslado de la misma a Intercelular.

7. En agosto 20, 2003 Intercelular presentó la respuesta a la reconvención (“réplica”) en los términos allí expuestos(8) .

8. En septiembre 22, 2003, fecha para la cual se había establecido la realización de una audiencia de conciliación que se llevó a cabo y fracasó, Intercelular reformó la demanda de conformidad con el artículo 89 del Código de Procedimiento Civil (“CPC”)(9) .

9. En audiencia llevada a cabo en septiembre 22, 2003, el tribunal profirió el auto 8, mediante el cual se admitió la reforma de la demanda y se corrió traslado de la misma a Bellsouth.

10. Estando dentro del término legal, Bellsouth presentó en septiembre 29, 2003, la contestación a la reforma de la demanda. (“contestación”)(10) .

11. De las excepciones de mérito contenidas en la contestación se corrió traslado a Intercelular, quien mediante escrito de octubre 8, 2003 descorrió el mencionado traslado(11) .

#### **E. Trámite arbitral.**

1. En octubre 10, 2003 tuvo lugar la primera audiencia de trámite en la cual, cumplido lo dispuesto en el artículo 147 (1) del Decreto 1818 de 1998, el tribunal, procedió a pronunciarse sobre su competencia y, por decisión mayoritaria, mediante auto 11 manifestó ser competente para conocer de las cuestiones puestas a su conocimiento en la demanda y en la reconvención(12) .

2. Contra el mencionado auto, Bellsouth interpuso recurso de reposición a fin de que se revocara parcialmente. Oídas las partes, el tribunal suspendió la audiencia y fijó como fecha para su continuación en noviembre 5, 2003.

3. En tal fecha se reinició la primera audiencia de trámite y el tribunal profirió el auto 13, por medio del cual se resolvió, también por mayoría, el recurso presentado en el sentido de confirmar en su integridad el proveído impugnado(13) .

4. Acto seguido el tribunal, a través del auto 14 procedió a tener y decretar las pruebas que consideró pertinentes y conducentes, consistentes en:

a) Documentos así:

i) Aportados con la demanda(14) ;

ii) Aportados con la contestación(15) ;

iii) Aportados por Intercelular al descorrer el traslado de las excepciones de mérito propuestas por Bellsouth(16) ;

iv) Aportados con la reconvención(17) y

v) Aportados con la réplica(18) .

b) Solicitud de información mediante oficio que se ordenó librar a la “Revista Semana”.

c) Los testimonios de los Sres.: Gloria Zea, María Consuelo Ramírez, Germán Botero, Patricia Montejo, Germán Atuesta, Erika España, Carlos Carreño, Mauricio Caicedo, Ricardo Sánchez, Camilo Gutiérrez, Fernando Salgado, Mauricio Giraldo, William Quiroga, Felipe López y Liliana Sanín.

d) Interrogatorio de parte al representante legal de Bellsouth y al representante legal de Intercelular.

e) Dictamen pericial a cargo de un perito contador.

f) En cuanto a las inspecciones judiciales solicitadas por las partes, el tribunal aplazó la decisión sobre su decreto de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil.

5. Las pruebas se practicaron según lo decretado, conforme se detalla a continuación:

a) Para efectos del dictamen pericial se designó a la Sra. Nancy Mantilla como perito (“perito”), quien fue posesionada en noviembre 12, 2003. La perito rindió el experticio (“peritaje”) en marzo 15, 2004 y, dentro del término del traslado corrido a las partes, estas solicitaron las aclaraciones y complementaciones que consideraron del caso.

b) El tribunal, mediante auto de abril 2, 2004 decretó las que consideró pertinentes y mediante escrito de abril 30, 2004 la perito produjo las aclaraciones y complementaciones (“aclaraciones y complementaciones al peritaje”).

c) De tal documento se corrió traslado a las partes mediante auto de mayo 3, 2004 y, estando dentro del término legal, Intercelular presentó escrito de objeción por error grave al peritaje.

Del escrito de objeción, a su turno, se corrió traslado a Bellsouth, quien oportunamente lo descorrió.

d) Los testimonios decretados fueron practicados así:

i) En diciembre 16, 2003, el de la Sra. Gloria Zea;

ii) En febrero 2, 2004, los de los Sres. Mauricio Giraldo, Ricardo Sánchez, Carlos Carreño y Camilo Gutiérrez.

iii) En febrero 3, 2004 los de los Sres. María Consuelo Ramírez, Germán Botero, William Quiroga y Fernando Salgado.

- iv) En febrero 4, 2004 el de la Sra. Erika España, fecha en la cual Intercelular manifestó desistir del testimonio de la Sra. Liliana Sanín; y
- v) En febrero 24, 2004 los de los Sres. Felipe López(19) y Patricia Montejo, fecha en la cual las partes manifestaron desistir de los testimonios de los Sres. Mauricio Caicedo y Germán Atuesta.
- e) En febrero 20, 2004 se llevó a cabo el interrogatorio de los representantes legales de las partes, siendo de anotar que el de la representante legal de Intercelular fue suspendido para reanudarlo en febrero 24, cuando efectivamente se llevó a cabo.
- f) La solicitud a la “Revista Semana” fue remitida mediante oficio en enero 7, 2004 y, dada la falta de respuesta, se envió nuevamente en abril 21, 2004, habiéndose recibido la contestación en abril 29.
- g) En la audiencia llevada a cabo en abril 21, 2004 las partes manifestaron desistir de la inspección judicial en las oficinas de Bellsouth y, de igual manera, en la audiencia llevada a cabo en mayo 3, 2004, manifestaron desistir de la inspección judicial a las oficinas de Intercelular.
6. Adicional a las pruebas decretadas, mediante auto de marzo 17, 2004, el tribunal decretó de oficio la exhibición de los libros de actas de la asamblea general de accionistas y de la junta directiva de Intercelular, prueba que fue practicada en la fecha señalada en ese mismo acto.
7. Concluido el debate probatorio, mediante auto de mayo 18, 2004, se citó a las partes para presentar los correspondientes alegatos de conclusión, lo cual tuvo lugar en junio 7, 2004, cuando Intercelular y Bellsouth expusieron oralmente sus argumentos y presentaron los correspondientes escritos de conclusión (“alegato de Intercelular” o “alegato de Bellsouth”, según sea el caso).
8. Por no existir término especial pactado por las partes en las cláusulas compromisorias y de conformidad con lo establecido por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, el presente arbitraje tiene una duración de seis (6) meses contados a partir de la conclusión de la primera audiencia de trámite, diligencia que tuvo lugar en noviembre 5, 2003.
9. En tales circunstancias, el término del proceso se habría extinguido en mayo 5, 2004. Sin embargo, las partes solicitaron en varias oportunidades su suspensión, tal como se relaciona a continuación:
- a) Mediante auto 15 de noviembre 12, 2003(20) se suspendió el arbitraje desde noviembre 13 hasta diciembre 12 del mismo año, ambas fechas inclusive, esto es durante 30 días comunes.
- b) Mediante auto 16 de diciembre 16, 2003(21) se suspendió el proceso desde diciembre 17, 2003 hasta enero 14, 2004, ambas fechas inclusive, esto es durante 29 días comunes.
- c) Mediante auto de abril 21 de 2004(22) se suspendió el proceso desde abril 22, 2004 hasta el 30 del mismo mes, ambas fechas inclusive, esto es durante 9 días comunes.
10. De acuerdo con lo dispuesto en el inciso final del artículo 103 de la Ley 23 de 1991 al término inicial, se adicionan los 68 días comunes de suspensión antes detallados y, por consiguiente, el término establecido en la norma citada expira en julio 12, 2004.
11. En tal virtud, el presente laudo (“laudo”) es proferido dentro del término legal.

## **II. Posiciones y pretensiones de las partes**

### **A. Demanda.**

1. En la demanda la convocante puso de presente los hechos y consideraciones que se resumen a continuación:
- a) A partir de marzo 1997, se ejecutó entre Bellsouth (en ese momento Celular Móvil de Colombia S.A.- Celumóvil S.A. y Celumóvil de la Costa S.A.)(23) e Intercelular el contrato de concesión, finalmente suscrito en

mayo 20, 1997.

b) El contrato de concesión tenía por objeto la promoción por cuenta de Bellsouth de las ventas del servicio público de telefonía móvil celular y de los servicios suplementarios prestados por esta a sus suscriptores, así como de los productos que operaban o eran auxiliares a estos servicios.

c) Si bien el contrato de concesión se denominó como tal, en realidad se trataba de un contrato de “agencia mercantil” por las siguientes razones:

i) Intercelular actuó como simple intermediaria, cumpliendo el encargo de conseguir negocios para Bellsouth, es decir, promocionando las ventas de sus servicios y equipos ante potenciales suscriptores.

ii) Las partes eran Bellsouth, como prestador del servicio de telefonía móvil celular y vendedor del equipo, y el suscriptor, como comprador conseguido por Intercelular. El precio correspondiente a la prestación de servicios de Bellsouth a sus suscriptores era pagado directamente por estos a aquella.

iii) Intercelular le facturaba a Bellsouth el valor de su comisión por las ventas efectuadas mensualmente, previa relación elaborada y remitida por Bellsouth del número de nuevos suscriptores y del valor a facturar.

iv) Bellsouth pagaba directamente las comisiones a Intercelular, efectuando las deducciones y compensaciones que en cada caso consideraba unilateralmente aplicables.

d) Durante una época de la ejecución del contrato de concesión, esto es durante el segundo semestre del año 1997 y parte de 1998, Bellsouth implementó una política de “masificación” de sus productos, que se tradujo en que los controles de acceso para nuevos suscriptores a la red de Bellsouth fueran más laxos, por lo que hubo más deserciones que ocasionaron, a su vez, la imposición de la sanción derivada del denominado “churn”<sup>(24)</sup>, que implicaba descuentos sobre las comisiones.

e) Bellsouth actuó abusivamente al aplicar la figura del “churn”, pues si bien la obligación de conservar al usuario recaía contractualmente sobre la convocante, Bellsouth no puso a su disposición los elementos necesarios para que esta pudiera dar cumplimiento a su compromiso de conservar en vigencia los contratos con los nuevos suscriptores.

f) Desde el mes de enero de 1998 Bellsouth enmendó unilateralmente los niveles de comisiones a través de modificaciones al anexo B del contrato de concesión y a las escalas allí consagradas en violación del antedicho instrumento en la medida que en las 4, 10 y 26 del mismo se establecían ciertas formalidades para su modificación, que no fueron observadas.

g) Bellsouth incumplió el contrato de concesión con motivo del denominado “negocio de la Revista Semana”<sup>(25)</sup> :

A tal efecto, Intercelular arguye que si bien se pactó que para el negocio Semana la convocante tendría derecho a las comisiones por las ventas realizadas en todo el país, Bellsouth, violando lo pactado, solo reconoció las comisiones por las ventas realizadas en Bogotá.

De igual manera incumplió Bellsouth lo pactado, por no respetar, ni reconocer, las comisiones establecidas en las tablas vigentes aplicables al contrato de concesión.

h) La convocada violó el contrato de concesión al ejercer reiteradamente conductas abusivas de su posición dominante, tales como:

i) Prohibir expresamente a la convocante la venta de los servicios proporcionados por la convocada a determinados grupos de usuarios, los cuales, según instrucciones escritas de aquella, serían atendidos exclusivamente por su departamento de ventas directas; y

ii) Ejercer actos discriminatorios y exclusividad en aplicación de promociones.

i)(sic) Hacia finales de diciembre de 1998, Bellsouth manifestó a sus llamados “concesionarios” que había

decidido cambiar el contrato de “concesión” por un nuevo contrato de agencia mercantil, el cual era prerequisite para continuar con la relación contractual, y puso como condición para la suscripción de este nuevo contrato el otorgamiento de un pagaré que sustentara un préstamo que le iba a hacer a tales “concesionarios”, debido a sus difíciles condiciones económicas, exigiendo, además, y como requisito obligatorio, la suscripción de un contrato de terminación y transacción.

j) En diciembre 29, 1998, ante las fuertes presiones ejercidas por Bellsouth, el representante legal de InterCelular suscribió el contrato denominado de “terminación y transacción” (“contrato de transacción”). De igual forma se estableció la posibilidad de suscribir en el futuro un contrato denominado de “agencia comercial”.

k) Entre la firma del contrato de transacción y la firma del contrato de agencia transcurrieron varios meses, en los cuales, aunque en apariencia el contrato de concesión había sido terminado, se continuó ejecutando hasta septiembre 10, 1999, fecha en que las partes finalmente suscribieron el mencionado instrumento. Lo anterior es prueba de que la intención real de las partes nunca fue la de terminar su relación comercial por medio del contrato de transacción.

l) Bellsouth, para hacer llamativa la suscripción del nuevo contrato manifestó que en el mismo se eliminaría la figura del “churn”. No obstante, en el contrato de agencia se siguió aplicando tal figura y se siguieron introduciendo modificaciones unilaterales abusivas.

m) El contrato de transacción suscrito, como se dijo, en diciembre 29, 1998, fue elaborado única y exclusivamente por Bellsouth y puesto a consideración de las partes convocadas a una reunión a las ocho (8) de la noche de tal día, por lo cual, ninguno de los denominados “concesionarios” tuvo la oportunidad de revisar sus términos y condiciones.

n) El contrato de transacción fue suscrito por la representante legal de InterCelular sin que tuviera facultades para tal efecto, en la medida en que no contaba con la autorización de la junta directiva, requerida de conformidad con los estatutos sociales de la convocante.

o) Respecto del proyecto de contrato de agencia comercial que les fue entregado en la citada reunión, el representante legal de InterCelular solicitó a Bellsouth hacer algunas modificaciones al texto del mismo, solicitud que fue desatendida.

p) Para lograr la suscripción del contrato de agencia por parte de InterCelular, Bellsouth adoptó una serie de medidas represivas tales como:

i) Suspensión de despacho de teléfonos y de tarjetas prepagadas;

ii) Abstención de recibir, tramitar y pagar las facturas por comisiones de venta de InterCelular correspondientes a los meses de enero a julio de 1999; y

iii) Impedir la “legalización” de las ventas realizadas por InterCelular, razón por la cual, estas debieron ser “legalizadas” a través de “Colcelular”.

q) Como consecuencia de las presiones de Bellsouth, InterCelular se vio forzada a suscribir en septiembre 10, 1999 el contrato de agencia, en los términos impuestos por la convocada.

r) En el contrato de agencia se previó para Bellsouth la posibilidad de modificar unilateralmente la remuneración de InterCelular, siempre que tal modificación no fuera superior al 20% de la misma (Nº 4.7). No obstante, la convocada realizó modificaciones a la remuneración de InterCelular en cuantías superiores a este porcentaje, violando así lo pactado.

s) Durante la ejecución del contrato de agencia Bellsouth mantuvo su práctica abusiva de realizar cruces de cuentas unilaterales, violando la convención y la ley, pues se realizaban sin contar con soportes suficientes.

t) De igual manera, la convocada efectuó una serie de “cruces” de cuentas que olvidaban que en el “cruce” estaba incluido el valor del impuesto al valor agregado (“IVA”), el cual debía ser pagado por ella a InterCelular, para que

esta, a su vez, cancelará dicha acreencia a la Dirección de Impuestos y Aduanas Nacionales (“DIAN”). Lo anterior, generó graves perjuicios a la convocante en la medida en que no pudo responder por sus obligaciones ante la DIAN, razón por la cual le fueron impuestas varias sanciones.

u) Igualmente incumplió la convocada las obligaciones surgidas del contrato de agencia, ya que a pesar de que se había manifestado que se eliminaría la figura del “churn”, esta reapareció a través de nuevas figuras que tenían las mismas consecuencias para Intercelular.

v) En desarrollo del contrato de agencia Bellsouth descontó de las comisiones a Intercelular sumas de dinero sin fundamento contractual, referentes, por ejemplo, a la falta de tráfico en los equipos de prepago, no carga de tarjetas en la proporción por ellos establecida, valor del consumo impagado y valor CIF de los equipos telefónicos.

w) Bellsouth también violó el contrato de agencia al ejercer reiteradamente conductas abusivas de su posición dominante, tales como:

i) Prohibir expresamente a la convocante la venta de los servicios proporcionados por la convocada a determinados grupos de usuarios;

ii) Impedir el normal desarrollo del negocio con Amway Colombia<sup>(26)</sup> para apropiarse del mismo con la creación de un negocio de idénticas características con “Emultitel”; y

iii) Dar un trato diferencial a los clientes directos frente a los indirectos.

x) Adicionalmente Bellsouth incumplió el instrumento en mención al descontar injustificadamente a la convocante, por concepto de irregularidades en el proceso de venta, comisiones a las que tenía derecho, modificando así las pactadas.

y) Por último, en abril 17, 2002, el Sr. Carlos Carreño, secretario general de Bellsouth, envió una comunicación al representante legal de Intercelular, informándole que según lo dispuesto en la 10.2 del contrato de agencia, daba por terminado el mismo a partir de la fecha en mención; y procedía a hacer efectiva la pena prevista en 10.3 ibídem, todo ello sin tener en cuenta los múltiples incumplimientos antes mencionados.

2. Concomitante con los hechos aducidos, en la demanda se formularon las siguientes pretensiones<sup>(27)</sup> :

## **“II. Pretensiones**

### **2.1. Pretensiones declarativas.**

2.1.1. Derivadas del denominado ‘contrato de concesión’ suscrito entre las partes el veinte (20) de mayo de 1997.

Primera: Que se declare que entre Celumóvil, hoy Bellsouth, e Intercelular, se celebró un contrato denominado de “concesión”, suscrito el día veinte (20) de mayo de 1997.

Segunda: Que se declare que el contrato suscrito entre Celumóvil, hoy Bellsouth, e Intercelular el día veinte (20) de mayo de 1997, es un contrato de agencia comercial, que se ejecutó para la promoción de las ventas de bienes y servicios de la demandada, durante el período comprendido entre el veinte (20) de mayo de 1997 y el diez (10) de septiembre de 1999.

Primera subsidiaria a la segunda principal: Que se declare que el contrato suscrito entre Celumóvil, hoy Bellsouth, e Intercelular el día veinte (20) de mayo de 1997, es un contrato de agencia comercial, que se ejecutó para la promoción de las ventas de bienes y servicios de la demandada, durante el período comprendido entre el veinte (20) de mayo de 1997 y el diecisiete (17) de abril de 2002.

Tercera: Que se declare que Celumóvil hoy Bellsouth, incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones de pago contraídas por ella con Intercelular mediante el contrato denominado de concesión, así:

a) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó reiteradamente su obligación de pagar a Intercelular el valor de las comisiones



causadas, al descontar de las mismas el valor de las comisiones por activación percibidas por casos denominados por la demandada como churn, ya que los retiros se produjeron por actos imputables a la convocada.

b) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó su obligación contractual, al no reconocer en la forma prevista, las comisiones a las que tenía derecho por los abonados a la red a través de InterCelular, con ocasión de las ventas efectuadas por la misma a través de la promoción de la Revista Semana.

Cuarta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó grave y reiteradamente sus obligaciones implícitas de suministrar la información y cooperación necesaria a InterCelular, para que esta pudiese mediante la labor de posventa, adelantar gestiones que condujeran a la permanencia de los usuarios.

Quinta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó grave y reiteradamente obligaciones legales y contractuales, cuando en ejercicio ilegal de facultades contractuales abusivas, mediante decisiones unilaterales e inconsultas, deterioró, alteró y modificó unilateralmente los términos de remuneración pactados en el contrato, así:

a) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó sus obligaciones legales y contractuales con InterCelular, al introducir por fuera de los términos contractuales los denominados factor plan y factor precio, como base para la liquidación de las comisiones a favor de InterCelular los cuales dejaban sin aplicación la tabla de comisiones determinada en el anexo B del denominado contrato de 'concesión'.

b) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó sus obligaciones legales y contractuales con InterCelular, al no tener en cuenta para efectos de la determinación del volumen que sirve de base para establecer las escalas de comisiones, las activaciones de usuarios bajo sistemas de prepago y no pagar el valor de las comisiones por activación de los suscriptores de estos sistemas de acuerdo con el contrato.

c) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó sus obligaciones legales y contractuales con InterCelular al modificar unilateral e injustificadamente el sistema de comisiones, es decir el precio del contrato, en perjuicio de InterCelular y en beneficio excesivo de Bellsouth, anulando el equilibrio contractual y desconociendo la expectativa de utilidad del agente.

Sexta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó de manera grave obligaciones legales a favor de InterCelular, al inducir a esta última a aceptar modificaciones contractuales referentes a los niveles de comisiones con el pretexto del lanzamiento de nuevas promociones y otras afirmaciones que no se cumplieron.

Séptima: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó de manera grave y reiterada sus obligaciones legales y contractuales con InterCelular, al ejercer continuamente conductas abusivas de su posición contractual dominante, así:

a) Celumóvil, hoy Bellsouth, estableció condiciones discriminatorias en perjuicio de InterCelular, para operaciones equivalentes en relación con los demás miembros de la red de comercialización, que generaron una situación de desigualdad a favor de algunos de estos, por imponer limitaciones generalizadas e indeterminadas a InterCelular para acceder a grupos de usuarios potenciales.

b) Celumóvil, hoy Bellsouth, estableció condiciones discriminatorias en perjuicio de InterCelular, para operaciones equivalentes en relación con los demás miembros de la red de comercialización, que generaron una situación de desigualdad a favor de algunos de estos, por permitir la unión estratégica de los mismos a través de la conformación de un consorcio, mientras que a InterCelular se le negó la conformación de una alianza similar con otros miembros de la red.

c) Celumóvil, hoy Bellsouth, estableció condiciones restrictivas en perjuicio de InterCelular y en beneficio injustificado e inequitativo a favor de aquella, por imponer limitaciones generalizadas e indeterminadas a InterCelular para acceder a grupos de usuarios potenciales, e impedir el acceso a listas de potenciales clientes reservados exclusivamente a ser atendidos directamente por Bellsouth.

d) Celumóvil, hoy Bellsouth, perjudicó a InterCelular al no permitirle desarrollar negocios suscritos entre esta y la compañía comercial Amway, para posteriormente apropiarse indebidamente de la estructura contractual del



negocio creado por estos al celebrar un negocio con idénticas características con la empresa denominada Emultitel.

Octava: Que se declare la inexistencia de las cláusulas y/o estipulaciones contractuales del denominado “contrato de concesión” que más adelante se indican, ya que la indeterminación de su objeto priva de contenido el objeto de la obligación, afectando elementos esenciales del contrato, tales como, el monto mínimo de prestaciones exigidas a Intercelular y precio del contrato, así:

a) Anexo B, cláusula cuarta, inciso final:

‘No obstante lo previsto anteriormente en los planes de comisiones (A), (B) y (C), en caso de que se produzcan variaciones en los planes comerciales de Celumóvil, como promociones o planes tarifarios especiales, esta podrá, a su juicio, variar el monto de dichas comisiones, de lo cual dará aviso oportuno al concesionario mediante comunicación escrita que permita acreditar su recibo. Las modificaciones comenzarán a regir a partir de la fecha de recibo de dicha comunicación. Las comunicaciones remitidas vía fax o por cualquier otro medio electrónico que permita acreditar la fecha y hora de envío, se entenderán recibidas en esa fecha y hora. Las que sean enviadas por correo o por servicios que permitan acreditar su entrega, se entenderán recibidas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su remisión’ ...

b) Anexo B, cláusula décima:

‘Décimo. Revisión del anexo. Además de lo previsto en el párrafo final del punto cuarto anterior, Celumóvil podrá, hasta por dos veces cada año calendario, modificar hasta en un veinte por ciento (20%), superior o inferior a lo contemplado en este anexo y sus modificaciones, las comisiones del concesionario. Para que estas modificaciones tengan vigencia, bastará con que Celumóvil lo avise por escrito al concesionario, indicándole la fecha de vigencia de las mismas. Las modificaciones comenzarán a regir a partir de la fecha de recibo de dicha comunicación. Las comunicaciones remitidas vía fax o por cualquier otro medio electrónico que permita acreditar la fecha y hora de envío, se entenderán recibidas en esa fecha y hora. Las que sean enviadas por correo o por servicios que permitan acreditar su entrega, se entenderán recibidas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su remisión’ ...

Primera subsidiaria de la octava principal: Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas y/o estipulaciones contractuales del denominado ‘contrato de concesión’ que más adelante se indican, ya que su pacto equivale a la estipulación de condiciones meramente o puramente potestativas por parte de su deudora, en este caso Bellsouth, afectando elementos esenciales de las obligaciones emanadas del contrato, tales como, valor de las comisiones, es decir precio, y monto mínimo de ventas a cargo de Intercelular, del cual dependía la continuidad de la relación contractual y consecuentes obligaciones de Bellsouth, así:

a) Anexo B, cláusula cuarta, inciso final:

‘No obstante lo previsto anteriormente en los planes de comisiones (A), (B) y (C), en caso de que se produzcan variaciones en los planes comerciales de Celumóvil, como promociones o planes tarifarios especiales, esta podrá, a su juicio, variar el monto de dichas comisiones, de lo cual dará aviso oportuno al concesionario mediante comunicación escrita que permita acreditar su recibo. Las modificaciones comenzarán a regir a partir de la fecha de recibo de dicha comunicación. Las comunicaciones remitidas vía fax o por cualquier otro medio electrónico que permita acreditar la fecha y hora de envío, se entenderán recibidas en esa fecha y hora. Las que sean enviadas por correo o por servicios que permitan acreditar su entrega, se entenderán recibidas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su remisión’ ...

b) Anexo B, cláusula décima:

‘Décimo. Revisión del anexo. Además de lo previsto en el párrafo final del punto cuarto anterior, Celumóvil podrá, hasta por dos veces cada año calendario, modificar hasta en un veinte por ciento (20%), superior o inferior a lo contemplado en este anexo y sus modificaciones, las comisiones del concesionario. Para que estas modificaciones tengan vigencia, bastará con que Celumóvil lo avise por escrito al concesionario, indicándole la fecha de vigencia de las mismas. Las modificaciones comenzarán a regir a partir de la fecha de recibo de dicha comunicación. Las comunicaciones remitidas vía fax o por cualquier otro medio electrónico que permita acreditar

la fecha y hora de envío, se entenderán recibidas en esa fecha y hora. Las que sean enviadas por correo o por servicios que permitan acreditar su entrega, se entenderán recibidas dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha de su remisión' ...

Novena: Que se declare la inexistencia del convenio denominado de terminación y transacción celebrado entre Celumóvil, hoy Bellsouth, y la sociedad Inter celular, el día 29 de diciembre de 1998.

Pretensión primera alternativa a la novena: Que se declare la nulidad absoluta del convenio denominado de terminación y transacción celebrado entre Celumóvil, hoy Bellsouth, y la sociedad Inter celular, el día 29 de diciembre de 1998, por objeto ilícito.

Pretensión segunda alternativa a la novena: Que se declare la nulidad relativa del convenio denominado de terminación y transacción celebrado entre Celumóvil, hoy Bellsouth, y la sociedad Inter celular el día 29 de diciembre de 1998, por dolo en la conducta de Bellsouth.

Pretensión tercera alternativa a la novena: Que se declare la inoponibilidad del convenio denominado de terminación y transacción celebrado entre Celumóvil, hoy Bellsouth, y la sociedad Inter celular el día 29 de diciembre de 1998, por carecer el representante legal de la convocante de facultades expresas para suscribir el mismo.

Décima: Que se declare que el contrato denominado de 'concesión', celebrado el veinte (20) de mayo de 1997 entre Celumóvil, hoy Bellsouth, y la sociedad Inter celular, terminó de común acuerdo entre las partes el diez (10) de septiembre de 1999 en virtud de la convención novatoria celebrada entre las mismas y denominada 'contrato de agencia comercial'.

Décima primera: Que se declare que la sociedad Inter celular tiene el derecho, desde el día el diez (10) de septiembre de 1999, fecha de la terminación del contrato denominado de concesión a recibir la prestación comercial prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, a cargo de Celumóvil, hoy Bellsouth, liquidada sobre el valor total de las comisiones y bonos pagados, comisiones y bonos causados y no pagados, comisiones por venta de tarjetas prepago, incluidos todos los descuentos aplicados, tales como, consumos propios y de suscriptores, intereses, churn descontado, calculada desde el veinte (20) de mayo de 1997 hasta el diez (10) de septiembre de 1999.

Primera subsidiaria de la décima primera principal: Que se declare que la sociedad Inter celular tiene el derecho, desde el día el diecisiete (17) de abril de 2002, fecha de la terminación del denominado 'contrato de concesión', a recibir la prestación comercial prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, a cargo de Bellsouth, liquidada sobre el valor total de las comisiones y bonos pagados, comisiones y bonos causados y no pagados, comisiones por venta de tarjetas prepago, incluidos todos los descuentos aplicados, tales como, consumos propios y de suscriptores, intereses, churn, descontado, calculada desde el entre el veinte (20) de mayo de 1997 y el diecisiete (17) de abril de 2002.

Décima segunda: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, en ejercicio excesivo de sus facultades contractuales, perjudicó inequitativa y dañosamente los intereses de Inter celular de Colombia S.A., rompiendo el equilibrio financiero del contrato.

2.1.2. Derivadas del contrato de agencia comercial suscrito entre las partes el diez (10) de septiembre de 1999.

Décima tercera: Que se declare que entre Celumóvil, hoy Bellsouth, e Inter celular, se celebró un contrato agencia comercial el día diez (10) de septiembre de 1999.

Décima cuarta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, incumplió de manera grave y reiterada las obligaciones de pago contraídas por ella con Inter celular mediante el contrato de agencia comercial, así:

a) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó reiteradamente su obligación de pagar a Inter celular el valor de las comisiones causadas, al descontar de las mismas el valor de las comisiones por activación percibidas por casos denominados por la demandada como fraude, ya que los retiros se produjeron por actos imputables a la convocada.

b) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó reiteradamente su obligación de pagar a Intercelular el valor de las comisiones causadas, al descontar de las mismas el valor de aparatos celulares, cuentas a cargo de usuarios y otros valores cuyo descuento no estaba autorizado ni legal, ni contractualmente, cuando además dichas situaciones escapaban totalmente al control de Intercelular y solo podrían ser imputables directa o indirectamente a Bellsouth.

c) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó el contrato al generar compensaciones sobre las comisiones causadas por Intercelular, en las cuales compensó y generó cruce de cuentas sobre el impuesto al valor agregado, IVA, causado a cargo del empresario y sobre el cual Intercelular simplemente tenía la obligación de cálculo y recaudo.

Décima quinta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó grave y reiteradamente sus obligaciones implícitas de suministrar la información y colaboración necesaria a Intercelular, para que esta pudiese, mediante la labor de posventa, adelantar gestiones que condujeran a la permanencia de los usuarios.

Décima sexta: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó grave y reiteradamente obligaciones legales y contractuales, cuando en ejercicio ilegal de facultades contractuales abusivas, mediante decisiones unilaterales e inconsultas, deterioró, alteró y modificó unilateralmente los términos de remuneración pactados en el contrato, así:

a) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó sus obligaciones legales y contractuales con Intercelular al modificar unilateral e ilegalmente el sistema de comisiones, es decir el precio del contrato, en perjuicio de Intercelular y en beneficio excesivo de Bellsouth, anulando el equilibrio contractual y desconociendo la expectativa de utilidad del agente.

b) Celumóvil, hoy Bellsouth, violó sus obligaciones legales y contractuales con Intercelular al modificar el contrato en perjuicio de esta, a través de supuesta fijación de procedimientos para la operación del contrato, en virtud de los cuales el agente perdió definitivamente las comisiones a que tenía derecho, debido a la legalización de ventas por fuera de los términos unilateralmente establecidos por Bellsouth.

Décima séptima: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, violó de manera grave y reiterada sus obligaciones legales y contractuales con Intercelular, al ejercer continuamente conductas abusivas de su posición contractual dominante, al establecer condiciones restrictivas en perjuicio de Intercelular y en beneficio injustificado e inequitativo a favor de aquella, por imponer limitaciones generalizadas e indeterminadas a Intercelular para acceder a grupos de usuarios potenciales, reservados exclusivamente a ser atendidos directamente por Bellsouth.

Décima octava: Que se declare la inexistencia de las cláusulas y/o estipulaciones contractuales del contrato de agencia comercial que más adelante se indican, ya que la indeterminación de su objeto priva de contenido el objeto de la obligación, afectando elementos esenciales del contrato, tales como, el precio del contrato, así:

Cláusula 4.7:

"4.7. Modificación de la remuneración. Celumóvil podrá y así lo acepta el agente, hasta por una (1) vez cada año calendario, modificar unilateralmente, para aumentarla o disminuirla, la remuneración básica pactada en el numeral 4.2. de la presente cláusula y la forma de calcularla y pagarla, siempre que dicha modificación no la disminuya en más de un veinte por ciento (20%). Para establecer si se excede este porcentaje se comparará la remuneración básica obtenida en el mes inmediatamente anterior con la que resultaría de aplicar la modificación a los datos de dicho mes. Para que estas modificaciones tengan vigencia, bastará con que Celumóvil lo avise por escrito al agente, indicándole la fecha de vigencia de las mismas, la que en todo caso será cuando menos el décimo quinto (15) día siguiente a la fecha del aviso. En caso de que la modificación exceda el porcentaje o la oportunidad indicadas, Celumóvil podrá proponer por escrito tal modificación, y se tendrá por aceptada y será obligatoria para Celumóvil y para el agente, a menos que este la objete mediante escrito presentado a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Celumóvil le comunique la propuesta' ...

Primera subsidiaria de la décima octava principal: Que se declare la nulidad absoluta de las cláusulas y/o estipulaciones contractuales del contrato de agencia comercial que más adelante se indican, ya que su pacto equivale a la estipulación de condiciones meramente o puramente potestativas por parte de su deudora, en este caso Bellsouth, afectando elementos esenciales de las obligaciones emanadas del contrato, tales como, el valor de las comisiones, es decir precio el precio del contrato, así:

#### Cláusula 4.7:

‘4.7. Modificación de la remuneración. Celumóvil podrá y así lo acepta el agente, hasta por una (1) vez cada año calendario, modificar unilateralmente, para aumentarla o disminuirla, la remuneración básica pactada en el numeral 4.2. de la presente cláusula y la forma de calcularla y pagarla, siempre que dicha modificación no la disminuya en más de un veinte por ciento (20%). Para establecer si se excede este porcentaje se comparará la remuneración básica obtenida en el mes inmediatamente anterior con la que resultaría de aplicar la modificación a los datos de dicho mes. Para que estas modificaciones tengan vigencia, bastará con que Celumóvil lo avise por escrito al agente, indicándole la fecha de vigencia de las mismas, la que en todo caso será cuando menos el décimo quinto (15) día siguiente a la fecha del aviso. En caso de que la modificación exceda el porcentaje o la oportunidad indicadas, Celumóvil podrá proponer por escrito tal modificación, y se tendrá por aceptada y será obligatoria para Celumóvil y para el agente, a menos que este la objete mediante escrito presentado a más tardar dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Celumóvil le comunique la propuesta’ ...

Décima novena: Que se declare que el contrato de agencia comercial fue terminado de manera unilateral y sin justa causa por parte del empresario, es decir Bellsouth, el diecisiete (17) de abril de 2002.

Vigésima: Que se declare que la sociedad Intercelular tiene el derecho, desde el día el diecisiete (17) de abril de 2002, fecha de la terminación del contrato de agencia mercantil, a recibir la prestación comercial prevista en el inciso 1º del artículo 1324 del Código de Comercio, a cargo de Bellsouth, liquidada sobre el valor total de las comisiones y bonos pagados, comisiones y bonos causados y no pagados, comisiones por venta de tarjetas prepago, incluidos todos los descuentos aplicados, tales como, consumos propios y de suscriptores, intereses, ‘fraude’ descontado, calculada desde el diez (10) de septiembre de 1999, hasta el diecisiete (17) de abril de 2002.

Vigésima primera: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, realizó actos durante la ejecución del contrato de agencia comercial, que pusieron a intercelular en imposibilidad de cumplir sus obligaciones contractuales.

Vigésima segunda: Que se declare que Celumóvil, hoy Bellsouth, en ejercicio excesivo de sus facultades contractuales perjudicó inequitativa y dañosamente los intereses de Intercelular de Colombia S.A., rompiendo el equilibrio financiero del contrato.

## **2.2. Pretensiones de condena.**

Que como consecuencia de las declaraciones impetradas, se profieran en contra de Bellsouth las siguientes condenas:

2.2.1. Derivadas del denominado ‘contrato de concesión’ suscrito entre las partes el veinte (20) de mayo de 1997.

Vigésima tercera: Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, la totalidad de las comisiones a las cuales tiene derecho Intercelular, y las cuales fueron descontadas por la convocada por retiro de usuarios, o Churn, relacionadas con el denominado contrato de concesión suscrito el veinte (20) de mayo de 1997.

Vigésima cuarta: Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, el saldo restante de la totalidad de las comisiones a las cuales tiene derecho Intercelular, por el no cómputo del volumen de ventas de las comisiones sobre los usuarios bajo el sistema de prepago así como la diferencia por la aplicación de los factores plan y precio.

Vigésima quinta: Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, el saldo restante de la totalidad de las comisiones a las cuales tiene derecho Intercelular, por el pago parcial de las ventas generadas por el plan de la Revista Semana, efectuadas durante la vigencia del denominado contrato de concesión.

Vigésima sexta: Que se le condene a pagar a Bellsouth, los perjuicios correspondientes al daño emergente y lucro cesante sufridos por Intercelular como consecuencia de los incumplimientos contractuales, acciones y omisiones ocurridos y mencionados en este escrito, incluyendo pero sin que se limite a ellos, los derivados de la liquidación del personal de Intercelular, del cierre de los establecimientos en donde funcionaban los puntos de venta y las correspondientes sanciones e indemnizaciones por la terminación anticipada de los contratos de arrendamiento respectivos, correspondientes al denominado contrato de concesión.

Vigésima séptima: Que se condene a pagar a Bellsouth, y a favor de Intercelular, la prestación establecida en el artículo 1322 del Código de Comercio, correspondientes al denominado contrato de concesión, suscrito el veinte (20) de mayo de 1997.

Vigésima octava: Que se condene a pagar a Bellsouth, y en favor de Intercelular, la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, correspondiente al denominado contrato de concesión, suscrito el veinte (20) de mayo de 1997.

2.2.2. Derivadas del contrato de agencia comercial suscrito entre las partes el diez (10) de septiembre de 1999.

Vigésima novena: Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, la totalidad de las comisiones a las cuales tiene derecho Intercelular, y las cuales fueron descontadas por la convocada por retiro de usuarios, o cualquiera de las situaciones denominada de manera genérica como fraude por parte de Celumóvil, antes Bellsouth, relacionadas con el contrato de agencia comercial.

Trigésima: Que se le condene a pagar, a favor de la demandante, el valor de las comisiones a las cuales tiene derecho Intercelular, y las cuales no fueron canceladas, derivadas del contrato de agencia comercial, suscrito el diez (10) de septiembre de 1999.

Trigésima primera: Que se le condene a pagar a favor de la demandante, los perjuicios correspondientes al lucro cesante y daño emergente sufridos por Intercelular como consecuencia de los incumplimientos contractuales, acciones y omisiones ocurridos y mencionados en este escrito, incluyendo pero sin que se limite a ellos, los derivados de la liquidación del personal de Intercelular, del cierre de los establecimientos en donde funcionaban los puntos de venta y las correspondientes sanciones e indemnizaciones por la terminación anticipada de los contratos de arrendamiento respectivos, correspondientes al contrato de agencia comercial, suscrito el diez (10) de septiembre de 1999.

Trigésima segunda: Que se condene a pagar a Bellsouth, y a favor de Intercelular, los valores del impuesto al valor agregado, IVA, y los perjuicios derivados de dicha actuación, correspondientes al contrato de agencia comercial, suscrito el diez (10) de septiembre de 1999.

Trigésima tercera: Que se condene a pagar a Bellsouth, y a favor de Intercelular, la prestación establecida en el artículo 1322 del Código de Comercio, correspondientes al contrato de agencia comercial, suscrito el diez (10) de septiembre de 1999.

Trigésima cuarta: Que se condene a pagar a Bellsouth, y en favor de Intercelular, la prestación establecida en el inciso 1° del artículo 1324 del Código de Comercio, correspondiente al contrato de agencia comercial.

Trigésima quinta: Que se condene a pagar a Bellsouth, y en favor de Intercelular, la indemnización fijada en el inciso 2° del artículo 1324 del Código de Comercio, correspondiente al contrato de agencia comercial.

### **2.2.3. Otras condenas.**

Trigésima sexta: Que sobre los montos de las condenas anteriores, se le obligue a Bellsouth, a pagar a Intercelular la corrección monetaria y los intereses moratorios de acuerdo a la ley.

Trigésima séptima: Que se condene a pagar a Bellsouth, y en favor de Intercelular, las costas del proceso que incluirán los honorarios de los árbitros, del secretario, los gastos de administración así como los de protocolización registro y otros, además de las agencias en derecho”.

## **B. Contestación.**

En la contestación Bellsouth procedió como sigue(28) :

1. Aceptó unos hechos como ciertos, negó otros y manifestó no constarle los demás, así:

a) No aceptó los hechos 1, 2, 3, 4, 5, 6, 7, 8, 9, 10, 11, 12, 14, 17, 19, 23, 24, 26, 27, 30, 31, 33, 34, 35, 36, 42, 43,

45, 46, 47, 48, 49, 52, 53, 54, 55, 56, 57, 60, 61, 62, 63, 65, 68, 71, 72, 75, 76, 77, 80, 83, 85, 87, 88, 89, 90, 93, 94, 98, 99, 110, 112, 118, 120, 122, 123, 124 y 128;

b) Manifestó no constarle los hechos 13, 15, 28, 29, 32, 41, 50, 51, 58, 81, 84, 103 y 121; y

c) Aceptó como ciertos los hechos 16, 18, 20, 21, 22, 25, 37, 39, 67, 70, 73, 86, 95, 96, 111 y 127.

2. Frente a las pretensiones de la demanda expuso(29) :

“I. A las pretensiones

“Con excepción de las pretensiones primera y décima tercera, a las que me allano expresamente, me opongo a todas y cada una de las treinta y cinco (35) pretensiones restantes, que en forma principal, subsidiaria y/o alternativa, propone el apoderado de la convocante, pues carecen de fundamento de hecho, razón y derecho, en la medida en que:

a) Corresponden a manifestaciones de la demandante fundadas exclusivamente en apreciaciones subjetivas, ajenas a lo pactado en los contratos así como al comportamiento que contractualmente observaron las partes en vigencia de los distintos contratos que celebraron.

b) Incluye pretensiones que no pueden tramitarse bajo este procedimiento, pues corresponden a asuntos no susceptibles de transacción.

c) Corresponden a pretensiones, muchas de las cuales se excluyen unas a otras entre sí.

d) Desconocen lo pactado por las partes bajo los convenios de concesión, transacción y agencia comercial.

e) Se fundamentan en presuntos incumplimientos cuya reclamación judicial ha prescrito.

f) Corresponden a pretensiones meramente indemnizatorias fundadas en el presunto incumplimiento de unos contratos que por solicitud de la demandante, el tribunal debe declarar que no se han extinguido (por inexistencia, nulidad absoluta, inoponibilidad y/o convención novatoria, y terminación sin justa causa) pasando por alto que las pretensiones son accesorias o consecuenciales a otras principales que claramente ha definido la ley.

g) Argumentativamente no tienen un criterio o centro de imputación definido que permita a la convocada asumir la defensa de sus derechos, pues indistintamente se califican a uno o varios hechos como motivos de incumplimiento, ejercicio de facultades contractuales abusivas, comportamientos abusivos, comportamientos dolosos, ejercicio excesivo de facultades contractuales, modificación unilateral no autorizada de los contratos, pérdida del equilibrio económico y financiero del contrato, entre otros.

h) Algunas de ellas se fundamentan en instituciones jurídicas no reconocidas por la ley, la jurisprudencia o la doctrina”.

3. Propuso las siguientes excepciones de mérito(30) :

a) Falta de jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de la controversia derivada del contrato de transacción.

b) Falta de jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de la controversia derivada de los servicios que como concesionario y/o agente comercial de Bellsouth, Intercelular alega haber desarrollado, en el diciembre 29, 1998 a septiembre 9, 1999.

c) Inexistencia de cláusula compromisoria o pacto arbitral bajo el contrato de concesión.

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

e) Nulidad por error en el objeto del contrato de concesión.

f) Inexistencia de las obligaciones derivadas del contrato de concesión celebrado en agosto 6, 1994.

g) Transacción respecto de las diferencias surgidas al momento de terminar por mutuo acuerdo el contrato de concesión.

h) Excepción de contrato no cumplido frente al contrato de agencia.

### **C) Reconvención.**

1. En cuanto a la reconvención, Bellsouth presentó los siguientes hechos y consideraciones<sup>(31)</sup> :

Entre Bellsouth, como agenciado, e InterCelular, como agente, se celebró a comienzos de 1999 un contrato de agencia comercial, cuyas estipulaciones se recogieron en el contrato de agencia, suscrito en septiembre 10, 1999.

En virtud del mismo InterCelular adquirió, entre otras obligaciones, la de entregar en su oportunidad las sumas de dinero, o cualquier otro efecto que hubiese recibido en desarrollo de su labor, así como también la de cumplir con las metas y resultados establecidos por Bellsouth.

a) En agosto 30, 1999, Bellsouth e InterCelular llegaron al acuerdo que se recoge en el “documento acuerdo InterCelular Celumovil S.A.”, en virtud del cual, Bellsouth se comprometió, por un lado, a liquidar comisiones causadas y adeudadas a InterCelular con corte a agosto 31, 1999 y girarle como abono \$ 50.000.000, una vez se hubiera firmado el contrato de agencia y, por otro lado, a abonar el excedente a la deuda vigente con Bellsouth con corte a la misma fecha, así como a prestarle \$ 300.000.000 en tarjetas prepagadas de diferentes denominaciones, las cuales serían entregadas a InterCelular en despachos mensuales, por valor de \$ 50.000.000 cada uno, durante seis (6) meses.

b) De igual manera se pactó que InterCelular pagaría la suma equivalente a cada despacho de tarjetas en veinticuatro (24) cuotas iguales de capital más intereses a una tasa equivalente mensual vencida al “DTF” más 2 puntos, a partir del mes trece (13) de cada despacho.

c) Se acordó, asimismo, que el valor correspondiente a los intereses mensuales durante el primer año en cada caso, se causarían a partir del día 31 de cada despacho y se pagarían por meses vencidos durante el plazo muerto de pago de capital.

d) Por último se convino la refinanciación de la cartera pendiente de pago por parte de InterCelular en los términos allí relacionados.

e) A marzo 20, 2003, InterCelular adeudaba a Bellsouth la suma de \$ 585.289.283.

f) InterCelular incumplió el contrato de agencia en relación con el número de afiliaciones de nuevos suscriptores, pues no alcanzó a superar los topes establecidos por Bellsouth.

g) Tales conductas son causa de terminación justificada del contrato de agencia de conformidad con la cláusula 10.2 del mismo y conlleva las sanciones, penas e indemnizaciones allí establecidas.

h) Para abril 17, 2002, fecha en la que se comunicó a InterCelular la terminación del contrato de agencia por su incumplimiento, InterCelular debía a Bellsouth la suma consignada en el corte de cuentas de marzo de 2003 y seguía incumpliendo la obligación de alcanzar las metas de afiliaciones de nuevos suscriptores establecidas por la convocada.

2. En la reconvención Bellsouth solicita<sup>(32)</sup> :

### **“I. Declaraciones y condenas**

Primera: Que se declare que InterCelular de Colombia S.A. incumplió el contrato de agencia comercial celebrado con mi poderdante el 10 de septiembre de 1999, por cuanto no pagó oportunamente las sumas de dinero, que en los hechos se identificarán por sus cantidades y conceptos, ni alcanzó los niveles de ventas requeridos periódicamente



para tal efecto por mi poderdante.

Segunda: Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare a su vez, que la decisión adoptada por mi poderdante el 17 de abril de 2002 de dar por terminado unilateralmente el referido contrato de agencia, obedeció a las justas causas señaladas para tal efecto en los literales d) y e) de la cláusula 10.2 de dicho contrato.

Tercera: Que como consecuencia de la declaración anterior, se declare a su vez que, debido a los incumplimientos precedentes a la sociedad convocada en esta contrademanda, mi poderdante no está obligada a pagarle o reconocerle a Intercelular de Colombia S.A. multa o indemnización alguna, al tenor de los literales a) y b) del numeral 1º del artículo 1325 del Código de Comercio, por así haberse pactado en la cláusula 10.2 del contrato de agencia comercial.

Cuarta: Que como consecuencia de las anteriores pretensiones declarativas se condene a la sociedad Intercelular de Colombia S.A. a pagar a mi poderdante la suma de quinientos sesenta y nueve millones doscientos dos mil veintitrés pesos (\$ 569.202.023) moneda corriente, o la que pericialmente resulte probada en el proceso junto con sus intereses moratorios, a una tasa igual al doble del interés corriente exigible y hasta cuando se verifique su pago.

Quinta: Que como consecuencia de las anteriores pretensiones declarativas, se condene a Intercelular de Colombia S.A. a pagar a mi poderdante la suma de dinero equivalente a quince mil unidades de poder adquisitivo constante (15.000 UPAC"s) acordada a título de pena en la cláusula 10.3 del contrato de agencia comercial, o en la unidad de poder adquisitivo que rija al momento del proferimiento del laudo.

Sexta: Que como consecuencia de las anteriores pretensiones, se declare que Intercelular de Colombia S.A. le causó perjuicios a mi poderdante Bellsouth de Colombia S.A., y que en consecuencia, está obligado a indemnizarlos, en la modalidad de daño emergente y lucro cesante, de conformidad con la tasación pericial que se realizará sobre el particular.

Séptima: Que igualmente y como consecuencia de las condenas impuestas en las anteriores pretensiones, se disponga que la restitución de la suma de dinero allí contenidas (sic), se efectúen debidamente actualizadas o indexadas, teniendo en cuenta para ello el índice de precios al consumidor (IPC) certificado por el Departamento Nacional de Estadística, DANE.

Octava: Que se condene a las sociedad Intercelular de Colombia S.A. a pagarle a mi mandante el valor de las costas del presente proceso”.

#### **D. Réplica.**

1. La convocada, en la réplica, aceptó como cierto el hecho 2 y negó los restantes(33) .

2. Así mismo Intercelular manifestó oponerse a “todas y cada una de las pretensiones de Bellsouth y contenidas en la demanda de reconvención de la referencia, es decir a las pretensiones primera, segunda, tercera, cuarta, quinta, sexta, séptima y octava, al carecer todas estas de sustento en los hechos y con base en las excepciones de mérito que a continuación se indican ...”(34) .

3. Por último(35) , Intercelular formuló las excepciones de fondo específicas que denominó:

- a) Excepción de contrato no cumplido;
- b) Inoponibilidad de las obligaciones;
- c) Nulidad relativa por vicio del consentimiento consistente en dolo;
- d) Inexistencia de la obligación;
- e) Ausencia de causa de la obligación; y
- f) Compensación.

### III. Consideraciones del tribunal

#### A. Aspectos procesales.

1. Previo al análisis del fondo de la controversia, el tribunal pone de presente que el proceso **reúne los presupuestos procesales requeridos para su validez y, por ende, para permitir la expedición de pronunciamiento de mérito.**

2. En efecto:

- a) De conformidad con los certificados de existencia y representación legal acompañados al arbitraje, tanto Intercelular como Bellsouth son sociedades comerciales legalmente constituidas, cuyos representantes legales son mayores de edad.
- b) Ambas partes actuaron por conducto de apoderados reconocidos en estas diligencias.
- c) El tribunal encontró que:
  - i) Había sido integrado e instalado en debida forma;
  - ii) Las partes eran plenamente capaces y estaban debidamente representadas;
  - iii) Las partes consignaron oportunamente las sumas que les correspondían, tanto por concepto de gastos como por concepto de honorarios;
  - iv) Las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y las partes tenían capacidad para ello.
- d) El tribunal también encontró ajustadas a las previsiones legales la forma tanto de la demanda como de la reconvención.
- e) El proceso se adelantó en todas sus fases con observancia de las normas procesales establecidas al efecto.
- f) No obra causal de nulidad que afecte la actuación.

#### B. Contrato de transacción. Eficacia.

1. Dada la forma en que ha sido planteada la controversia materia de este proceso, la primera cuestión que debe resolver el tribunal es la contenida en la pretensión 9 de la demanda, incluyendo las subsidiarias o alternativas de la misma, todas relacionada con el contrato de transacción [\(36\)](#).
2. En las mencionadas pretensiones la convocante plantea la inexistencia, la nulidad absoluta, la nulidad relativa o la inoponibilidad del contrato de transacción, es decir, ataca por todos sus aspectos la eficacia inicial o liminar del acuerdo, lo que lleva al tribunal a examinar el punto con un orden metodológico gradual, que debe partir del análisis de las condiciones para la existencia del mencionado acto jurídico, vale decir los requisitos para que este adquiera entidad vital; y que luego avance por las sendas de la validez del acto ya existente en lo que ha sido glosado, para concluir en ver si alcanzó su eficacia plena, esto es, la realización o ejecución en el mundo del derecho de la voluntad de quienes lo celebraron.
3. Averiguar por la existencia y validez de un acto supone siempre la distinción entre el ser en sí mismo, y el vigor o fuerza del ser para la creación sin vicios de los efectos buscados. Así, la falta de existencia es la nada y la falta de sanidad o validez es la nulidad. Aquella es ausencia de ser; esta la existencia de un ser imperfecto.
4. La doctrina ha reducido a tres los requisitos de existencia de un acto jurídico, o requisitos de “esencia” de un acto, para emplear los términos del artículo 1501 del Código Civil (“Código Civil”):
  - a) La voluntad;
  - b) La forma idónea de manifestarla; y

c) El objeto.

Si ellos concurren, el acto surge a la vida del derecho y tiene la virtualidad de producir efectos; necesitará otros elementos para su plena validez, pero adquirió ya su entidad vital.

5. El contrato de transacción fue suscrito por quienes a la sazón ostentaban la representación legal de Intercelular y de Bellsouth, Sres. Claudia Restrepo y Carlos Carreño, respectivamente. En el texto del convenio se hizo constar la autorización de las respectivas juntas directivas, la de Intercelular con mención expresa del acta 15 de diciembre 5, 1998, y la de Bellsouth sin precisión de su número y fecha.

6. Se ha cuestionado por Intercelular la facultad de quien fuera su propia gerente, Sra. Claudia Restrepo, para comprometer a la sociedad en los términos del convenio que se analiza. Nada se objetó, en cambio, sobre la autorización recibida por el representante legal de Bellsouth. El tribunal contraerá entonces su estudio al análisis de la representación de Intercelular y a las facultades de su gerente, y lo hará examinando dos hipótesis diferentes:

a) La que supondría la necesidad de una autorización especial de la junta directiva a la Sra. Restrepo; y

b) La contraria, en la cual no habría necesidad de dicha autorización por estar el convenio enmarcado dentro de sus facultades ordinarias.

7. A pesar de la constancia que obra en su texto, el acta 15 de diciembre 5, 1998 —citada en el contrato de transacción como origen de las facultades del representante— no aparece en el libro de actas de tal órgano de intercelular, exhibido en diligencia cumplida en el curso del proceso. De otro lado, quien certifica que el acta “es fiel copia del libro de actas” es la propia Sra. Restrepo, gerente de la sociedad, suscriptora del convenio en esta calidad y, además, según allí se expresa, secretaria de la citada reunión de la junta directiva de la convocante.

8. Esta inconsistencia, sumada al hecho de haber resultado imposible la comparecencia de la Sra. Restrepo a rendir testimonio dentro del proceso, hubiera podido conducir a desestimar el documento denominado “acta 15 de 1998” y, eventualmente, a deducir de ello la carencia de facultades de la Sra. Restrepo para comprometer a su representada en la forma como se consignó en el contrato de transacción.

9. Sin embargo, obran dos circunstancias, de carácter formal pero no por eso de menor eficacia, que llevan al tribunal a una conclusión diferente:

a) La primera es la de no haber sido tachada de falsa el acta referida en los términos de los artículos 289 y 290 del Código de Procedimiento Civil(37), omisión esta que produce como efecto, precisamente, el de la autenticidad del documento, como se deduce del artículo 252 (3) ibidem(38), que claramente prevé tal consecuencia cuando habiéndose aportado el documento al proceso, como ocurrió en el presente caso en el curso del testimonio del Sr. Fernando Salgado, y estar el mismo suscrito por la parte contra quien se opone, esta no lo tachó de falso oportunamente.

A este respecto el tribunal no comparte la posibilidad de hacer distinciones en cuanto al tipo de falsedad del documento, como las que se formulan en el alegato de Intercelular(39) —distinciones que eventualmente cabrían en otros ordenamientos jurídicos— porque las normas citadas no distinguen y, por ende, el intérprete no puede hacerlo. Antes por el contrario, tales normas son aplicables a cualquier tipo de falsedad como se deduce de la frase inicial del artículo 290 *in fine*, sobre el trámite de la tacha, cuando prevé que en el escrito “deberá expresarse en qué consiste la falsedad y pedirse las pruebas para su demostración”.

b) La segunda circunstancia es el hecho mismo de haber actuado la gerente de Intercelular como secretaria de la reunión de su junta directiva de diciembre 5, 1998, y haber autorizado, también ella, la copia de la denominada “acta 15 de 1998” que fue allegada al proceso. Porque así, la copia de esta acta quedó autorizada por la representante legal de la convocante, lo que conforme al artículo 189 del Código de Comercio (“C. Co.”)(40) constituye prueba suficiente de los hechos que constan en la misma, es decir, de la autorización a la gerente para suscribir el contrato de transacción.

10. Pero aún en la hipótesis de que el acta 15 de 1998 no hubiera reflejado una reunión real de la junta directiva de

Intercelular y que la Sra. Restrepo, como gerente de la misma, la hubiera simulado para atender la petición hecha por Bellsouth a todos sus concesionarios, según se deduce de testimonios recibidos(41) , de obtener de los respectivos órganos directivos autorización expresa para la celebración de convenios similares, habría que concluir que la apariencia de normalidad y realidad de la autorización contenida en el documento —certificado además por la propia representante legal— constituyó suficiente certeza del hecho para Bellsouth y generó los mismos efectos que se habrían generado si todo lo aparente hubiere sido real.

11. Se trataría aquí de una aplicación puntual de la llamada “teoría de la apariencia”, hoy decantada por la doctrina y la jurisprudencia como autónoma e independiente, orientada esencialmente a buscar que “la creencia equivocada, basada en la realidad visible, pueda tener prelación sobre la verdad jurídica”, según afortunada expresión de Jorge Suescún(42) .

Cabría asimilar el hecho, igualmente, a lo que la doctrina argentina denomina “representación aparente”, sintetizada por Hugo Omar Taranto en estas palabras, que cuadran muy precisamente con lo que se comenta sobre el acta 15:

“Cuando la actividad en nombre ajeno se apoya en la apariencia de poder, nos hallamos en el ámbito de los efectos propios de la representación, siempre que esa apariencia obedezca al comportamiento del pretendido representado, cuando con sus hechos o su inacción contribuya a crearla, de tal manera que los terceros pudieran confiar razonablemente en la legitimación del representante”(43) .

Porque no puede perderse de vista que Intercelular conoció y explicó la razón para haber suscrito el contrato de transacción, así no hubiera sido enteramente satisfactorio para la sociedad y en este sentido la apariencia habría obedecido “al comportamiento del pretendido representado, cuando con sus hechos o su inacción contribuya a crearla”, como se deduce de manifestaciones del testigo Sr. Ricardo Sánchez(44) .

12. Como adelante se verá, el contrato de transacción esencialmente buscó dar por terminado el contrato de concesión, efectuar una liquidación de las prestaciones pendientes de pago a cargo de cada parte y transigir sobre dos prestaciones inciertas:

- a) La que podría derivarse de los casos de “churn” a cargo de Intercelular; y
- b) La que podría existir a cargo de Bellsouth si el contrato de concesión llegare a ser calificado como de agencia mercantil en vez de concesión.

13. Según su texto no tiene este convenio más alcance. No hay en él un nuevo contrato, ni se crean prestaciones diferentes de las propias de la liquidación del negocio iniciado en mayo 20, 1997 y de las concesiones recíprocas que pueden calificarse como materia de transacción que adelante se comentarán.

14. Podría, entonces, pensarse que la representante legal, en los términos del estatuto social, contaba con “amplias facultades generales para el buen desempeño de su cargo y con los poderes especiales que exige la ley para novar, transigir, comprometer y desistir, y para comparecer inclusive en juicios en los cuales se dispute la propiedad de los bienes de la sociedad”(45) y, por consiguiente, no le era necesaria autorización especial de la junta directiva de su representada para manifestar eficazmente la voluntad social.

15. El tribunal se inclina por la hipótesis enunciada en el numeral 6º (a) precedente, porque el contrato de transacción es uno de aquellos actos o contratos cuya cuantía excede la suma equivalente a 150 salarios mínimos legales mensuales vigentes, respecto de los cuales, de modo general, se impone en los estatutos de Intercelular la limitación de requerir autorización de la junta directiva(46) , todo dentro del régimen previsto en el artículo 196 del Código de Comercio que establece que “la representación de la sociedad y la administración de sus bienes y negocios se ajustarán a las estipulaciones del contrato social, conforme al régimen de cada tipo de sociedad”.

16. Así, la capacidad de la representante legal de Intercelular estuvo entonces limitada por las estipulaciones estatutarias y requirió para celebrar el contrato de transacción de las autorizaciones que le fueron otorgadas en la reunión a que se refiere el acta 15 de 1998, cuya autenticidad formal ya fue comentada.

17. Con todo, sea una u otra hipótesis, para el tribunal la voluntad de Intercelular —primer requisito de existencia del acto jurídico que se estudia— reunió las condiciones que tiene precisadas la doctrina desde hace ya varias décadas(47).

18. En efecto:

- a) La Sra. Restrepo tuvo en el momento de la celebración del convenio suficiente poder para representar a la convocante, bien derivado de una facultad especial, ora de la general inherente a quien ejerce la representación legal de una sociedad;
- b) Tuvo además la voluntad de obrar por cuenta de su representada, y de haberla manifestado así en el convenio; y
- c) Tuvo el propósito de contratar o negociar, reflejado en la creación de efectos para la sociedad de que era gerente, esencialmente los derivados de la declaración de extinción del contrato de concesión y de la transacción o renuncia de derechos, como adelante se tratará.

19. La segunda condición para la existencia del acto que se analiza es la expresión de la voluntad en la forma idónea prescrita por la ley. No cabe duda alguna acerca de que el contrato de transacción no requiere formalidad o solemnidad especial: es un acto consensual que las partes plasmaron, *ad probationem*, en el texto de diciembre 29, 1998.

20. Por último, como tercera condición para la existencia del acto, es preciso que haya o exista un objeto, posible y determinado por las partes, formado no solo por las obligaciones que provienen del acto, individualmente consideradas, sino por el conjunto de las mismas, conjunto con el cual se persigue el propósito final de los agentes.

21. El contrato de transacción es rico en consecuencias, tanto por la voluntad extintiva en él contenida respecto del contrato de concesión, como por la renuncia o transacción de prestaciones y derechos.

22. El objeto del convenio es posible, como posible es la terminación por mutuo acuerdo de un contrato anterior y la transacción acerca de prestaciones inciertas o discutibles con el ánimo de zanjarlas, si ya se hubieren presentado, o de prevenir su ocurrencia. Porque la transacción es un contrato en que las partes, precisamente, “terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual”, conforme a la definición del artículo 2469 del Código Civil, que conviene traerla ahora frente a la forzada explicación de la convocante en el alegato de Intercelular(48) acerca de que con anterioridad a diciembre 29, 1998 las partes no tenían ninguna diferencia.

23. La sola prevención de un litigio —litigio que evidentemente se presentó y hoy se decide— mediante concesiones o renunciaciones recíprocas, hace válida la transacción, así no hubiera habido diferencias litigiosas previas, lo que, habida cuenta del acervo probatorio, ciertamente resulta improbable, por severa que sea la calificación que se emplee, para definir cuándo y en qué condiciones una diferencia resulta litigiosa.

24. Pero aun si el contrato de transacción solamente hubiera consagrado la terminación del contrato de concesión o solamente hubiera acordado la renuncia de unos derechos, o la determinación de algunas prestaciones por pagar, sin constituir transacción como tal en los términos de la legislación positiva, habría tenido sin duda un objeto, posible y determinado por las dos partes.

25. No cabe, pues, duda al tribunal acerca de que este tercer aspecto se da en el convenio que se estudia y completa las exigencias doctrinarias para que exista la voluntad en el acto y, con ella, se dé también la existencia del acto mismo.

26. Así las cosas, no prosperará la pretensión 9 de la convocante respecto de la inexistencia del contrato de transacción, circunstancia de la que dará cuenta la parte resolutoria del laudo.

27. Despejado lo referente a la existencia del contrato de transacción, acomete el tribunal lo tocante a su validez en los términos que siguen.

28. Varias son las condiciones que un acto jurídico ya existente debe reunir para que pueda decirse que es plenamente válido(49), es decir, que no está afectado de nulidad, absoluta o relativa, y que sus prestaciones tienen

claridad y firmeza:

- a) Que los agentes que lo celebran sean plenamente capaces;
- b) Que su voluntad o consentimiento no adolezca de vicios;
- c) Que su objeto sea lícito;
- d) Que no haya lesión, si la ley la establece para ese determinado acto o contrato; y
- e) En todo caso, que se cumplan todos los requisitos y formalidades prescritos por la ley para su validez.

29. De las antedichas condiciones la convocante estima que faltan dos (2) y, por vía subsidiaria, busca la nulidad del contrato de transacción aduciendo:

- a) El objeto ilícito como causante de nulidad absoluta; y
- b) El dolo-vicio del consentimiento como causante de nulidad relativa (pretensiones 1ª y 2ª alternativas de la 9ª principal).

30. En cuanto a la ilicitud del objeto del convenio, no encuentra el tribunal en el texto del mismo, o en los hechos de la demanda, o en el conjunto de pruebas practicadas dentro del proceso, nada que permita pensar que el contrato de transacción, o alguno de sus apartes, resulta lesivo o atentatorio del derecho público de la Nación o de normas legales imperativas, o contrario a la moral o a las buenas costumbres, conceptos estos que enmarcan la noción de ilicitud en el ordenamiento privado.

31. Tampoco hay mención alguna de actuaciones u omisiones imputables a Bellsouth que tuvieran esa connotación de ilicitud, referida conforme acaba de decirse, a violaciones de normas imperativas o de reglas de la moral o de las buenas costumbres. Al parecer tampoco la convocante encontró motivo de esta estirpe, pues ninguna referencia hace de la grave inculpa en el alegato de InterCelular.

32. En estas circunstancias es forzoso concluir que la pretensión subsidiaria de ilicitud del objeto del contrato de transacción está llamada a fracasar por no haber sido demostrada.

33. Por su parte, el dolo-vicio del consentimiento está fundado por la convocante esencialmente en que la verdadera intención de Bellsouth al proponer la celebración del contrato de transacción no fue propiamente la de solucionar controversias existentes, sino la de evitar pagar la prestación consagrada en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio(50), y en que con ese propósito redactó el texto del convenio y empleó maniobras como la de hacer creer a los concesionarios que en la nueva forma contractual se acabaría el “churn”, que venía causando a estos notables erogaciones, cuando en la práctica futura no fue así.

34. Obran en el proceso evidencias sobre el ambiente tenso que se vivía a finales de 1998 en la ejecución del contrato de concesión, sobre la posibilidad que entonces planteaba la convocada de cambiar las condiciones de la relación comercial con sus concesionarios y sobre la suscripción de un nuevo contrato, que ahora sería de agencia comercial y no de concesión(51).

35. Además del testimonio rendido por Ricardo Sánchez(52), en los hechos de la demanda 5, 21 y 50, entre otros, se alude a tales cambios. El contrato de transacción tuvo, entonces, antecedentes, y si bien la redacción del proyecto fue autoría de la convocada —que lo acepta así y se menciona, además, en otra parte del laudo— ambas partes tenían clara conciencia de lo que iba a hacerse.

36. Sin duda el contrato de transacción fue una primera etapa; después vendría la segunda, a partir de la suscripción del nuevo contrato. Así quedó planteado en la reunión que se realizó con los concesionarios (53), algunos de los cuales formalizaron inmediatamente la nueva relación, mientras otros lo hicieron más tarde, como fue el caso de InterCelular. Otros nunca la suscribieron.

37. El texto del convenio fue igual para todos los concesionarios y les fue presentado en forma coetánea. En él se



precisa su objeto sin ambigüedades: terminar los contratos de concesión y precaver, mediante renunciaciones recíprocas, eventuales diferencias litigiosas.

38. En el texto del contrato de transacción expresamente se dice “que las partes han decidido de común acuerdo dar por terminado, a partir del día veintinueve (29) de diciembre de 1998, el contrato de concesión referido” (cláusula 2); que “habida cuenta que la terminación del contrato que por este documento se conviene, tendrá lugar el día de hoy, veintinueve (29) de diciembre de 1998 ...” (cláusula 5); y que “además, a partir de la fecha, declaran terminado el referido contrato, renunciando recíprocamente a cualquier reclamación o acción judicial originada en el mismo...” (cláusula 12).

39. También se dice con toda claridad que “independientemente de la validez del derecho en que se sustenta la reclamación de cada una de las partes, estas convienen en renunciar mutuamente, en forma expresa e irrevocable, a reclamar de la otra parte, el pago de cualquier suma de dinero causada por los conceptos indicados en los numerales sexto [“churn”] y octavo [prestación del artículo 1324 del Código de Comercio] y por todo otro concepto derivado del contrato de concesión referido ...” (cláusula 10).

40. No ve el tribunal, entonces, maquinación que pudiera llevar a un engaño. El texto no da pie para equívocos. Y los representantes legales de las dos partes sabían bien lo que estaban haciendo.

41. Por lo demás, siempre estuvo Intercelular en libertad de no suscribir el convenio y optar por la liquidación del contrato de concesión sin las renunciaciones que acordó, pero también sin las ventajas que pudo obtener del arreglo, en especial la posibilidad de continuar la relación comercial con Bellsouth.

42. Apartes de un reciente laudo arbitral, referido tanto por Intercelular como por Bellsouth en el presente proceso, vienen bien al punto que aquí se decide(54) :

“Quedó demostrado en el proceso que el cambio de modalidad contractual, esto es, de contrato de concesión a contrato de agencia comercial, respondió a una política comercial homogénea de Celumóvil (hoy Bellsouth) para con todos sus distribuidores o concesionarios. En este sentido se puede afirmar que el contrato denominado de “terminación y transacción”, es un contrato de adhesión en la medida en que su clausulado fue predispuesto unilateralmente por una de las partes; tenía el carácter de uniforme para toda una red de distribuidores y su contenido era rígido e inmutable para quienes iba dirigido. Pero el hecho de que el contrato sea de adhesión o por adhesión, es decir, en donde una de las partes está en imposibilidad o en incapacidad de discutir su contenido, no significa que no exista el consentimiento del adherente(55) (...).

El tribunal considera relevante exponer, grosso modo, la regla del *venire contra factum proprium non valet*. De acuerdo con doctrina exquisita dicha regla significa, en palabras escuetas, que ‘nadie puede cambiar su designio en perjuicio de otro’. La regla está fundada en la buena fe e impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente. ‘A nadie es lícito hacer valer un derecho en contradicción con su anterior conducta, cuando esa conducta, interpretada objetivamente según la ley, las buenas costumbres o la buena fe, justifica la conclusión de que no hará valer el derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe’.

Los requisitos para la aplicación de la doctrina de los actos propios son los siguientes: (i) Una primera conducta jurídicamente relevante y eficaz de un sujeto; (ii) El posterior intento por el mismo sujeto de ejercitar una facultad o derecho subjetivo que resulta contradictorio con su conducta anterior; (iii) La identidad de los sujetos que actúan y se vinculan en ambas conductas y (iv) La doctrina de los actos propios es de aplicación subsidiaria. Todos estos supuestos se dan en el presente caso (...).

En este orden de ideas, estima el tribunal que el dolo, esto es, ‘la intención positiva de inferir injuria a la persona o propiedad de otro’ y que aparece invocado por Multiphone, no está probado en el presente proceso. El cambio de modalidad contractual no estuvo precedido por maquinaciones tendientes a ocasionar un perjuicio a la sociedad convocante y antes, por el contrario, esa modificación respondió a un cambio en la política comercial de Bellsouth, en ningún momento contrario al ordenamiento jurídico (...).



Si bien formalmente hay modificación del tipo negocial que disciplinaba comercialmente a las partes de este litigio, la convocante mucho tiempo después, y pese a la permanencia de un vínculo jurídico con la convocada, decide demandarla, buscandointer alia, el anonadamiento del contrato de transacción de 13 de enero de 1999. Esto, obviamente, no será aceptado por el tribunal bajo el entendido de que si bien el comportamiento de la convocante no es el resultado de intenciones protervas, engañosas o maliciosas destinadas a defraudar a la contraparte, su comportamiento resulta contrario a la buena fe, como quiera que transgrede el deber de corrección que ella impone”.

El tribunal comparte las apreciaciones transcritas, formuladas en caso enteramente igual al que hoy se decide, y con base en ellas, y en las consideraciones que atrás quedaron expuestas, denegará la pretensión de nulidad relativa por vicio de dolo en el consentimiento impetrada por la convocante.

43. En la misma pretensión 9 y como tercera alternativa subsidiaria, la convocante plantea la inoponibilidad como factor de ineficacia del contrato de transacción.

44. De conformidad con el artículo 901 del Código de Comercio la inoponibilidad está referida exclusivamente a la publicidad que, por exigencia legal, debe tener un acto o negocio determinado. Y está, además, instituida para la protección de los terceros a quienes se pretenda vincular a los efectos de un acto que no ha sido dotado de la publicidad exigida, y no de las partes entre quienes se celebra, pues a estas no se oculta lo que realizaron. El texto de la norma citada no se presta a dudas:

“Será inoponible a terceros”, dice, “el negocio jurídico celebrado sin cumplir con los requisitos de publicidad que la ley exija” (Enfasis añadido).

La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, a su turno, apuntala el punto de vista del tribunal, como puede deducirse del siguiente aparte de la sentencia de febrero 27, 2001(56) , luego reiterado en sentencia de septiembre 5, 2002(57) :

“Es en esto, justamente, en lo que se diferencian sustancial y cardinalmente la nulidad y la inoponibilidad, pues que al paso que en aquella el contrato se aniquila, en razón de lo cual se mirará en adelante como si jamás hubiese sido celebrado, en esta el contrato subsiste entre las partes. Los contratantes, pues, seguirán sujetos al vínculo jurídico que creó el contrato; o sea, que allí seguirá imperando el postulado de que lo pactado es ley para las partes contratantes, habida cuenta que sus relaciones para nada se han alterado con la declaración de inoponibilidad. Lo que ocurre es que el tercero se pone a cubierto, con la certeza que entraña una decisión judicial, de los efectos del contrato por otros celebrado”.

45. El contrato de transacción no requirió publicidad, ni debió inscribirse en ningún registro público, como serían el de comercio o el de instrumentos públicos. Ni siquiera debió elevarse a escritura pública. De otro lado la protección en que consiste la inoponibilidad no podría hacerse valer entre las partes contratantes(58) , sino solo en beneficio de terceros ajenos al acto celebrado. En el terreno de la técnica jurídica está, entonces, indebidamente planteada la pretensión subsidiaria que se analiza.

46. No obstante, el tribunal interpreta la pretensión en el sentido de que por una supuesta carencia de facultades del representante legal de Intercelular, conforme a los estatutos sociales —estos sí objeto de publicidad a través del registro público de comercio— el instrumento suscrito por dicho representante no obliga a la sociedad. Porque sería de presumir que quien contrató con dicho representante debió tener el cuidado de examinar las facultades de que gozaba, so pena, de no tenerlas, de crear una relación que más tarde eventualmente fuera declarada inexistente.

47. En este sentido el punto queda centrado en las facultades del representante legal y su capacidad para celebrar un acto o contrato determinado, aspectos que ya fueron analizados por el tribunal. Baste ahora simplemente reiterar que la denominada acta 15 de 1998, cuya autenticidad formal fue adquirida por ministerio de los artículos 252 (3), 289 y 290 del Código de Procedimiento Civil, facultó a la representante legal de Intercelular para la celebración del contrato de transacción.

48. No prosperará, en consecuencia, lo pedido por la convocante en la pretensión 9 (tercera alternativa) de la demanda.

### **C. Efectos del contrato de transacción respecto del contrato de concesión. Pretensiones de Intercelular.**

1. Como atrás se dijo, el contrato de transacción tuvo dos propósitos esenciales:

a) Dar por terminado el contrato de concesión; y

b) Convenir una transacción de derechos inciertos de ambas partes: el derivado de casos de “churn” a favor de Bellsouth y el derivado del artículo 1324 del Código de Comercio a favor de Intercelular. Todas las cláusulas del instrumento se refieren a tales propósitos, bien para liquidar las prestaciones ciertas pendientes de pago, ora para establecer procedimientos para determinar otras aun no liquidadas, ya para extender finiquitos y declaraciones de paz y salvo.

2. No hubo en el contrato de transacción ninguna referencia al contrato de agencia que venía proponiéndose, ni menos compromiso o promesa de cualquiera de las partes sobre los desarrollos futuros de su relación comercial.

3. Era conocido de ambas, eso sí, el itinerario que proponía Bellsouth tanto a Intercelular como a los demás concesionarios, en el sentido de que suscrito el contrato de transacción y solo entonces, podría celebrarse un nuevo contrato, de agencia comercial, para continuar los negocios bajo este nuevo esquema.

4. Para el tribunal no se oculta el interés de Bellsouth en la terminación del contrato de concesión, especialmente por lo que a la renuncia de la prestación del artículo 1324 antes mencionado se refiere; tampoco el interés de Intercelular en la suscripción del documento en referencia, especialmente por el arreglo de las obligaciones pendientes por los casos de “churn” y por el crédito que se le ofrecía en momento de dificultades.

5. Son, desde luego, motivaciones diferentes, aún contrapuestas, pero lícitas y conocidas de ambas partes, como quedó sentado en párrafos anteriores, como renunciables fueron los derechos correlativos y susceptibles de formar el objeto de una transacción en cuanto podían ser constitutivos de diferencias litigiosas, actuales o eventuales para precaver. De todos modos el carácter de diferencia litigiosa quedó comprobado con la convocatoria que originó el proceso que hoy termina.

6. No estima necesario el tribunal adentrarse en el concepto, la naturaleza y los efectos de la transacción. Aún en la hipótesis improbable de que no hubiera constituido transacción, la renuncia que se hizo de los derechos es plenamente válida por provenir de representantes legales, con capacidad y autorizaciones, versar sobre un objeto lícito, plenamente determinado y conocido de las dos partes y no estar prohibida.

7. Así mismo, es muy clara en el contrato de transacción, y ahí no cabe ni siquiera hipótesis de discusión, la voluntad de las partes de dar por terminado el contrato de concesión. En diciembre de 1998 las partes repitieron varias veces esa voluntad en términos explícitos —transcritos en apartados anteriores—(59) y a ese designio se orientan y apuntan prácticamente todas las cláusulas del documento. Mas aún, Bellsouth había hecho varias referencias a la necesidad de suscribir el contrato de transacción(60) y luego suscribir el nuevo contrato de agencia, como condiciones indispensables para continuar la relación de negocios.

8. En el caso concreto de Intercelular, fue demostrativa de esa voluntad extintiva el giro que tuvieron las relaciones comerciales a partir del contrato de transacción y durante todo el tiempo que corrió sin formalizarse por escrito el nuevo marco de negocios, como quedó expuesto por la propia convocante en la demanda(61) . Estas relaciones solo vinieron a regularizarse con la suscripción del contrato de agencia en septiembre 10, 1999. Pero, además, en este interregno hubo comunicaciones reiterativas de haber terminado la vinculación comercial iniciada en mayo de 1997 y de requerirse la suscripción previa del nuevo contrato(62) .

9. Fracasadas, pues, las pretensiones de declarar la inexistencia o la nulidad del contrato de transacción, no hay ninguna duda acerca de la terminación del contrato de concesión en diciembre 29, 1998. Como ya se expresó, los demás acuerdos formalizados en el instrumento en referencia aluden a diversos ángulos de la misma terminación, como las renunciaciones, las previsiones finales para arreglar las liquidaciones pendientes, y los finiquitos recíprocos.

10. Corresponde, entonces, tratar lo concerniente a las pretensiones relacionadas con el contrato de concesión, tarea que aborda el tribunal en los términos que siguen.

11. Por virtud de las cláusulas 11 y 12 del contrato de transacción, existente y plenamente válido, en relación con el contrato de concesión “las partes se declaran mutuamente a paz y salvo por todo concepto hasta el día de hoy” y “además, a partir de la fecha, declaran terminado el referido contrato, renunciando recíprocamente a cualquier reclamación o acción judicial originada en el mismo, como consecuencia de la transacción y declaración de paz y salvo de que tratan los numerales anteriores, las que tienen los efectos de mutuo finiquito”.

12. Consecuencia ineludible de estas categóricas declaraciones es la imposibilidad para el tribunal de reabrir discusiones y debates respecto de divergencias ya superadas con carácter irrevocable, es decir, hoy inexistentes.

13. Las pretensiones relativas a actuaciones u omisiones de cualquiera de las partes, ocurridas a partir de mayo 20, 1997 y hasta diciembre 29, 1998, no pueden prosperar, porque para todas y cada una de ellas se extendió un amplio paz y salvo, mutuo finiquito, con consecuencias extintivas.

14. Por supuesto, las prestaciones pendientes de liquidación a la fecha del contrato de transacción mantienen su existencia en los términos del mismo convenio y son desarrollo acordado por las partes de su voluntad de terminación del contrato de concesión.

15. Pero las que no fueron expresamente calificadas así en el convenio, con indicación precisa de su origen y monto, quedaron extinguidas por virtud de la transacción o de la renuncia, o del simple acuerdo de paz y salvo y finiquito recíproco.

16. La extinción de estas prestaciones tiene, además, el efecto propio de la cosa juzgada. Existente y plenamente válido, el contrato de transacción contiene, a juicio del tribunal, una verdadera transacción.

17. En estas consideraciones se ha planteado como hipótesis de trabajo para definir su eficacia, la de que el convenio fue una simple renuncia o un finiquito, concluyendo el tribunal con facilidad en que por cualquiera de las vías que se escoja su existencia y validez son incuestionables. Pero su esencia exacta es la de una transacción, en tanto en él se precave un litigio eventual claramente definido por las dos partes que celebraron el convenio, como lo expresaron en la cláusula 10 del mismo en los siguientes términos:

“Que dada la incertidumbre que asiste a las pretensiones expuestas por los contratantes en los numerales sexto y octavo anteriores y la indeterminación de cuáles podrían ser las cantidades que por ellas mutuamente se reclaman, **es su expreso deseo el de poner fin a aquella y, además, precaver, evitando, cualquier futuro litigio en torno al contrato referido, motivos por los que transigen, con los efectos propios de cosa juzgada, las diferencias aquí expuestas** y cualquier otra que pudiere existir respecto del contrato de concesión de fecha veinte (20) de mayo de 1997 ...” (Énfasis añadido).

Sugerencias sobre que Intercelular no sabía que era transacción, o no veía el alcance de las expresiones utilizadas en el convenio, o que no preparó su minuta o que su gerente firmó sin saber lo que hacía, no son de recibo tratándose de personas capaces, comerciantes experimentados.

18. Lo anterior, entonces, y sin necesidad de lucubraciones adicionales, cubre lo concerniente al negocio Semana, pues es indudable que cualquier actividad al respecto fue concebida al amparo del contrato de concesión(63) y llevada a cabo durante su vigencia, específicamente en el mes de julio de 1997(64) .

19. Por ende, al negocio Semana le son plenamente aplicables las estipulaciones de la cláusula 10 del contrato de transacción arriba transcritas, toda vez que tal actividad no encaja, en absoluto, dentro de las eventualidades previstas en las cláusulas 3, 4, y 5 del instrumento en mención que fueron, de manera expresa, las únicas pretensiones exceptuadas del finiquito plasmado en el contrato de transacción.

20. En armonía con todo lo expuesto, salvo la pretensión 1, todas las pretensiones declarativas contempladas en la demanda en el acápite “2.1.1. Derivadas del denominado ‘contrato de concesión’ suscrito entre las partes el veinte (20) de mayo de 1997”, así como las pretensiones de condena señaladas en el acápite “2.2.1. Derivadas del denominado ‘contrato de concesión’ suscrito entre las partes el veinte (20) de mayo de 1997” serán denegadas. Lo anterior supone, correlativamente, la prosperidad de la excepción propuesta por la convocada que se relaciona en la cláusula II (B) (3) (g) supra.

#### D. Relación entre las partes a partir del contrato de transacción y hasta la firma del contrato de agencia.

1. Se dijo atrás que a partir del contrato de transacción, Bellsouth redujo sustancialmente los despachos de teléfonos y tarjetas prepagadas a Intercelular y se negó a recibir y pagar facturas por comisiones de ventas realizadas por esta(65).
2. Tal conducta, reputada como “abusiva” por la convocante es, por el contrario, considerada por el tribunal como una consecuencia de la terminación del contrato de concesión.
3. Hubo, desde luego, transacciones durante este período, como se deduce no solo de algunos hechos de la demanda(66), sino de la comunicación de la presidente de Bellsouth de mayo 18, 1999, en la cual, a vuelta de reiterar que el contrato de concesión “se ejecutó hasta el día 29 de diciembre de 1998, fecha en la cual las partes de común acuerdo y con plena autonomía lo dieron por terminado y transigieron cualquier diferencia que sobre el mismo hubiesen podido tener”(67), concluye diciendo que “como comprenderán, por razones administrativas resulta imposible **seguir adelantando** labores de intermediación informales por parte de Intercelular de Colombia S.A. sin la correspondiente suscripción de un contrato que la formalice”(68) (Énfasis añadido).
4. Es evidente que luego del énfasis del contrato de transacción y de las actitudes de las partes, en especial de Bellsouth, sobre que la terminación del contrato de concesión en diciembre 29, 1998, las “labores de intermediación informales” ocurridas en el período transcurrido entre tal fecha y septiembre 10, 1999, fecha de firma del contrato de agencia, no pueden regirse por las normas del extinto contrato de concesión. Tampoco por las del contrato de agencia, pues no había sido aún suscrito.
5. Estima por ende el tribunal que estas operaciones formaron lo que el artículo 1331 del Código de Comercio(69) denomina “agencia de hecho”, a las cuales, según el mandato de tal norma, se aplican en lo que sea pertinente las reglas de la agencia consagradas en los artículos 1317 a 1330 ibídem.
6. La terminación del contrato de concesión en la forma antes evaluada, al igual que las consideraciones precedentes, tienen, además, importantes consecuencias respecto de la competencia del tribunal, según se explica a continuación(70).
7. Siguiendo el auto 11 de octubre 10, 2003, “[t]odo, pues, en el convenio de diciembre 29, 1998, incluyendo la transacción en él contenida, está referido en forma exclusiva al contrato del 20 de mayo de 1997, para terminarlo y para precaver y arreglar las diferencias existentes en relación con el mismo. Esta consideración lleva al tribunal a entender el convenio de diciembre 29, 1998 como la fase final, la fase de terminación y liquidación del contrato de concesión del 20 de mayo de 1997, y por ello también a entenderlo como un arreglo hecho en desarrollo —el desarrollo final— de este contrato”(71).
8. Luego del debate probatorio, el tribunal, visto lo allegado al proceso sobre las relaciones comerciales de las partes y la naturaleza de las mismas, confirma su apreciación de que el contrato de transacción termina, como fase final, el contrato de concesión.
9. Por consiguiente, a partir de diciembre 29, 1998 no hubo ya contrato de concesión y mientras se suscribió el contrato de agencia, el vínculo contractual fue ciertamente limitado, salvo por algunas operaciones que cayeron en lo que el artículo 1331 del Código de Comercio denomina, como ya se dijo, “agencia de hecho”. Pero esta agencia de hecho, informal, sin acuerdos ni normas expresas, y en particular **sin cláusula compromisoria**, no puede estar bajo jurisdicción arbitral, ni es dable hacerle extensiva la cláusula compromisoria pactada en la cláusula 13.3 del contrato de agencia, pues nada se dice en este instrumento sobre aplicación retroactiva del mismo.
10. La jurisdicción arbitral existió, bajo el contrato de concesión, desde mayo 20, 1997 y hasta diciembre 29, 1998, y con posterioridad a esa fecha, solo se extiende a las diferencias surgidas en relación con tal instrumento que no fueron objeto de transacción en los términos analizados en esta providencia.
11. Luego nació una nueva jurisdicción arbitral, convenida en el contrato de agencia que, por ende, rige para dirimir las diferencias surgidas entre las partes en relación con dicha convención.

12. En tal virtud, el tribunal concluye que las diferencias surgidas entre Intercelular y Bellsouth a partir de diciembre 29, 1998 y hasta septiembre 10, 1999 **no pueden** someterse a jurisdicción arbitral y deben plantearse, de existir y estar aún pendientes de solución, ante la jurisdicción ordinaria.

13. Esta conclusión implica, entonces, la prosperidad de la excepción planteada por Bellsouth en la contestación bajo la cláusula 3.2, de lo cual se dará cuenta en la parte resolutive del laudo.

### **E. El contrato de agencia. Ejecución.**

1. En las cláusulacláusula B, C y D precedentes de este capítulo del laudo se ha establecido que:

a) El contrato de transacción tiene plena validez y, por ende, surtió todos los efectos allí consignados, principalmente:

i) **Ponerle fin** por mutuo acuerdo al contrato de concesión, a partir de **diciembre 29, 1998**;

ii) **Transigir** las diferencias, reales o potenciales, que existieren entre las partes con motivo del instrumento antes mencionado, exceptuando lo estipulado en las cláusulas 3, 4 y 5 ibídem;

iii) **Renunciar** mutuamente a cualquier reclamación o acción judicial originada en el contrato de concesión.

b) Como consecuencia de lo anterior, ninguna de las pretensiones de la demanda atinentes al contrato de concesión (incluyendo la 10 sobre fecha de su terminación por mutuo acuerdo) tendrán prosperidad.

c) Que el tribunal carece de competencia para ocuparse de las divergencias entre las partes a partir de diciembre 30, 1998 y hasta la fecha de firma del contrato de agencia.

2. Por consiguiente, sigue ocuparse de lo concerniente al contrato de agencia, su ejecución, cumplida o no, y su terminación, justificada o no, por parte de Bellsouth.

3. Para tal fin el tribunal puntualiza en primer término que el análisis y evaluación subsiguientes atañen a las pretensiones 13 a 22 y 29 a 35 de la demanda(72) y 1 a 7 de la reconvención(73), a cuyo efecto se observa, desde ya, que la pretensión 13 no requiere debate de ningún tipo, toda vez que Bellsouth **se allanó expresamente** a la misma(74).

4. Planteado lo anterior, el tribunal comienza por señalar que su evaluación del contrato de agencia tiene como puntos centrales y de referencia los siguientes:

a) La regla del artículo 1602 del Código Civil(75), que consagra el universal principio pacta sunt servanda; y

b) La regla del artículo 871 del Código de Comercio(76), sobre alcance de lo pactado en los contratos y celebración y ejecución de buena fe de los mismos.

5. Es de amplia aceptación el carácter de los contratos como “ley para las partes” y ríos de tinta han corrido sobre este tópico. El tribunal, entonces, recoge tan afianzada concepción del lazo contractual y, simplemente, añade la siguiente explicación sobre el carácter vinculante de los contratos:

“Son múltiples las tentativas para explicar la naturaleza obligatoria de los contratos y Giorgi, después de enumerar y criticar varias de ellas, adopta la teoría que justifica tal obligatoriedad en el deber de veracidad. Según esa concepción, los hombres deben mantenerse fieles a sus promesas en virtud de la ley natural que compele a decir la verdad. Puede permanecer en silencio o hablar. Pero si se habla, y con ello se promete, la ley constriñe al cumplimiento de la promesa. A la manera de ver de Giorgi, este sistema suministra una explicación satisfactoria sobre la génesis contractual.

Me parece que la explicación de la obligatoriedad de los contratos, si bien no distante de este entendimiento, se basa en una preocupación que trasciende las líneas del interés particular para atender una necesidad de seguridad que es de orden general. Por ello, el problema debe ser encarado no desde una perspectiva individual sino desde



una social. Aquel que por libre expresión de voluntad, promete dar, hacer o no hacer cualquier cosa, crea una expectativa en el medio social que debe ser garantizada por el orden jurídico. El propósito de obligarse, implicando una restricción espontánea a la libertad individual, trae consigo consecuencias que afectan el equilibrio de la sociedad. Por consiguiente el ordenamiento jurídico, en defensa de la armonía de las relaciones interpersonales, crea elementos efectivos para asegurar el cumplimiento.

De hecho, es la ley la que hace obligatorio el cumplimiento de un contrato. Y también es la ley la que compele a aquel que libremente se ha obligado a mantener su promesa, procurando, de tal modo, asegurar las relaciones así establecidas”(77) .

6. Y es sin duda de carácter universal lo referente al obrar de buena fe en las relaciones contractuales. La doctrina y la jurisprudencia colombiana son unánimes en este sentido, como, por ejemplo, recuerda Felipe Vallejo en estudio sobre la buena fe en los contratos donde, además, apunta lo siguiente:

“La buena fe es un principio general incorporado al derecho positivo y considerado de orden público. Se halla implícito en todos los negocios jurídicos, cualquiera que sea su naturaleza. En materia contractual, consiste en actuar ambas partes (acreedor y deudor) en forma honesta y diligente —en todo momento. La honestidad simple no es suficiente para ser considerado de buena fe. Tampoco es equivalente la mala fe al dolo, aunque el dolo sea su máxima expresión. La conducta de las partes debe estar desprovista de cualquier intención dolosa, en el sentido de que no exista ánimo de engañar al otro para obtener ventajas que no han sido el producto de negociaciones sinceras, leales y transparentes”(78) .

7. Con el anterior marco de referencia y teniendo en cuenta la feliz apreciación del profesor Planiol en cuya virtud, “[t]oda cuestión de derecho puede formularse en los siguientes términos: ¿Qué es lo que tal persona puede exigir de otra? Es decir, tomando en sentido contrario la relación que las une ¿A qué está obligada la segunda persona en relación con la primera? Por tanto, toda cuestión de Derecho, cualquiera que sea se reduce siempre a la comprobación de un lazo obligatorio, y esta cuestión que es la primordial, comprende e implica todas las demás”(79) , es como acometerá el tribunal el estudio del contrato de agencia, de sus estipulaciones y de su ejecución y conclusión.

8. Sea lo inicial destacar que, contrario a lo que asevera la convocante en el hecho 78 de la demanda(80) , el contrato de agencia mas que una **imposición** es, de acuerdo con la evidencia aportada al proceso, **el fruto de evaluaciones y análisis** llevados a cabo por Intercelular que la movieron a prestar su consentimiento:

a) El Sr. Ricardo Sánchez, de cuya preparación académica y experiencia profesional da cuenta la parte inicial de su testimonio(81) , y quien fue el firmante del documento en nombre de Intercelular, por una parte remitió a Bellsouth, tan próxima a la presentación del texto contractual como en **diciembre 30, 1998**, una comunicación con “comentarios y sugerencias de modificaciones al ‘contrato de agencia comercial’ ...”(82) y, por otra parte, explícitamente declaró que los socios de Intercelular decidieron inicialmente “no firmar el nuevo contrato de agente comercial”(83) , pero que posteriormente su representada se dio a la búsqueda de una solución “que nos permitiera continuar de manera operativa en el negocio y disminuir el impacto de la dificultad del flujo de caja”(84) .

b) Consonante con lo anterior, en agosto 30, 1999, el mismo Sr. Sánchez suscribió, en nombre de la convocante, el denominado “documento acuerdo Intercelular Celumovil S.A.”(85) , que, amén de reflejar —precisamente— “**un acuerdo** ”, da cuenta de concesiones económicas obtenidas por Intercelular (nums. 1º, 2º y 3º) y del compromiso explícito de suscribir el contrato de agencia “a mas tardar durante la primera semana del mes de septiembre de 1999”, como de manera sustancial ocurrió(86) .

c) El propio contrato de agencia, en el párrafo anterior a las firmas, establece que la autoría del instrumento fue de Bellsouth, pero añade que fue sometido “con la debida antelación a la consideración y análisis del agente” [Intercelular], quien lo aceptó.

9. Ciertamente es que el mismo documento de agosto 30, 1999 —concordante con lo que se indicó en el numeral 8 (c) precedente— señala que la firma del contrato de agencia a que se comprometió Intercelular era “en las condiciones

y obligaciones actualmente establecidas en **formato entregado por Celumovil S.A. a Intercelular** ” (énfasis añadido), pero ello ni invalida ni le resta efecto a la convención. Pasado es, y con creces, el tiempo en que los denominados “contratos por adhesión” se miraban jurídicamente con recelo respecto de su existencia u obligatoriedad(87) .

Como expresó con acierto Ricardo Uribe Holguín:

“Distínguese el contrato ‘por adhesión’ del que se celebra mediante ‘libre discusión’, en que en aquel una de las partes tiene preparada oferta inmodificable, que la otra debe aceptar o rechazar sin posibilidad de contraproposición, mientras en este último el acuerdo de voluntades se forma previa discusión de todas las estipulaciones o de las mas importantes.

Los contratos por adhesión son cada día de mayor frecuencia en el comercio jurídico (...).

¿Tiene esta clasificación efectos prácticos? ¿Será cierto que, como lo sostienen algunos, el contrato de libre discusión se distingue del que se celebra por adhesión en que este debe interpretarse a favor del adherente, a quien hay que proteger de los abusos del otro como a parte débil que ha aceptado estipulaciones indiscutibles?

Esta solución, inspirada en la equidad, no tiene sin embargo asidero legal en nuestro régimen civil, porque no se trata de interpretar ‘cláusulas ambiguas’, sino generalmente, muy claras, que excluyen sentidos diversos.

El artículo 1624 del código, único texto de esta obra que toca con la interpretación del contrato por adhesión, se limita a disponer que ‘las cláusulas ambiguas que hayan sido extendidas o dictadas por una de las partes, sea acreedora o deudora, se interpretarán contra ella, siempre que la ambigüedad provenga de la falta de una explicación que haya debido darse por ella’.

Mas en contraposición con esta norma legal de hermenéutica, hay otras conforme a las cuales ‘conocida claramente la intención de las partes, debe estarse a ella mas que a lo literal de las palabras’ (art. 1618 del código) y ‘El sentido en que una cláusula pueda producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno’ (art. 1620).

Con arreglo a estos principios, las cláusulas no ambiguas no pueden interpretarse en beneficio de la parte adherente, por desfavorables u odiosas que le resulten. Conclusión que refuerza el artículo 31 del código, que juzgo aplicable por igual a la interpretación de la ley y a la del contrato: ‘Lo favorable u odioso de una disposición no se tomará en cuenta para ampliar o restringir su interpretación’.

¿Cómo proteger entonces al que adhirió a la oferta sin discusión posible?

Deséchese la tesis de que cuando no puede discutirse no hay contrato. ... Contrato hay, porque hay consentimiento, y este no supone necesariamente el derecho de discutir. Mientras la oferta pueda aceptarse o rechazarse, la voluntad actúa regularmente, lo que no obsta para que obre mejor cuando hay discusión (...).

Como corolario de lo expuesto, no cabe distinguir los contratos por adhesión y los de libre discusión por la manera como deben interpretarse, salvo el caso poco frecuente de haber ambigüedad en las estipulaciones de los de la primera clase. **Solo queda una medida de orden práctico para el que necesite celebrar contrato por adhesión: enterarse bien del contenido del documento que va a suscribir** . Las estipulaciones viciadas de nulidad absoluta o relativa carecen de importancia. Las que impliquen usura, lesión o abuso podrán ser atacadas, o atemperadas en sus efectos, cuando disposiciones especiales de la ley lo permitan. **Las demás tienen que ser respetadas y cumplidas, sin que quepa interpretarlas a favor del adherente, en cuanto su sentido sea claro**” (Enfasis añadido)(88) .

Por ende, pues, ninguna tacha le cabe al contrato de agencia en función de ser Bellsouth la autora de sus términos y haber consentido Intercelular con los mismos.

10. Colindante, sin embargo, con el tema de los contratos por adhesión, Intercelular plantea en su pretensión 18 (principal y subsidiaria) un ataque a la cláusula 4.7 del contrato de agencia por “abusiva”, y, sobre la base de que



“en la búsqueda de mecanismos de defensa para el adherente o para la parte sujeta a las cláusulas abusivas, la jurisprudencia ha tratado de innovar ... consolidando la nulidad por indeterminación del objeto”(89) , cuestiona la estipulación aduciendo que libra la remuneración de InterCelular al arbitrio de Bellsouth, situación que encaja dentro de las condiciones meramente potestativas que reprime el inciso inicial del artículo 1535 del Código Civil(90) y conduce a la indeterminación del objeto de la prestación a cargo de esta última, tornándose, por ende, en inexistente y, subsidiariamente, en nula.

11. Independiente de lo “abusiva” que pueda reputarse la cláusula atacada por InterCelular, calificación harto discutible si se considera la evaluación y análisis que le practicó la convocante al contrato de agencia, el tribunal considera que debe examinar si efectivamente se presenta o no la indeterminación que alega InterCelular.

12. La respuesta es negativa a lo pretendido por la convocante por los siguientes motivos:

a) Evidentemente Bellsouth podía modificar unilateralmente la “remuneración básica”(91) pactada en la cláusula 4.2 del contrato de agencia.

b) Tal prerrogativa, —ciertamente favorable a Bellsouth, aunque en teoría también podría ser para beneficio de InterCelular, pues preveía “disminuciones” o “aumentos”— no era, sin embargo, **absoluta o ilimitada**. Tenía límites y claros:

i) Solo podía ejercitarse una (1) vez por año calendario;

ii) **No podía superar** —para abajo o para arriba— el 20%;

iii) Contaba con un **mecanismo claro** para determinar si se presentaba o no exceso sobre el citado 20%;

iv) Requería **aviso escrito** por parte de Bellsouth e indicación expresa de la iniciación de la vigencia de la reducción/aumento, que no podía ser inferior a 15 días después del aviso.

Así, pues, si se daban estas condiciones la modificación era **vinculante** para InterCelular quien, correlativamente, estaba plenamente capacitada para poder **determinar** el tope mínimo de sus comisiones y la vigencia de las mismas(92) .

c) Si **no se daban** las condiciones antes reseñadas, fuere por exceso en el porcentaje o en la oportunidad estipulada, Bellsouth podía, sin embargo, proponer una o más modificaciones —lo cual es perfectamente lícito— a condición de que lo hiciera **por escrito**.

d) InterCelular, a su turno, podía **aceptar o no la propuesta** de su contraparte, pero debía hacerlo dentro los **cinco (5) días** siguientes a la fecha en que Bellsouth se la comunicara, so pena de que la misma se tornara **aceptada y obligatoria**.

e) La cláusula 13.13 del contrato de agencia, por su parte, denominada “Comunicaciones entre las partes”, regulaba con precisión tal evento, incluyendo la forma de hacer efectivos los cambios de direcciones y el momento en que se consideraban recibidas las comunicaciones.

f) La cláusula 13.14, en fin, establecía la seguridad de que las modificaciones contractuales debían constar por escrito y que “sin dicha formalidad” se consideraban **inexistentes**.

13. La conclusión a que arriba el tribunal con fundamento en las consideraciones precedentes es que no habrá de prosperar el ataque a la cláusula 4.7 del contrato de agencia, ni por la vía principal ni por la subsidiaria planteadas por InterCelular, pues la estipulación acusada ni apareja **indeterminación en el objeto** de la prestación a cargo de Bellsouth, ni encaja dentro del supuesto del antes citado inciso primero del artículo 1535 del Código Civil.

14. No obstante, la conclusión antes expresada no detiene el análisis del tribunal en esta parte del laudo. La estipulación en comentario, consonante con el principio de buena fe, traía consigo **deberes** concomitantes para los contratantes:

a) Para Bellsouth, cerciorarse que el ejercicio de su prerrogativa de modificación cumplía con los requisitos por ella misma diseñados, y que si no se trataba del empleo de tal facultad sino de la propuesta de modificación de las comisiones de Intercelular, la comunicación que tenía que dirigir a esta fuera tal, es decir una propuesta que le permitiera a su contraparte objetarla o aceptarla, expresa o tácitamente por el transcurso del tiempo pactado.

b) Para Intercelular, ejercer con diligencia el control necesario sobre las comunicaciones recibidas de Bellsouth, bien para tomar nota que esta había ejercido su derecho a la modificación unilateral de su “remuneración básica” y tomar los correctivos del caso, bien para verificar que se trataba de una propuesta y, por ende, ejercer o no su derecho de objetarla o aceptarla.

15. Ninguno de estos deberes tiene carácter exorbitante o es de imposible cumplimiento o es ajeno a la naturaleza de la relación contractual entre las partes. Si Bellsouth, con celo encomiable, reguló “lo divino y lo humano” en su póliza de contrato(93), ha de haber observado el mismo cuidado en la ejecución del contrato de agencia. Y si Intercelular lo aceptó, luego de evaluación y análisis y por intermedio de personas de la capacidad y prestancia de su representante legal y sus directivos, se imponía el cuidado en su desarrollo.

16. Y esta observación del tribunal no tiene carácter retórico, pues, en efecto, el principio *pacta sunt servanda* es eso, los contratos se celebran para ser observados, regla elemental que con inusitada frecuencia se desatiende en el tráfico comercial, creándose una dicotomía entre lo pactado y lo realmente ejecutado, fenómeno que no entraña cosa diferente de desdén, voluntario o no, de la palabra empeñada, para dar paso a “ajustes y arreglos sobre la marcha”, que amén de ser fuente inagotable de controversias, se traducen, en no pocas ocasiones, en instrumentos de maltrato, recíprocos o no, para contratantes, consumidores, usuarios, etc.

17. Fijado como está que no se decretará la inexistencia o la nulidad de la cláusula 4.7 del contrato de agencia y, por ende, que fracasará la pretensión 18 de la demanda, fluye que debe analizarse si hubo o no incumplimiento de la misma. Intercelular así lo alega y endereza su pretensión 16 (a) a que de tal forma se declare(94). Bellsouth se opone a la prosperidad de dicha solicitud(95).

18. Es incuestionable que las comisiones de Intercelular sufrieron variaciones a lo largo de la ejecución del contrato de agencia. La pregunta 11 sometida a la perito y el anexo 4 al peritaje, integrante de la respuesta al mencionado interrogante, así lo demuestran.

19. Aunque no se acompañaron los textos de las misivas de Bellsouth referentes a la modificación de las comisiones a favor de Intercelular(96), es dable concluir que estas pudieron ser identificadas por la convocante como “propuestas”, según lo exigido por la cláusula 4.7 del contrato de agencia.

20. En efecto:

a) La comunicación cursada en octubre 12, 2000 por Intercelular a Bellsouth(97) se refiere a “la propuesta de comisiones para las ventas realizadas por los agentes comerciales de Celumóvil, que se piensa implementar a partir del próximo 1º de noviembre ...” (énfasis añadido);

b) La comunicación de octubre 13, 2000(98), suscrita por múltiples agentes comerciales y dirigida a Bellsouth se refiere a una reunión celebrada el 11 de tal mes “cuyo objetivo primordial fue analizar la viabilidad de la nueva estructura de comisiones presentada por ustedes el 9 de octubre ...” (énfasis añadido).

c) La comunicación dirigida en octubre 2, 2001 a Bellsouth por múltiples agentes comerciales(99), entre ellos, nuevamente, Intercelular comienza diciendo “[c]on relación a su propuesta de comisiones que regirían a partir del 1º de octubre de 2001, para nuevas conexiones sin teléfono y recibida vía fax el 29 de septiembre, ...” (énfasis añadido).

21. Esta última comunicación reviste, a su turno, particular relevancia, toda vez que su párrafo final reza:

“Estas consideraciones y otras que puedan surgir de una evaluación a fondo de la propuesta y de la situación general de la industria celular en Colombia, nos llevan a solicitarles muy atentamente, mantener el esquema de compensación vigente hasta el 30 de septiembre de 2001, hasta tanto determinemos conjuntamente y con la mayor

brevedad, la viabilidad de la estructura de distribución que opera actualmente” (énfasis añadido).

22. El texto anterior permite deducir que fuera como resultado del ejercicio unilateral de la prerrogativa de Bellsouth bajo la cláusula 4.7 del contrato de agencia o fuera como resultado de consenso sobre sus “propuestas” de modificación de las comisiones de Intercelular, para la fecha de la carta que se comenta había acuerdo entre las partes, al punto que los agentes comerciales solicitan —como antes se transcribió— **“mantener el esquema de compensación vigente ...”** (Énfasis añadido).

23. El peritaje, a su turno, es consistente con esta anotación. En las páginas 3, 6 y 8 de su anexo 4 da cuenta que en diciembre 1º, 2001 fue cuando tuvo lugar una de las varias modificaciones a las “bases establecidas para el pago de comisiones”, siendo de anotar que en la respuesta 11 que —como se dijo— se relaciona con el anexo 4 en referencia, se indica que fue “preparado con la información suministrada **por las partes** para atender lo solicitado por el apoderado de la convocante” (Énfasis añadido).

24. Y con posterioridad a la puesta en marcha de la modificación de las comisiones (diciembre 1º, 2001), no obra en el expediente reclamo de Intercelular, ni contra esta modificación ni contra las subsecuentes de febrero 9 y de abril 1º, 2002 que informa el varias veces citado anexo 4 del peritaje(100) .

25. Tampoco tienen las facturas presentadas por Intercelular con relación a comisiones de diciembre 2001 y meses siguientes el menor asomo de objeción a la escala o monto de las comisiones calculadas por Bellsouth en desarrollo de la cláusula 4.5 del contrato de agencia a la que se hará referencia mas adelante.

26. La conclusión que sigue de las anotaciones precedentes es, entonces, que no halla el tribunal violación por parte de Bellsouth a la cláusula 4.7 del contrato de agencia con motivo de las modificaciones introducidas a las comisiones con posterioridad a su firma por las partes. Por ende, pues, habrá de fracasar la pretensión 16 (a) de la convocante, incluyendo el cargo de anulación del equilibrio contractual que allí se menciona (101) .

27. Establecido lo anterior corresponde analizar si se presentó violación de la cláusula 4.3 del contrato de agencia, alusiva a “Descuentos”, declaración que impetra Intercelular en sus pretensiones 14 (a) y 16 (b), recabando la reparación correspondiente en las pretensiones 29 y 30.

28. Punto de partida es referirse al alcance de la mencionada estipulación del contrato de agencia, aspecto que, por demás, es tratado en el alegato de Intercelular (102) .

Sobre el particular el tribunal pone de presente que, contrario a lo que considera la convocante, si bien es exacto que la cláusula 4.3 (b) trata el tema genérico de los “delitos o fraudes”, las conductas detalladas en los ordinales (i) a (iv) ibidem no son las únicas que deben tener ocurrencia para que sea factible el descuento. Por el contrario, dichos ordinales corresponden a una de las alternativas que hacen viable la reducción en comentario pues, en efecto, la estipulación que se analiza contempla varias opciones adicionales.

29. Sentado lo anterior, el tribunal observa que en el anexo 1.1 de las aclaraciones y complementaciones al peritaje se detallan, uno a uno, los conceptos de los diversos descuentos practicados a Intercelular por Bellsouth desde septiembre 10, 1999 hasta abril 17, 2002.

30. En relación con tales descuentos el tribunal anota que la cláusula 4.5 del contrato de agencia, denominada “Procedimiento”, establecía en su segundo párrafo la forma y plazo para reclamar contra las liquidaciones mensuales preparadas por Bellsouth, añadiendo que “si no se presentan [las objeciones] se entenderá que [Intercelular] la acepta como correcta [la liquidación elaborada por Bellsouth] y **que por consiguiente, renuncia a cualquier revisión o reclamación posterior sobre ella**” (Énfasis añadido).

31. Frente a esta estipulación, severa como pueda ser, pero, al fin y al cabo, consentida por Intercelular, no cabe cosa diferente que destacar lo siguiente:

- a) No obran en el expediente reclamos de Intercelular del tipo estipulado en la cláusula 4.5 del contrato de agencia.
- b) Muy por el contrario, las facturas emitidas por la convocante con posterioridad a la información suministrada

por Bellsouth siguen, de manera inexorable, las cifras indicadas por esta(103) , pese a que, como indicó la representante legal de InterCelular en su declaración de parte(104) , la convocante contaba con una “directora operativa” encargada, precisamente, de verificar la información que suministraba Bellsouth sobre descuentos de comisiones.

c) En esta línea de análisis, tampoco es de recibo legal aducir, como lo hace el Sr. Ricardo Sánchez en su testimonio, que frente a la preliquidación que elaboraba Bellsouth sobre la remuneración que correspondía al agente comercial “siempre había una discrepancia en el valor de las ventas, pero finalmente lo que se pagaba era lo que decía en esa preliquidación y nosotros enviábamos una factura y con base en esa factura se hacía el pago”(105) , pues el párrafo final de la cláusula 4.5 del contrato de agencia establece con claridad que “[e]n caso de que el agente presente objeciones a la liquidación de Celumóvil, **se podrá tramitar la factura correspondiente a la parte no discutida** . Para resolver las objeciones, las partes se reunirán y buscarán de buena fe, solucionar sus diferencias” (Enfasis añadido).

d) Por consiguiente, InterCelular estaba facultada contractualmente no solo para objetar las preliquidaciones hechas por Bellsouth sino, además, para exigir el trámite de cobros sobre partes no discutidas, de donde ha de seguirse que si declinó tal posibilidad y, en particular imputarle a Bellsouth la causa de los descuentos, mal puede, ahora, volver sobre sus pasos y reclamar por descuentos que le fueron practicados y que en su momento no disputó ni en la forma ni en el tiempo pactados en la convención(106) .

La “teoría de los actos propios”, condensada en el principio *non concedit venire contra factum proprium avale*, sin dudas, esta observación del tribunal(107) , a lo que debe agregarse que es práctica poco afortunada la de “acatar” posiciones de la contraparte contractual sobre la base de una especie de “temor reverencial” para, posteriormente, planteada una diferencia, proponer toda suerte de reclamos que en su momento no fueron explicitados o, si lo fueron, se entendieron superados por conductas tales como la que se observa en este caso por parte de InterCelular, valga decir, haber emitido facturas en plena e incondicional consonancia con las liquidaciones presentadas por Bellsouth.

Particularmente relevante a este respecto es, entonces, y para desecharlo lo concerniente al reclamo de descuentos de envergadura por casos de “churn” y de fraude, que el peritaje solo pudo identificar en las cifras de \$ 11.221.000 (descontadas) y \$ 9.630.864 (no descontadas)(108) y cuya imputabilidad a Bellsouth tampoco le fue oportunamente endilgada por la convocante(109) .

32. Frente a este panorama adverso a la prosperidad de las pretensiones de InterCelular que se evalúan, existe, no obstante, una excepción que no puede ser soslayada:

a) En mayo 17, 2000(110) , InterCelular, de manera explícita protestó y manifestó no aceptar los descuentos efectuados a sus comisiones por ventas realizadas que hubieran tenido demoras “en el proceso de legalización” y añadió que tal proceder iba en contra del contrato de agencia(111) .

b) Bellsouth, a su turno, atendió este reclamo de InterCelular y, a través de la misma funcionaria a la que se había dirigido la convocante (Directora Ventas Indirectas), en la proforma que elaboró en mayo 25, 2000 y que generó la factura 1791 de InterCelular, incluyó el rubro “Reintegro descuento por legalización de ventas con más de cinco días”(112) .

33. Para el tribunal, el rechazo específico de InterCelular a los “descuentos por fecha legalización”, la conducta desplegada por Bellsouth al efecto, la persistencia de la convocante en este tema(113) y, en fin, el hecho de que la cláusula 4.3 del contrato de agencia no alude a la circunstancia que se comenta, lo conducen, con apoyo, en el inciso final del artículo 1622 del Código Civil(114) , a concluir que ninguno de los descuentos por concepto de “fecha de legalización” practicados a InterCelular cuenta con soporte contractual(115) .

34. Por consiguiente, el valor de dichos descuentos(116) , esto es la cantidad de \$ 43.811.104 (debidamente actualizada)(117) , le será reconocido a InterCelular en la parte resolutive del laudo y, además, su monto será tenido en cuenta para recalcular la prestación a su favor de que trata el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio(118) .

35. Cubierto, entonces, el tema de la firmeza contractual o no de los descuentos practicados por Bellsouth a InterCelular, existen dos aspectos finales sobre este asunto que el tribunal considera relevante tratar:

- a) Lo concerniente a descuentos de valores CIF de los equipos telefónicos y consumos hechos por usuarios(119) y
- b) Lo relativo a “cruces de cuentas” y en particular en lo que atañe al impuesto al valor agregado (“IVA”).

36. Sobre el primer punto, que está recogido en la pretensión 16 (b), el anexo 1.1 de las aclaraciones y complementaciones al peritaje relaciona y adjunta nueve (9) facturas —ocho (8) de ellas “cambiarias de compraventa”— sin que obre en el proceso nota de rechazo a las mismas y estas —exceptuando la factura de venta BSB – 0096— describen los bienes materia del cobro (equipos telefónicos), debiendo añadirse que varias de ellas cuentan con nota de recibo por parte de InterCelular e incluso en la 235048 hay constancia de su pago mediante “RC 1392”.

37. Adicionalmente, puntualiza el tribunal, la posibilidad de que hubiera facturación de aparatos telefónicos estaba contemplada dentro de las relaciones Bellsouth — InterCelular:

El testigo Ricardo Sánchez, por ejemplo, luego de explicar como operaba el inventario de teléfonos proporcionado por Bellsouth(120) , fue preguntado sobre que ocurría si no se devolvían unidades telefónicas entregadas por Bellsouth y respondió de manera categórica:

“Se lo facturaban al concesionario”(121) .

38. De esta suerte, pues, no se halla el tribunal persuadido, ni considera que haya sido acreditado que los cobros hechos por Bellsouth a InterCelular a través de las facturas en mención sean contrarios a sus compromisos contractuales y, por ende, violatorios del contrato de agencia(122) , conclusión que, en lo pertinente, se reflejará en la parte resolutive del laudo con motivo del pronunciamiento que se haga sobre la pretensión 14 (b) de InterCelular.

39. Y en cuanto a las comunicaciones de Bellsouth de noviembre 1º y octubre 23, 2001(123) , que InterCelular reputa como introductorias de descuentos no autorizados por consumos, el tribunal destaca que la Circular de febrero 28, 2001 enviada por Bellsouth a sus agentes comerciales —a que se hace mención en la misiva de noviembre 1º, 2001— no corresponde a una modificación del contrato de agencia, sino, llanamente, a la interpretación de Bellsouth sobre parte del mismo, como que empieza diciendo “[a]si mismo **de acuerdo con los términos del contrato de agencia mercantil...**”, cosa que es bien distinta de un cambio unilateral de la convención, a lo que ha de agregarse que no obra por parte alguna evidencia de cuestionamiento o rechazo por parte de InterCelular al entendimiento del contrato de agencia expresado por Bellsouth en la referida circular.

40. Por último, y para cerrar este punto, el tribunal observa que los dos (2) descuentos anunciados en las susodichas comunicaciones de noviembre 1º y octubre 23, 2001 **están efectivamente relacionados y con idénticos valores** en el listado de “Casos de Churn y Casos de Fraude” descontados que aparece en el anexo 1 del peritaje.

41. El segundo tema anunciado en el numeral 35 precedente y correspondiente a las pretensiones 16 (c) y 32 de InterCelular, fue abordado particularmente en el testimonio del Sr. William Quiroga, gerente de recaudos de Bellsouth.

42. Así, tanto del dicho del Sr. Quiroga como de información presentada en las aclaraciones y complementaciones al peritaje (anexo 1.1), y aún de anotaciones que aparecen en las propias facturas de InterCelular(124) , es posible deducir que el mecanismo de “cruce de cuentas”, equivalente a la “compensación”, que como forma de extinguir las obligaciones está regulada en los artículos 1714 a 1723 del Código Civil, tuvo amplia y pacífica utilización en la relación comercial entre las partes(125) , sin que merezca reparo la conducta de Bellsouth (o de InterCelular) por ese motivo.

43. Y dentro del tópico de las compensaciones entre las partes, el testimonio del Sr. Quiroga abordó el tema de los cruces de “IVA” que ataca InterCelular y defiende Bellsouth(126) .



44. Preguntado el Sr. Quiroga sobre si se “cruzaba” el IVA de las comisiones de InterCelular con el correspondiente a las “tarjetas prepago” que le vendía Bellsouth a InterCelular con destino a los usuarios de los servicios de aquella explicó:

“Se cruzaba todo. ... A InterCelular nosotros les vendíamos tarjetas y ellos a su vez vendían directamente o a través de su red de distribución, eso era un ingreso de caja para ellos, por este lado ellos generaban unas comisiones que era el ingreso que complementaba el flujo de caja. Nosotros recibimos el ingreso por la venta, es decir la caja ... de las tarjetas que vendimos, yo la verdad **no recuerdo jamás haber recibido un cheque de InterCelular**, es decir, nosotros nunca por la venta de tarjetas recibimos caja, por decir pesos, porque **todo se hacía con base en cruces**”(127) (Enfasis añadido).

E indagado sobre si el IVA correspondiente a las facturas de InterCelular era también materia de cruce con el IVA de la venta de tarjetas, respondió:

“Si, porque aquí lo que nosotros tenemos ... es un neto; igual que como él no me pagaba las tarjetas y yo a la DIAN le tenía que pagar el producto del IVA de las tarjetas, entonces, igual, nosotros operábamos digamos hacía las dos guías [sic]: yo le cruzaba aquí el IVA y el IVA de él era responsable, tenía que pagarlo allá”(128).

45. La información suministrada por el mencionado declarante permite concluir que el procedimiento de “cruces”, amén de haber sido **pacíficamente aceptado y practicado por las partes**, en lo que atañe a las compensaciones del IVA responsabilidad de Bellsouth respecto de las ventas de bienes (tarjetas) que le hacía InterCelular frente al IVA responsabilidad de InterCelular respecto de las ventas de servicios (comisiones) que le hacía a Bellsouth, ni generaba detrimento para la convocante(129), ni la colocaba, per se, en dificultades ante la DIAN(130). Por consiguiente, no se encuentra que haya margen para censurar la actuación de Bellsouth con motivo del tratamiento dado a los “cruces” o compensaciones realizados con InterCelular y particularmente en lo concerniente a los IVAs pagaderos y descontables por cada una de las partes.

46. Tal conclusión conduce, desde luego, al rechazo de las pretensiones 14 (c) y 32 de la convocante, circunstancias de las que se dará cuenta en la parte resolutive del laudo.

47. Cerrada como está la evaluación del tribunal en torno a posibles violaciones del contrato de agencia con motivo de cambios de las comisiones devengadas por InterCelular, descuentos efectuados sobre las mismas por Bellsouth, cobros de equipos telefónicos y “cruces” o compensaciones practicadas por la convocada a la convocante, debe emprenderse el análisis de la última parte de las violaciones contractuales aducidas por InterCelular, valga decir, por una parte, lo correspondiente a la omisión de los compromisos implícitos de colaboración necesarios para que InterCelular pudiera adelantar labores encaminadas a la permanencia de los usuarios del servicio materia del contrato de agencia y, de otra parte, el ejercicio de “conductas abusivas de su [Bellsouth] posición contractual dominante”(131), cargos que se solicita atender en las pretensiones 15 y 17 de la demanda y reparar al tenor de las pretensiones 31 y 35 ibidem.

48. Como punto de partida el tribunal debe consignar que el “abuso de la posición dominante” mas que alusión a relaciones contractuales, hace referencia a una situación de mercado que afecta la libre competencia. Por ende, pues, la “posición dominante” se ha caracterizado como la posibilidad de ejercer una influencia preponderante(132), que se torna abusiva cuando, un agente del mercado aprovechándose de poseer lo anterior impide u obstaculiza que la competencia juegue el papel de reguladora del mercado(133).

49. En el caso de vínculos contractuales, como el que es materia de este proceso, mas que de “abuso de una posición dominante”, debe hablarse del “abuso del derecho”, —expresamente reprimido en el artículo 830 del Código de Comercio—(134) figura que, correspondiente al desarrollo jurisprudencial y doctrinario emprendido para morigerar los excesos en el ejercicio de prerrogativas individuales, debe, en todo caso, analizarse de manera cuidadosa para no incurrir en apartamientos injustificados del principio *pacta sunt servanda*.

50. Bajo estas consideraciones de índole general, se adentra, entonces, el tribunal en el análisis específico de los cargos endilgados por InterCelular a Bellsouth y halla lo siguiente:

a) La violación de la obligación contractual implícita de facilitar las labores de InterCelular para la conservación de

la clientela es mucho mas tenue en el contrato de agencia que en el contrato de concesión.

b) En efecto, mientras la cláusula 6 de este (“objeto del contrato”) aludía a que Intercelular debía procurar “obtener y conservar en vigencia los contratos de servicio con suscriptores ...” la estipulación equivalente del contrato de agencia (cláusula 1) no incluye tal compromiso. Mas aún, de manera específica, las cláusulas 3.7 y 3.8 del contrato de agencia radican en cabeza exclusiva de Bellsouth la “atención a suscriptores” y el “servicio técnico”.

c) Así, entonces, si bien el “deber de colaboración”, desarrollo del principio de la buena fe y de indudable vigencia en el mundo del derecho contemporáneo(135) , forma parte de las obligaciones implícitas de los contratantes, no encuentra el tribunal que la convocante haya acreditado yerro de Bellsouth que pusiera en riesgo la capacidad de Intercelular para atender sus compromisos contractuales derivados del contrato de agencia, instrumento que, se repite, no incluye dentro de su objeto procurar la continuidad de los usuarios, como si lo estipulaba el contrato de concesión.

d) Ciertamente es que el alegato de Intercelular trata lo concerniente a las “obligaciones implícitas” y relaciona una serie de documentos en apoyo de sus argumentos(136) . No obstante, observa el tribunal que con mínimas excepciones, la totalidad de los documentos que esgrime Intercelular corresponden a fechas anteriores al contrato de agencia(137) , más específicamente al período del contrato de concesión, circunstancia que, desde luego, hace inaplicable al instrumento que se analiza lo aducido por Intercelular.

e) No prosperará, por ende, la pretensión 15 de la convocante.

f) El tema de las prácticas abusivas de Bellsouth bajo el contrato de agencia es, así mismo, tratado por el alegato de Intercelular(138) centrándolo en dos (2) aspectos:

i) La prohibición de ofrecer la venta de servicios a ciertos clientes corporativos; y

ii) El trato diferencial de clientes directos e indirectos.

A este listado agregará el tribunal lo correspondiente al Negocio Amway.

g) Con relación al primer aspecto, obra en el expediente la “Circular GRAB-212-01” de Bellsouth(139) que, en esencia, señala que los agentes comerciales si pueden atender el mercado corporativo que sería determinado por Bellsouth, pero que ciertas entidades serían atendidas directa y exclusivamente por la convocada.

h) Partiendo de esta determinación —indudablemente adoptada en época del contrato de agencia— Intercelular halla una violación contractual pues, en su sentir, la cláusula 2.7 del instrumento en mención si bien no confería exclusividad a la convocante si la dotaba para operar de manera concurrente con Bellsouth y con los demás agentes comerciales(140) .

i) El tribunal no comparte la postura de Intercelular por varios motivos:

i)(sic) Desde el punto de vista contractual, la cláusula 3.4 del contrato de agencia supeditaba la actividad de Intercelular a los reglamentos generales de la convocada, quien podía modificarlos con la periodicidad que estimara conveniente de conformidad con sus políticas generales(141) , situación que Intercelular aceptó de manera expresa, renunciando a cualquier reclamación dentro de estos límites.

ii) El párrafo final de la cláusula 2.6 del contrato de agencia prescribe que Intercelular no posee derecho alguno “sobre una clientela o grupo de suscriptores o clientes, pues se entiende que estos lo son de Celumóvil y no del agente”.

iii) El testimonio del Sr. Mauricio Giraldo, vinculado al área comercial de Bellsouth y en la actualidad su vicepresidente regional para el suroccidente(142) , explicó la política concreta de la convocante de “estructurar una fuerza de ventas especializada para explotar el mercado corporativo”(143) dentro de la dinámica observada para “adecuarse a las condiciones del mercado”(144) .

iv) Para el tribunal esta actitud de Bellsouth —siguiendo, entre otras cosas, la explicación oral que sobre el



mercado de la telefonía celular en Colombia suministró la convocada en la audiencia de alegatos, y aunada a las estipulaciones antes mencionadas— no constituye conducta irrazonable o abusiva que traiga consigo violación contractual, a lo que debe agregarse que la convocante no estableció que previo a la instrucción de Bellsouth hubiera adelantado contactos con entidades que específicamente le hubieran sido sustraídas de su área de acción a raíz de la decisión de Bellsouth o que la supuesta “discriminación” hubiera estado enderezada contra Inter celular en particular.

j) Respecto del cargo de trato diferencial a los clientes directos frente a los indirectos, el tribunal sencillamente pone de presente que bajo ningún estándar de razonabilidad puede considerarse violatorio del contrato de agencia el hecho aducido por Inter celular en apoyo de su argumento de que en la Circular DVI-205-00 de Bellsouth se indique que “si un empleado —no un cliente, recaba el tribunal— del agente se encuentra pagando en caja cuando llegue un cliente, deberá cederle el turno y retomarlo tan pronto este haya sido atendido”(145) (Énfasis añadido).

k) El aspecto final que acometerá el tribunal para cerrar esta parte del laudo es, como antes se indicó, lo concerniente al Negocio Amway, a cuyo efecto se anota lo siguiente:

i) Es evidente que Inter celular tomó contacto con Amway con miras a un posible negocio, consistente en un plan tarifario especial, que tendría como objetivo aprovechar la estructura de Amway que fue descrita por la declarante Erika España(146) . De hecho, el expediente muestra un “contrato de franquicia” suscrito por en marzo 8, 1999 por tal empresa con PSI Comunicaciones Ltda. (no con la convocante), cuyo representante era el Sr. Ricardo Sánchez(147) .

ii) Obran también en el proceso documentos que acreditan el planteamiento del Negocio Amway hecho por Inter celular a Bellsouth(148) .

iii) Tales planteamientos, sin embargo, no pasan de ser propuestas, que no tenían carácter vinculante para las partes y, por ende, no generaban derechos y obligaciones para ellas. En efecto, el expediente muestra un proyecto de contrato Amway – Bellsouth remitido por la primera al Sr. Sánchez en marzo 17, 2000 (149) y una comunicación de este a Bellsouth sugiriendo “[a]celerar en lo posible los trámites legales y de procedimiento del negocio de Amway Colombia, lo que nos permitirá crecer rápidamente en los volúmenes de venta mensual”(150) .

iv) Frente a esta situación de intercambio de propuestas, lo cierto es que Bellsouth no estaba contractualmente obligada a aceptarlas y, de hecho, cesó de tener interés en ellas, conducta que no acarrea obrar ilegítimo.

v) La testigo Erika España da cuenta de lo anterior, poniendo de presente que la colaboración con Bellsouth no se materializó, motivo por el cual Amway “dio por terminado el mutuo acuerdo con Inter celular”(151) .

vi) Mas aún. En la comunicación dirigida por Bellsouth a Inter celular en junio 14, 2001 aquella pone de presente que Inter celular puede llevar a cabo la negociación que mas le convenga, incluso como subdistribuidor de un cliente y que “Amway puede comportarse como agente comercial con las condiciones actuales de agenciamiento de nuestra compañía”(152) .

vii) En estas circunstancias, y amen de que la declarante España aseveró que no conocía a la empresa “Emultitel”(153) (con quien Inter celular afirma que la Convocada llevó a cabo el Negocio Amway)(154) , mal puede el tribunal considerar que se presentó una violación del contrato de agencia por conducta abusiva de Bellsouth. Para el tribunal lo ocurrido con el Negocio Amway fue, sencillamente, una serie de negociaciones y propuestas, dilatadas sí, que no fructificaron en desarrollo de legítimo discernimiento de Bellsouth, pese al interés que pudiera tener Inter celular en su conclusión.

viii) Equiparar, entonces, al abuso la falta de asentimiento de la convocada a la proposición de su co-contratante sería, a juicio del tribunal, llevar al extremo los deberes de lealtad y colaboración que se predicán de las partes de un contrato. Estos aluden a conductas francas y abiertas, pero no se extienden a la necesidad de aceptar, de manera ineludible, todas las iniciativas que se formulen a lo largo de la relación contractual.

El comentario complementario que aparece respecto de la cláusula 5.3 de los principios de UNIDROIT abona esta posición del tribunal:

“La obligación de cooperación entre las partes, por supuesto, debe circunscribirse a ciertos límites (esta disposición hace referencia a una cooperación que pueda ser ‘razonablemente esperada’) ...”.

ix) El corolario de todo lo expuesto es, entonces, que tampoco desde la óptica del Negocio Amway tendrá prosperidad el cargo de conducta abusiva que le endilga Intercelular a Bellsouth.

51. Lo expresado es, entonces, suficiente para concluir que, como se indicará en la parte resolutive del laudo, no tendrá acogida la pretensión 17 de la demanda.

52. Concluida, entonces, la evaluación de los cargos de violación contractual con motivo de las modificaciones de las comisiones establecidas originalmente en el contrato de agencia, de los descuentos hechos por Bellsouth a Intercelular respecto de las mismas, de los cobros de equipos telefónicos y de los cruces practicados por aquella a esta, en especial lo concerniente al IVA, de las obligaciones implícitas asumidas por la convocada y de las conductas de esta reputadas como abusivas de su posición dominante, el tribunal estima pertinente recapitular sus conclusiones y la relación de las mismas con las pretensiones de la demanda así:

a) Como se indicó en el numeral 26 precedente, no hay violación a la cláusula 4.7 del contrato de agencia por parte de Bellsouth con motivo de las modificaciones de las comisiones de Intercelular. **Esta determinación alude a la pretensión 16 (a) de la demanda.**

b) No hay violación por parte de Bellsouth a la cláusula 4.3 del contrato de agencia con motivo de los descuentos efectuados a Intercelular, incluyendo, sin limitación, los denominados “descuentos por casos de Churn y casos de fraude”, los cobros de aparatos telefónicos y consumos y los “cruces” o compensaciones practicadas, incluyendo, sin limitación, los correspondientes al IVA a cargo y/o a favor de Intercelular. **Esta determinación alude a las pretensiones 14, 29, 30 y 32 de la demanda.**

c) Hubo violación por parte de Bellsouth a la cláusula 4.3 del contrato de agencia con motivo de los “descuentos por fecha legalización”, sobre los cuales se aplicará lo indicado en el numeral 35 precedente. **Esta determinación alude a la pretensión 16 (b) y, en lo pertinente, a la pretensión 30, ambas de la demanda.**

d) No se halló violación contractual proveniente del desconocimiento de las obligaciones implícitas contraídas por Bellsouth. **Esta conclusión alude a la pretensión 15 de la demanda.**

e) No hay violación contractual por parte de Bellsouth con motivo de actuaciones supuestamente abusivas de su posición contractual dominante. **Esta determinación alude a las pretensiones 17 y 31, ambas de la demanda.**

## **F. Terminación del contrato de agencia. Efectos.**

1. Concluido lo correspondiente al contrato de agencia, el tribunal procede a ocuparse de su terminación unilateral, teniendo en cuenta no solo su competencia sino, además, lo atinente a lo pretendido por las partes.

2. Con fundamento en lo previsto en la cláusula 10.2 del contrato de agencia, Bellsouth dio por terminado el mismo en abril 17, 2002([155](#)) , invocando incumplimiento grave de Intercelular en lo que tiene que ver con:

a) Las metas establecidas para la convocante; y

b) El pago de sumas de dinero.

3. Frente a lo anterior Intercelular en sus pretensiones ha solicitado que se declare que la terminación del contrato de agencia por parte de Bellsouth fue, amén de unilateral, injustificada y que la convocante tiene derecho desde abril 17, 2002 a la prestación prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio([156](#)) , con su correspondiente corrección monetaria e intereses moratorios de acuerdo a la ley.

4. Argumenta Intercelular que a lo largo del desarrollo del contrato de agencia, Bellsouth, fuera de incumplirlo de manera reiterada, colocó a la convocante en imposibilidad de cumplirlo, dados los poderes que se abrogó y que, por lo tanto, no se dio la justa causal de terminación del contrato de agencia, lo que obligaría a la convocada no solo a pagar la prestación a que se refiere el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio. sino,

también, la indemnización prevista en el inciso segundo ibídem.

5. Insiste Intercelular que al haber invocado Bellsouth en la comunicación de abril 17, 2002 el incumplimiento en el pago de una suma aproximada de \$ 700.000.000 y, adicionalmente, no haber alcanzado el número mínimo de nuevas conexiones señaladas por la convocada durante los últimos meses no se ajusta la realidad por cuanto:

a) Bellsouth no determinó cuales eran los mínimos incumplidos por Intercelular, ya que en el expediente y en el contrato de agencia mismo no existe prueba que indique cuales fueron las supuestas metas y resultados no alcanzados por la convocante; y

b) La suma impagada incluye conceptos distintos a los previstos en el contrato de agencia que, además, no se plantearon inicialmente sino tan solo en la reconvención.

6. Por su parte Bellsouth se opone a todas las pretensiones de la convocante y en la reconvención solicita que se declare el incumplimiento del contrato de agencia por parte de esta, que se dieron justas causas de terminación unilateral del mismo y que, consecuencialmente, Bellsouth no está obligada a pagarle suma alguna a la convocante. Por el contrario, es esta quien debe pagarle la suma de \$ 569.202.023 (o la que se establezca en el arbitraje), con sus intereses moratorios, la multa pactada y, además, indemnizarla en las modalidades de daño emergente y lucro cesante.

7. Esbozada e esta forma la posición de las partes, es pertinente proceder a determinar si existe o no la justa causa de terminación del contrato de agencia por parte de la convocada y si las pruebas obrantes en el proceso permiten concluir la existencia de la responsabilidad invocada.

8. Es indudable que las causales de terminación se establecieron de manera precisa y adecuada, no solo por estar acordes con la ley, sino porque hacen parte de un contrato cuyas tachas de invalidez y subsidiaria nulidad —referidas, incidentalmente, a estipulaciones distintas de las tocantes con la terminación— fueron desestimadas<sup>(157)</sup>, pudiéndose afirmar, en abstracto, que su eventual ocurrencia necesariamente afectaría el desarrollo del contrato de agencia, lo que configuraría, ciertamente, una justa causal de terminación unilateral del mismo.

9. Confrontada, entonces, la normatividad legal y contractual con los hechos y circunstancias aducidos y probados el tribunal pone de presente lo que sigue:

a) No aparece acreditado en el expediente que Bellsouth haya establecido de manera permanente o regular metas para cumplir con la operación materia del contrato de agencia.

b) Por consiguiente, en este punto no se configura incumplimiento grave por parte de Intercelular que permita afirmar la existencia de una justa causal de terminación unilateral del contrato de agencia por parte de Bellsouth.

c) Por el contrario, en el expediente aparece acreditado, y así lo estableció el peritaje<sup>(158)</sup>, que Intercelular si adeuda a Bellsouth sumas de dinero originadas en sus relaciones comerciales, lo que implica que el tribunal proceda a determinar la existencia o no de la justa causa de terminación unilateral del contrato por parte de la convocada, partiendo del presupuesto del artículo 1325 (1) (a) del Código de Comercio. según el cual se exige “El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley ....” (Énfasis añadido).

d) A este respecto el profesor William Namen sostiene:

“El contrato [de agencia comercial] concluye por las causas genéricas de todo contrato (cumplimiento, resiliación, resolución, rescisión e invalidez), por las del contrato de mandato, comisión y suministro, según se trate, y por las específicas contempladas en el artículo 1325 del Código de Comercio en forma unilateral y justificada por el empresario o agente tratándose de liquidación o terminación de actividades, quiebra o insolvencia, acción u omisión de una parte que afecte gravemente los intereses de la otra e incumplimiento grave del agente a sus obligaciones negociales o legales o el mero incumplimiento del empresario de las suyas”<sup>(159)</sup>.

e) A lo anterior debe agregarse que lo que pretende la ley es que la gravedad sea de tal magnitud que afecte al

empresario, no en todo su entorno económico, sino en el desarrollo y ejecución razonablemente esperadas de la relación contractual. Es así como en el caso presente la gravedad del incumplimiento se refleja en que lo cancelado por Intercelular representa un mínimo porcentaje de las obligaciones a su cargo.

f) Además, es de resaltar, como ya se indicó en esta providencia, que no se puede atribuir a Bellsouth incumplimiento en el desarrollo del contrato de agencia que permita afirmar que Intercelular hubiera quedado en posición de incumplimiento en los pagos como consecuencia de la conducta negativa atribuida por esta al agenciado(160).

10. Corolario de todo lo anterior es, entonces, que, por una parte, la justa causal de terminación unilateral del contrato de agencia por no pago de las sumas de dinero adeudadas se configura plenamente y, por otra parte, que las pretensiones de la convocante frente a la terminación unilateral del contrato de agencia no han de prosperar.

11. En lo atinente a lo pretendido por Bellsouth en la reconvención se advierte:

a) Dado que la competencia del tribunal tiene alcance para ocuparse de todo lo concerniente al contrato de concesión y al contrato de agencia, abstracción hecha del tecnicismo jurídico según el cual Bellsouth en la reconvención se ocupó en su pretensión principal única (Nº 1)(161) tan solo del contrato de agencia, no solo prosperaría su pretensión relativa a la existencia de justa causal de terminación unilateral del contrato de agencia, sino, también, las consecuencias como son la del pago de la suma de dinero invocada —o probada— con sus intereses moratorios (Nº 4).

b) Sin embargo, si se considera que Bellsouth en la reconvención solicitó como pretensión el pronunciamiento sobre la validez de la terminación unilateral del contrato de agencia, la consecuencia podría ser que este tribunal, además de declarar la existencia de la justa causal de terminación, condenara a pagar el capital y los intereses moratorios relativos al desarrollo de este contrato, dejando de lado las sumas vinculadas al contrato de concesión, así se hayan documentado durante la vigencia del contrato de agencia y de las cuales las partes hacen mención, especialmente la convocante para argumentar que es un negocio distinto.

12. Frente a las hipótesis esbozadas, el tribunal se inclina por considerar —y así lo reflejará en la parte resolutive del laudo— que la pretensión consecuencial de pago planteada por Bellsouth (Nº 4) cubre la totalidad de las sumas establecidas en el peritaje, valga decir \$ 683.967.465(162).

13. En apoyo de esta conclusión el tribunal destaca lo siguiente:

a) Los denominados “Pagaré 001” y “Pagaré 002”(163) —al igual que los seis adicionales por \$ 50.000.000 cada uno— fueron claramente suscritos en época del contrato de agencia (mayo 29, 2000), reemplazando cualesquiera anteriores con el efecto del artículo 1687 del Código Civil(164), a lo que debe agregarse, para desvirtuar la aseveración de falta de conexión entre estos instrumentos y el contrato de agencia, que:

i) La comunicación de mayo 25, 2000 dirigida por el Sr. William Quiroga al Sr. Ricardo Sánchez(165) evidentemente da cuenta de conversaciones entre las partes tendientes a instrumentar el “Pagaré 002”;

ii) La supuesta indeterminación del “Pagaré 001” fue subsanada durante la vigencia del contrato de agencia con el abono al mismo de \$7.555.174 que se informa en las aclaraciones y complementaciones al peritaje(166).

b) La fuente de pago, tanto del capital como de los intereses de los antedichos pagarés estuvo constituida por prestaciones nacidas del contrato de agencia, como que los abonos a las obligaciones en mención se hicieron por medio de “cruces”(167).

c) La cláusula 13.10 del contrato de agencia subsume en este la totalidad de las relaciones previas entre las partes.

d) La pretensión 1, en fin, se refiere a “sumas de dinero” sin distinguos entre el contrato de agencia y el contrato de concesión o cualesquiera otras relaciones negociales entre las partes.

14. De esta suerte, pues, y en los términos indicados en esta parte del laudo, fracasarán las pretensiones 19 y 35 de Intercelular y tendrán acogida las pretensiones 1, 2, 3 y 4 de la reconvención.

15. Establecido lo atinente a la terminación justificada del contrato de agencia por parte de Bellsouth, corresponde ocuparse de las pretensiones de la reconvención atinentes a penalidad, indemnización de perjuicios, indexación e intereses moratorios (Nº 5, 6, 7 y 4, en parte), tarea que desarrolla el tribunal en la forma que sigue.

16. En la cláusula 10.3 del contrato de agencia se pactó una pena de 15.000 UPAC""s para el evento de que la terminación del mismo fuera motivada por una de las causales señaladas en los literales (a) y (b) del artículo 1325 (1) del Código de Comercio(168) , incluyendo en ellas las previstas en la cláusula 10.2 del contrato de agencia. La pretensión 5 de la reconvención se refiere a esta pena, por lo que el tribunal debe definir su alcance y aplicabilidad.

17. Luego de varias décadas de críticas y censuras a la práctica de agregar a la tasa de interés otros cargos con denominaciones diversas con el propósito de aumentar el lucro sobre sumas de dinero en mora, especialmente aquellas dadas en mutuo, la Ley 45 de 1990 vino a limitar tal posibilidad con la norma de su artículo 65, inciso segundo, que estableció que “toda suma que se cobre al deudor como sanción por el simple retardo o incumplimiento del plazo de una obligación dineraria se tendrá como interés de mora, cualquiera sea su denominación”.

18. Bien recibida por doctrinantes y expertos en la materia, la nueva regla acompasó el resarcimiento en casos de demora, con otras disposiciones sobre intereses que ya existían en el ordenamiento colombiano, como las referentes a la expresión de los intereses en términos de tasas efectivas, la restricción de la capitalización o composición de intereses, o las tasas constitutivas del delito de usura. Así, el régimen de intereses ha ido enmarcándose dentro de una normatividad que a la vez que garantiza a los acreedores el fruto justo de su dinero, y el resarcimiento limitado en casos de demora, protege a los deudores de los excesos que se presentaban con anterioridad a la existencia de las normas que se comentan.

19. La incompatibilidad de tasa de mora y otras sanciones fue recogida en el propio contrato de agencia. En efecto, la parte final de la cláusula 11.2 ibidem contiene esta disposición:

“Cuando quiera que la prestación a cargo del agente consista en el pago de una suma de dinero, el incumplimiento de la misma solo dará lugar a la causación y pago de intereses moratorios a la tasa máxima permitida por la ley, desde el momento en que se haya debido efectuar el pago y hasta el día en que este ocurra”.

20. Es cierto que la norma transcrita está contenida en una cláusula que regula el evento de que Bellsouth no tome la determinación de dar por terminado el contrato de agencia, es decir, que a pesar de presentarse un caso de los contemplados como causantes de una de las penas previstas en el contrato este continúe en ejecución. Sin embargo, varias circunstancias permiten al tribunal concluir que la regla transcrita tiene aplicación al contrato de agencia en su integridad:

a) La existencia del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 ya comentado, norma sin duda imperativa aplicable en general a todas las obligaciones de dinero;

b) El hecho de haber contemplado el contrato de agencia, para efectos de la imposición de penas, numerosos eventos de incumplimiento de obligaciones no dinerarias, es decir, de contenido más propiamente calificable como de hacer o no hacer, como el de actuar por fuera de la zona asignada, el de desconocer los deberes acerca de la competencia o los conflictos de interés, el de desconocer los reglamentos sobre propiedad intelectual, el de la utilización de medios ilegales para la ejecución del contrato, entre otros, en todos los cuales tiene justificación la pena o cláusula penal ante la imposibilidad de establecer una sanción *ad valorem*;

c) La regla del artículo 1622 del Código Civil que prevé la interpretación sistemática de los contratos en el sentido de que “las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad”.

21. En consecuencia, habiéndose producido la terminación del contrato de agencia por justa causa, como ha concluido el tribunal, derivada del incumplimiento grave de la obligación contemplada en la cláusula 10.2 (e) ibídem(169) en cuanto Intercelular demoró la entrega de sumas de dinero, no puede aplicarse la multa prevista en la cláusula 10.3 del instrumento en mención. Por tanto no prospera la pretensión 5 de la reconvención.



22. Por razones similares a las expuestas, tampoco habrán de prosperar las pretensiones 6 y 7 de la reconvención, que se refieren a la indemnización por lucro cesante como consecuencia del incumplimiento referido y a la actualización o indexación de las sumas resultantes después de aplicar los intereses moratorios.

23. En efecto, como quedó sentado atrás, la Ley 45 de 1990 obliga a considerar como intereses moratorios cualquier suma o pena adicional y en este sentido en la sola liquidación de la mora ya estaría comprendido todo recargo y, en particular, el lucro que dejó de percibirse, pues, en sí misma, tratándose de obligaciones dinerarias, la tasa moratoria lo comprende.

24. Y en cuanto al daño emergente como tal [\(170\)](#), también mencionado en la pretensión 6, el tribunal no encontró determinación ni prueba que permitiera fundarlo y menos decretarlo.

25. Respecto de la pretensión 7 es de anotar que, liquidados los intereses moratorios hasta la fecha del laudo, en ningún caso habría lugar a actualizaciones adicionales, ni menos, desde luego, a aplicar a la sumas resultantes un índice de corrección monetaria.

26. Fijado lo anterior, el tribunal pasa a determinar los intereses moratorios por las sumas adeudadas por Intercelular, así:

a) Sin glosa respecto de su cuantía, el peritaje concluyó que la cartera a cargo de Intercelular a abril 30, 2002 ascendía a \$ 683.967.465 [\(171\)](#) Reproches sobre la interpretación o forma externa de las facturas no alcanzan a poner en duda la cifra y menos cuando respecto de su monto nada se probó en contrario. El tribunal, entonces, acogerá la indicada cantidad como la debida por la convocante.

b) A la suma mencionada deben agregarse los intereses moratorios, lo que hizo en forma adecuada y precisa el peritaje, según los saldos debidos en cada momento, a la tasa efectiva determinada por la [\(\\*\)](#) Superintendencia Bancaria. A febrero de 2004 el resultante asciende a \$ 428.428.140 [\(172\)](#).

c) Con los mismos criterios del peritaje, el tribunal agregó \$ 56.406.917, correspondiente a los intereses moratorios causados desde marzo 1°, 2004 hasta junio 24, 2004, de manera que el total de intereses de mora a que se hará referencia en la parte resolutive del laudo asciende, en la fecha del mismo, a la suma de \$ 484.835.057.

## **G. Objeción por error grave del peritaje. Tacha de testigo.**

1. Sea lo primero recordar que la calificación que del error grave hace el Código de Procedimiento Civil en su artículo 238 (4) es muy estricta: es grave el error “que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas” (Enfasis añadido).

2. El error grave es una equivocación de tal importancia que, o bien impone o determina la conclusión del perito, y en este sentido cabe decir que sin tal yerro la conclusión pericial habría sido distinta, o bien la conclusión del perito en sí misma es equivocada con respecto a las comprobaciones reales, lo que implica que si estas hubieren sido recta y adecuadamente valoradas se habría llegado a una conclusión diferente. En ambas hipótesis el error grave está centrado en los hechos materia del dictamen, ya porque objetivamente no fueron bien comprobados, ora porque, habiéndolo sido, subjetivamente el perito los valoró o apreció equivocadamente.

3. El tribunal no encuentra en el dictamen rendido por la perito ninguna de las hipótesis que la ley prevé como condicionantes de un error grave, como enseguida lo precisa:

a) Sobre la pregunta 1 del cuestionario de Intercelular:

La perito solamente encontró descuentos precisamente calificados como casos de “churn” o fraude en los libros y papeles de las partes, los indicados en su dictamen, que totalizaron \$ 20.851.864. Hubo descuentos por sumas mayores, pero la perito no pudo establecer con certeza más que la primera con la calificación requerida en la pregunta de la convocante, y así lo consignó en su opinión. No hay yerro ni en la comprobación del hecho, ni en su valoración.

Por lo demás, los soportes solicitados por la convocante en su escrito de aclaraciones y complementaciones, en



particular la factura 0070 diciembre 28, 1998, fueron allegados por la perito con su respuesta de abril 30, 2004.

b) Sobre las preguntas 7, 8, 9, y 10 del cuestionario de InterCelular:

En su escrito de mayo 13, 2004, solicitado oficiosamente por el tribunal, la perito explica que la convocante toma para la objeción que plantea en relación con estas preguntas el anexo 9 del peritaje, en lugar de referirse a los anexos 3.1, 3.2, 3.3 y 3.4 de las aclaraciones y complementaciones al peritaje, que fueron reemplazo de aquel, en los cuales aparecen, con toda precisión, las bases de los cálculos que echa de menos el apoderado en su escrito de objeción. Comprobada esta afirmación por el tribunal, queda sin piso la eventual objeción en estas preguntas.

c) Sobre la pregunta 11 del cuestionario de InterCelular:

El anexo 4 del peritaje da cuenta, en nueve (9) folios, de las bases establecidas para el pago de comisiones, por fechas, según tablas de comisiones y bonos. Desde su escrito de aclaraciones y complementaciones al peritaje, la perito había manifestado que debía abstenerse de dar respuesta a la cuestión planteada por la convocante en el sentido de establecer “para cada caso en concreto la escala de comisión a ser reconocida a InterCelular”, por ser este un asunto reservado al tribunal. InterCelular dio a esa manifestación el alcance de error grave, lo que en verdad no lo es, como puede ahora evidenciarse en tanto el tribunal en las cláusulas E (18) a (26) supra se ocupó del tema precisamente para fijar, en ejercicio de sus funciones jurisdiccionales más que como apreciación probatoria del peritaje, la adecuada aplicación de la cláusula 4.7 del contrato de agencia. No puede, por tanto, deducirse error en la opinión de la perito acerca del límite de sus facultades como auxiliar de la justicia.

d) Sobre las preguntas 23, 24 y 25 del cuestionario de InterCelular:

La esencia de la glosa consiste en no haber utilizado la perito el método de flujo de fondos futuros como una alternativa para la valoración de InterCelular en las fechas determinadas por su apoderado.

La perito empleó dos (2) métodos que a su juicio podrían aplicarse a la valoración solicitada y, ante la tacha por error grave, expresa que no es factible utilizar el tercero sugerido, de flujos descontados, porque cesó la sociedad sus operaciones mercantiles, de un lado, y no cuenta con intangibles que pudieran ser valorados en forma residual, como marcas, patentes, “good will”, “know how” y franquicias, entre otros. Agrega que por el método de valoración de activos y descuentos de los pasivos, como quedó demostrado en el dictamen, la empresa “arroja sistemática y progresivamente un patrimonio negativo que no permite establecer un valor de rescate o residual”(173) .

El tribunal participa del criterio de la perito. No solo no encuentra error respecto de la comprobación de los hechos o de su apreciación, sino que se extraña de que pretenda el apoderado de InterCelular la valoración dinámica de una empresa sin flujos futuros y sin ningún valor patrimonial, por lo menos a junio 30, 2003, cuando mostraba activos por \$5.603.917, pasivos por \$914.798.025 y patrimonio negativo por \$ 909.194.108.

e) Sobre las preguntas 1 y 2 del cuestionario de Bellsouth:

No encuentra el tribunal en la opinión de la perito ningún error con las características que exige el artículo 238 del Código de Procedimiento Civil. La mención que ella hace de la ley comercial, en forma alguna compromete o influencia al tribunal, amén de que a todos está permitido citar y tener presentes las normas que regulan determinada actividad, sin que por ello se constituyan en jueces.

f) Sobre la pregunta 4 del cuestionario de Bellsouth:

En su solicitud de aclaraciones y complementaciones la convocante solicitó a la perito establecer los soportes y fuentes de las facturas tomadas en cuenta para el cálculo de los intereses moratorios en que consistió la pregunta original. A juicio del tribunal, esta tarea complementaria quedó cumplida en las Aclaraciones y Complementaciones al peritaje(174) , como expresó la perito en la respuesta que dio en mayo 13, 2004 a la solicitud oficiosa del tribunal. Por lo demás, es de advertir que así no se hubiera cumplido la complementación, la razón aducida como error grave (“es preciso manifestar nuestra inconformidad por no haberse absuelto la cuestión”) es en extremo precaria.

4. Por las razones expuestas no prosperan las objeciones por error grave formuladas contra algunos apartes del peritaje y así se expresará en la parte resolutive de la presente providencia.

5. El aspecto final referente a esta parte del laudo concierne a la tacha propuesta por Bellsouth respecto de la testigo Patricia Montejó(175) , a cuyo respecto el tribunal simplemente consigna que habiendo analizado el testimonio en referencia es patente que carece de incidencia para la evaluación de las pretensiones y defensas de las partes y en las consiguientes determinaciones que se adoptan en este laudo.

6. Por tal razón, entonces, no procede llevar a cabo apreciación adicional sobre los motivos y pruebas de la tacha, bastando para el tribunal lo antes expresado a los fines del inciso segundo del artículo 216 del Código de Procedimiento Civil(176) .

#### H. Costas.

1. Habiendo prosperado parcialmente una de las pretensiones de la convocante, la 16 (b), con la actualización de la cifra en que ella consiste y su repercusión sobre la prestación del inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio., el tribunal considera del caso, en ejercicio del arbitrio que en esta materia le otorgan los artículos 392 y 393 del Código de Procedimiento Civil, modificados por los artículos 42 y 43, respectivamente, de la Ley 794 de 2003, distribuir las costas del proceso en forma proporcional, por lo que a las sumas consignadas y pagadas por las partes a lo largo del mismo se refiere, estableciendo 90% del valor de las mismas a cargo de Intercelular y el 10% restante a cargo de Bellsouth.

2. A título de agencias en derecho el tribunal fija, para ser asumida en su integridad por Intercelular, la cantidad de \$10.000.000, valor cercano a los honorarios de un árbitro en este proceso, que es un criterio acostumbrado para la estimación de este costo procesal.

3. Así las cosas, la liquidación de costas en la citada proporción 90 - 10 es la siguiente:

a) A cargo de Intercelular:

Concepto	Monto
Honorarios de los árbitros	\$ 30.915.000
Honorarios de la secretaria	\$ 5.152.000
Gastos de funcionamiento y administración	\$ 2.475.000
Gastos de protocolización, registro y otros	\$ 4.635.000
Honorarios de la perito	\$ 9.000.000
Gastos del peritaje	\$ 3.600.000
Total	\$ 55.777.500

De estas sumas Intercelular ya ha cancelado la suma total de \$ 30.987.500 por concepto del 50% de los rubros antes detallados, razón por la cual deberá pagarle a Bellsouth \$ 24.790.000 para cumplir con el 90% asignado a su cargo.

b) A cargo de Bellsouth:

Concepto	Monto
Honorarios de los árbitros	\$ 3.435.000
Honorarios de la secretaria	\$ 572.500

Gastos de funcionamiento y administración	\$ 275.000
Gastos de protocolización, registro y otros	\$ 515.000
Honorarios de la perito	\$ 1.000.000
Gastos del peritaje	\$ 400.000
<b>Total</b>	<b>\$ 6.197.000</b>

Considerando que por concepto de estos rubros Bellsouth ya ha cancelado la suma total de \$ 30.987.500, no deberá cancelar suma alguna sino, por el contrario, percibir de InterCelular \$ 24.790.000 para arribar al 10% asignado a su cargo.

4. La parte resolutive del laudo dará cuenta de la fijación y distribución de costas arriba consignadas.

#### **IV. Decisiones del tribunal arbitral**

En mérito de todo lo expuesto, el tribunal arbitral constituido para dirimir en derecho las controversias entre InterCelular de Colombia S.A. y Bellsouth de Colombia S.A., administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Declarar no probada la objeción por error grave propuesta contra el peritaje.
2. Declarar probadas, parcial o totalmente, según lo explicado en la parte motiva del presente laudo, las excepciones de mérito formuladas por Bellsouth de Colombia S.A. en la contestación bajo las denominaciones:
  - a) “Falta de jurisdicción y competencia del tribunal para conocer de las controversias ocurridas entre el 29 de diciembre de 1998 al 9 de septiembre de 1999”;
  - b) “Inexistencia de obligaciones derivadas del contrato de concesión celebrado el 6 de agosto de 1994 [sic]”;
  - c) “Transacción respecto de las diferencias surgidas al momento de terminar por mutuo acuerdo el contrato de concesión de 20 de mayo de 1997”;
  - d) “Cosa juzgada respecto de las diferencias surgidas al momento de terminar por mutuo acuerdo el contrato de concesión de 20 de mayo de 1997”; y
  - e) “Excepción de contrato no cumplido en frente del contrato de agencia comercial suscrito el 10 de septiembre de 1999”.
3. Denegar la totalidad de las pretensiones de la demanda, a excepción de las mencionadas en el numeral 5 infra y de las siguientes, que son aceptadas:
  - a) Pretensión primera;
  - b) Pretensión décima tercera;
  - c) Pretensión décima sexta en su literal (b), que se acepta en cuantía de \$ 43.811.104, según las precisiones hechas en la parte motiva de esta providencia; y
  - d) Pretensión vigésima, que se acepta en cuantía de \$ 131.504.465, según las cifras que se mencionan en la parte motiva de esta providencia.
4. Condenar a Bellsouth de Colombia S.A. a pagar a InterCelular de Colombia S.A. las sumas mencionadas en el

numeral anterior, más la cantidad de \$ 28.293.299 a título de corrección monetaria causada sobre tales sumas.

5. Entender que con las decisiones a que se refieren los numerales (3) y (4) supra, quedan atendidas, en lo pertinente, las pretensiones de condena trigésima primera, trigésima cuarta y trigésima sexta de la demanda.

6. Declarar no probadas las excepciones de mérito formuladas por Intercelular de Colombia S.A. contra la reconvención.

7. Aceptar las pretensiones de la reconvención en la forma y términos expuestos en la parte motiva de esta providencia, con excepción de las pretensiones 5, 6 y 7, que se deniegan y de la 8 que se trata en el numeral 9 infra.

8. Condenar a Intercelular de Colombia S.A. a pagar a Bellsouth de Colombia S.A. la suma de \$683.967.465, más la cantidad de \$484.835.057, a título de intereses de mora, todo según las explicaciones expuestas en la parte motiva de este laudo, con lo cual se atiende la pretensión 4 de la reconvención.

9. Condenar en costas a Intercelular de Colombia S.A. de conformidad con lo indicado en la parte motiva de este laudo, así:

a) \$ 24.790.000 por concepto de honorarios de los árbitros y de la secretaria, gastos de funcionamiento y administración, gastos de protocolización registro y otros, honorarios de la perito y gastos del peritaje; y

b) \$ 10.000.000, por concepto de agencias en derecho.

10. Compensar las condenas anteriores y ordenar que la suma neta a cargo de Intercelular de Colombia S.A., es decir la cantidad de \$ 999.983.654, sea pagada a Bellsouth de Colombia S.A. dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha del presente laudo.

11. Declarar que la mora en el pago de la suma anterior causará intereses moratorios a cargo de Intercelular de Colombia S.A. y a favor de Bellsouth de Colombia S.A. conforme al artículo 884 del Código de Comercio.

12. Ordenar la protocolización del presente laudo en una de las notarías de la ciudad de Bogotá.

Notifíquese.

*Jorge Cubides Camacho*, árbitro—*Saúl Sotomonte Sotomonte*, árbitro—*Nicolás Gamboa Morales*, presidente.

*Alejandra Vásquez Velandia*, secretaria.

---