

Tribunal de Arbitramento

DDB Worldwide Colombia S.A.

v.

Colombia Móvil S.A. ESP

Mayo 5 de 2006

Laudo Arbitral

Bogotá, D.C., mayo 5 de 2006

Encontrándose surtidas en su totalidad las actuaciones procesales previstas en el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991 y la Ley 446 de 1998 para la debida instrucción del trámite arbitral, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la audiencia de fallo, el tribunal de arbitramento profiere el laudo conclusivo del proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre DDB Worldwide Colombia S.A., parte convocante, y Colombia Móvil S.A. ESP, parte convocada, surgidas con ocasión del contrato denominado “contrato DDB Worldwide Colombia S.A.” celebrado entre las partes el 21 de mayo de 2003, en adelante el “contrato”, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

## **1. Antecedentes**

### **1.1. El contrato**

Las partes de este proceso celebraron el 21 de mayo de 2003, el “contrato DDB Worldwide Colombia S.A.”, cuyo objeto según la cláusula primera consistió en DDB se obligaba a (i) desarrollar la marca corporativa de Colombia Móvil y su servicio de comunicación personal y (ii) a diseñar la estrategia de comunicación y las piezas publicitarias que la acompañan y Colombia Móvil a pagar por estos servicios el precio estipulado en la cláusula tercera.

### **1.2. El pacto arbitral.**

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato, en cuya cláusula décima, numeral 10.3, se pactó la siguiente cláusula compromisoria:

“10.3. Compromiso. Toda diferencia que surja entre DDB y Colombia Móvil 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 decidirá en derecho de conformidad con las leyes colombianas. El tribunal funcionará en Bogotá, D.C., en la Cámara de Comercio de dicha ciudad, estará integrado por tres (3) árbitros abogados en ejercicio en Colombia, que se designarán de común acuerdo entre las partes siguiendo las disposiciones legales vigentes sobre la materia. En el caso en que las partes no se pongan de acuerdo para su designación, serán nombrados por la respectiva Cámara de Comercio los gastos que ocasione el juicio arbitral serán por cuenta de la parte vencida. Las partes recibirán notificaciones en las direcciones indicadas en el presente contrato” (cdno. de pbas. 1 fl. 12).

### **1.3. Partes procesales.**

#### **1.3.1. Parte convocante.**

La parte convocante en este trámite arbitral es DDB Worldwide Colombia S.A., en adelante DDB, con domicilio principal en Envigado (Antioquia), constituida mediante escritura pública 221 del 27 de enero de 1995, otorgada en la notaría 32 del círculo de Bogotá, representada legalmente por su presidente, señor Michel Arnau Marba, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por la Cámara de Comercio del Aburrá Sur (fls. 20 a 24 del cdno. ppal. 1).

En el presente proceso arbitral, está representada judicialmente por el abogado Martín Giovanni Orrego, de acuerdo con el poder visible a folio 19 del cuaderno principal 1.

### **1.3.2. Parte convocada**

La parte convocada en el presente trámite arbitral es Colombia Móvil S.A. ESP en adelante Colombia Móvil, sociedad comercial constituida mediante escritura pública 179, del 24 de enero de 2003, otorgada en la notaría 30 del círculo de Bogotá, domiciliada en la ciudad de Bogotá, representada legalmente por la señora Ana María Jiménez Posada, como consta en el certificado de existencia y representación legal expedido por Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 136 A 152 del cdno. ppal. 1).

En este trámite arbitral, está representada judicialmente por el abogado Isaac Alfonso Devis Granados, de acuerdo con el poder visible a folio 134 del cuaderno principal 1.

El doctor Augusto Reales Bermudez, actúa en este proceso en su calidad de como agente del Ministerio Público.

### **1.4. Iniciación del trámite.**

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria, el 18 de abril de 2005, DDB presentó solicitud de convocatoria del tribunal de arbitramento para resolver las diferencias surgidas con Colombia Móvil ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (cdno. ppal. 1, fls. 1 a 18).

1.4.2. El 9 de junio de 2005, se hizo la audiencia de instalación, en la cual, mediante auto 1 de la misma fecha (acta 1), se declaró legalmente instalado el tribunal y se nombró presidente y secretaria del mismo. El tribunal asumió competencia para efectos de realizar el trámite la cual, con anterioridad a la sentencia C-1038 de 2002, competía a los centros de arbitraje sin perjuicio de lo que se decidiera sobre competencia en la primera audiencia de trámite; admitió la demanda, corrió traslado a la parte convocada por el término legal y pidió que por secretaría se notificara tal decisión al representante legal de la entidad convocada o a su apoderado, según fuera el caso, y reconoció personería jurídica a los señores apoderados. En cuanto a la fijación de los honorarios de los árbitros, del secretario y los gastos del proceso, se aplazó tal decisión hasta tanto se contara con los suficientes elementos de juicio en relación con las pretensiones de la demanda y los medios de defensa que propusiere el demandado (cdno. ppal. 1, fls. 74 a 76).

1.4.3. El día 27 de junio de 2005, se procedió a notificar personalmente al representante legal de la sociedad convocada el auto admisorio de la demanda y se le hizo entrega de una copia de la misma y sus anexos.

1.4.4. El 12 de julio de 2005, en oportunidad para ello, Colombia Móvil contestó la demanda, con expresa oposición a las pretensiones e interpuso excepciones de mérito (cdno. ppal. 1, fls. 90 a 132).

1.4.5. El 13 de julio de 2005 se corrió traslado a la parte convocante de las excepciones de mérito propuestas por la parte convocada.

1.4.6. El 19 de julio de 2005, DDB, por intermedio de su apoderado y mediante escrito describió el traslado de las excepciones propuestas por la parte convocada (cdno. ppal. 1, fls. 163 a 166).

1.4.7. El día 5 de agosto de 2005 mediante auto 3 (acta 3), se fijaron los honorarios y gastos del proceso, los cuales fueron oportunamente entregados por las partes al presidente del tribunal, y se fijó fecha y hora para la celebración de la audiencia de conciliación, providencia que fue notificada a las partes en dicha audiencia (cdno. ppal. 1, fls. 167 a 174).

1.4.8. El día 30 de agosto de 2005, se llevó a cabo la audiencia de conciliación, la cual se declaró fracasada por no haberse logrado acuerdo conciliatorio.

### **1.5. Trámite arbitral.**

#### **1.5.1. Primera audiencia de trámite.**

El 30 de agosto de 2005 a las 10:00 a.m., acta 4, se inició la primera audiencia de trámite con la lectura del pacto arbitral acordado en la cláusula décima, numeral 10.3 del contrato, de las cuestiones sometidas a decisión arbitral expresadas en la solicitud de convocatoria y demanda y su respectiva contestación por la parte convocada. El tribunal, mediante auto 5, se declaró competente para conocer y decidir en derecho las controversias sometidas a su consideración. La fue suspendida y se fijó como fecha para su continuación el día 6 de septiembre de 2005.

### **1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso.**

Definida la competencia del tribunal, se decretaron las pruebas solicitadas por las partes mediante auto 6 proferido en la audiencia del 6 de septiembre de 2005, acta 5 (cdno. ppal. 1, fls. 213 a 224).

El presente proceso se llevó a cabo en 19 audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas y aquellas decretadas de oficio, se recibieron los alegatos de conclusión y se profirió este laudo. El 25 de abril de 2006, el tribunal fijó el día 5 de mayo de 2006 a las 3:00 p.m., para audiencia de fallo.

### **1.5.3. Pruebas decretadas y practicadas.**

Por auto 6, acta 5, el tribunal de arbitramento, en audiencia realizada el 6 de septiembre de 2005, decretó las pruebas del proceso, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

#### **1.5.3.1. Documentales**

Se ordenó tener como pruebas documentales los documentos presentados y numerados en la demanda arbitral (cdno. ppal. 1, fls. 13 y 14), en el memorial por medio del cual su apoderado se pronuncia sobre las excepciones propuestas por la parte convocada (cdno. ppal. 1, fl. 166.) y los documentos presentados en la contestación de la demanda (cdno. ppal. 1, fls. 127 y 128). Se incorporaron documentos en respuesta a los oficios librados, los entregados por algunos testigos en el transcurso de sus testimonios, como parte de las declaraciones, y en las diligencias de inspección judicial con exhibición de documentos practicadas.

#### **1.5.3.2. Dictamen pericial.**

Se decretó y practicó un dictamen pericial financiero rendido el día 31 de octubre de 2005 por la señora Gloria Zady Correa Palacio (cdno. de pbas. 4, fls. 216 a 332). Las partes solicitaron aclaraciones y complementaciones, las cuales fueron rendidas por la perito en la debida oportunidad (cdno. de pbas. 4 fls. 333 a 372).

El dictamen fue objetado por error grave por el apoderado de la parte convocante.

#### **1.5.3.3. Oficios.**

Se ordenó oficiar al revisor fiscal de DDB para que certificara la composición accionaria de la sociedad al 21 de mayo de 2003, fecha de celebración del contrato suscrito entre las partes.

#### **1.5.3.4. Testimonios y declaraciones de parte.**

En las oportunidades procesales señaladas se recibieron los testimonios de Anabella Chissone Rodríguez, Yimmy Alexander Baquero Acero, Catalina Mahecha Reyes, Lucy Vásquez Iriarte, Isabel Páez Rivera, octubre 18 de 2005; Elvia María Espitia, María H. Pérez Bejarano, Catalina Alba Cárdenas, Teresa Eugenia Parra Parra, Octubre 25 de 2005; Rafael De Guzmán Mora, Francisco Alfonso Samper Llinás, Federico Gaviria Velásquez, Ricardo Silva Contreras, Laura Clemencia Santamaría Guerrero, noviembre 1º de 2005.

Las partes desistieron de los testimonios de Lucy Lara, Amparo Jaramillo, Luisa Tirado, Mauricio Dueñas, Andrés Peña, Germán González, Yesid Meneses, Diego Arenas, Carlos Martínez y Álvaro Padilla.

El testimonio del señor Federico Gaviria fue tachado de sospechoso por la parte convocada (fls. 17 y 18 del cdno. ppal. 2).

El día 1° de noviembre de 2005 se recibió la declaración de parte de la señora Ana Marina Jiménez Posada, representante legal de la sociedad convocada. En la misma fecha se recibió la declaración de parte del señor Hernán Darío de San Nicolás Botero Pineda en su calidad de representante legal de la sociedad convocante.

De oficio el tribunal decretó el interrogatorio de parte de los señores representantes legales principales de las partes, señores Michael Arnau Barba y León Darío Osorio Martínez los cuales fueron recibidos el día 12 de diciembre de 2005.

#### **1.5.3.5. Inspección judicial con exhibición de documentos.**

El día 19 de septiembre de 2005 se llevó a cabo la inspección judicial con exhibición e intervención de perito en las oficinas de Colombia Móvil.

El día 23 de septiembre de 2005 se llevó a cabo la inspección judicial en las oficinas de DDB en la ciudad de Medellín.

#### **1.5.3.6. Audiencia de alegatos de conclusión.**

Concluida la etapa probatoria, los señores apoderados de las partes y el señor representante del Ministerio Público en audiencia del día 27 de febrero de 2006 expusieron sus alegatos de manera oral y presentaron los correspondientes escritos (cdno. ppal. 2, fls. 183 y ss.).

#### **1.6. Audiencia de fallo.**

El tribunal por auto 24, proferido el 25 de abril de 2006, acta 18, señaló el día 5 de mayo de 2006, a las 3:00 p.m. para la audiencia de fallo que se realiza.

#### **1.7. Término para fallar.**

De conformidad con el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, cuando las partes no señalan el término para la duración del proceso arbitral, este será de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite, “al cual se adicionarán los días que por causas legales se interrumpa o suspenda el proceso”.

El tribunal se encuentra en término para fallar, conforme a las siguientes circunstancias:

- El día 6 de septiembre de 2005 se realizó la audiencia en la cual se decretaron las pruebas solicitadas por las partes. Por lo tanto, el término vencería, en principio, el 6 de marzo de 2006.

Sin embargo, el proceso se suspendió en las siguientes fechas por solicitud conjunta de las partes: entre los días 24 de septiembre y 17 de octubre de 2005, ambas fechas inclusive (acta 7 correspondiente a la audiencia celebrada el 23 de septiembre de 2005); entre los días 26 de octubre y 31 de octubre de 2005 (acta 9 correspondiente a la audiencia celebrada el 25 de octubre de 2005); entre los días 2 de noviembre y 14 de noviembre de 2005 (acta 10 correspondiente a la audiencia celebrada el 1° de noviembre de 2005); entre los días 16 de diciembre de 2005 y 15 de enero de 2006 (acta 13 correspondiente a la audiencia celebrada el 12 de diciembre de 2005); entre los días 1° de febrero y 26 de febrero de 2006 (acta 14 correspondiente a la audiencia celebrada el 20 de enero de 2006) y entre los días 28 de febrero y 4 de abril de 2006 (acta 16 correspondiente a la audiencia celebrada el 27 de febrero de 2006), para un total de 89 días hábiles.

- Adicionados los días hábiles de suspensión del proceso, el término vence el 19 de julio de 2006 y, por tanto, el tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

#### **1.8. La demanda y su contestación.**

Las pretensiones de la parte convocante se analizan y deciden más adelante, y de letra dicen:

##### **1.8.1. Pretensiones.**

“A. Las referentes a la terminación del contrato”

“Primera. Se declare que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP incumplió el contrato celebrado con la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A., y del que dan cuenta los hechos de esta demanda, al darlo por terminado unilateralmente, sin justa causa y de manera verbal el día 28 de febrero de 2005, sin que dicha forma de terminación estuviera estipulada en el contrato”.

“Segunda. Como consecuencia de la anterior, se declare la terminación del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo de Colombia Móvil S.A. ESP y a favor de DDB Worldwide Colombia S.A.”.

“Tercera. Como Consecuencia de lo anterior, —bien sea de la principal o de la subsidiaria— se condene a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP a pagar a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A. las siguientes sumas de dinero, a título de indemnización de perjuicios, o las que resulten acreditadas dentro del proceso: Por concepto de lucro cesante la suma equivalente a tres mil ciento ochenta y cinco millones seiscientos ochenta y cuatro mil quinientos sesenta y ocho pesos M/L (\$ 3.185`684.658).

Subsidiaria de la pretensión segunda. Como consecuencia de la pretensión primera, se declare la resolución del contrato sin efectos retroactivos, para que obre solamente para el porvenir (*ex nunc*) por la naturaleza del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo de Colombia Móvil S.A. ESP y a favor de DDB Worldwide Colombia S.A.

B. Las referentes a los trabajos realizados y no cancelados.

“Cuarta. Se declare que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP está obligada apagarle a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A. los trabajos realizados por órdenes de Colombia Móvil S.A. ESP, pero devueltos porque ya no se necesitaban o bien por cambio de producto o de servicios y a los que se refiere el hecho décimo noveno de la demanda, como producción interna, producción gráfica, trabajos realizados por el proveedor tribal y trabajos eliminados”.

“Quinta. Que como consecuencia de la anterior se condene a Colombia Móvil S.A. ESP a pagar a DDB Worldwide Colombia S.A. las siguientes sumas de dinero o las que se prueben dentro del proceso:”

“5.1. Por producción interna Colombia Móvil, presupuestos facturados internos; adhesivo backing rueda de prensa \$100.000; manual de marca— es diferente a la corporativa \$20`000.000 y Juego OLA SMS \$50`000.000. Para un total de \$70`100.000”.

“5.2. Por producción gráfica, producto: medios y trade: cenefa navidad \$180.080; camiseta 321 \$232.000; tapas Mc Menú \$506.340 y agenda presidencia \$2`958.000. Para un total de \$3.876430, valor que incluye el IVA”.

“5.3. Por trabajos realizados por el proveedor tribal, por intermedio de DDB: E- Card nacimiento bebe \$482.922; factura OLA masivo \$508.125; Piezas VPN \$2`301.000; Icono masivo corporativo \$142.104; Piezas Taylor made \$2`301.000; Piezas 321 \$1`414.250; Piezas pymes \$1`105.875; Campaña guinness \$1`072.500; e-mail cliente misterioso \$4`825.750. Para un total de \$14.153.526”.

“5.4. Por trabajos eliminados conforme a la relación adjunta como prueba documental referida en el literal h. y cuyos conceptos son: locutorios, protector terminales, VPN, Taylor Made, campaña OLA distrito municipio, soluciones integrales, enlace, conferencia telefónica, OLA control, roaming, campaña interna integración de vendedores. Manual de imagen, campaña pymes, free cards, Ola a la carta, tarjetas gold, campaña corporativa, contac center 321, servicios valor agregado, larga distancia interna, evento corporativo, empaquetamiento, invitación evento empresarial, fiesta fin de año y aniversario clientes cor. Para un valor total de \$41.561.750 en la forma detallada en el cuadro adjunto y antes del IVA”.

C. Las referentes a los intereses moratorios.

“Sexta. Se declare la ineficacia y/o la inexistencia y/o la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula quinta del contrato celebrado entre las partes que dice:

“DDB solicitará el reconocimiento de intereses de mora máximo ...(sic), los cinco (5) días siguientes a la fecha en

que Colombia Móvil cancele el monto en mora. La obligación de Colombia Móvil de efectuar el pago aquí previsto queda sujeta a la condición de que DDB presente en las oficinas de Colombia Móvil ubicadas en la Carrera 11 número 93 B – 33, piso 3° de Bogotá D.C., la respectiva cuenta de cobro dirigida a Colombia Móvil S.A. ESP. Los pagos se podrán efectuar por conducto de una entidad financiera. Los pagos se efectuarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación de la cuenta de cobro”.

Por contener un término de prescripción y/o caducidad de cinco (5) días que va en oposición de las normas imperativas que consagran la materia.

“Séptima. Como consecuencia de la anterior se declare que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP está obligada a pagarle a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A., por la mora sobre las sumas no canceladas o los gastos no reconocidos oportunamente, los intereses equivalentes a una tasa de interés anual del DTF bancario vigente al vencimiento de las respectivas obligaciones más cinco (5) puntos de manera proporcional al tiempo de retraso”.

“Octava. Como consecuencia de la anterior se condene a la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP a pagar a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A. la suma equivalente a trescientos cuarenta y cinco millones doscientos cuarenta y siete mil seiscientos veinte pesos M/L (\$345`247.620) o la que resulte acreditada dentro del proceso como intereses”.

“Subsidiaria de sexta, séptima y octava. Se declare que DDB tiene derecho a los intereses corrientes bancarios O se declare que tiene derecho a los intereses moratorios por las sumas no canceladas o los gastos no reconocidos oportunamente por Colombia Móvil S.A. ESP, causados durante el tiempo de retraso, y por lo tanto, se le condena a la provocada a cancelar los intereses que resulten reconocidos o bien los corrientes o bien los moratorios”.

“C. Las referentes a las costas”

“Novena. Se condene en costas y agencias en derecho a Colombia Móvil S.A. ESP y a favor de DDB Worldwide Colombia S.A.”.

### **1.8.2. Los hechos de la demanda.**

Los hechos que DDB expuso en su demanda, como fundamento de sus pretensiones, en síntesis son:

1.8.2.1. DDB fue invitada a participar en el proceso de selección como agencia de publicidad de la naciente empresa Colombia Móvil y fue favorecida.

1.8.2.2. Como consecuencia de lo anterior, el día 21 de mayo de 2003 se celebró entre DDB y Colombia Móvil un contrato en el cual DDB se comprometía a prestar los siguientes servicios “(i) desarrollar la marca e identidad corporativa de Colombia Móvil y su servicio de comunicación personal y, (ii) diseñar la estrategia de comunicación y las piezas publicitarias”.

1.8.2.3. Mediante los acuerdos modificatorios 1 del 28 de agosto de 2003 y 2 del 29 de julio de 2004 se adicionó el objeto del contrato.

1.8.2.4. Se hace referencia a la cláusula segunda relativa a la exclusividad por parte de DDB y a la no exclusividad de Colombia Móvil y a la cláusula sexta, referente a la propiedad del material publicitario.

1.8.2.5. En la cláusula séptima se consagraron el término del contrato y las causas por las cuales se puede dar por terminado el mismo. En el párrafo primero se consagró el término de vigencia del contrato así: “El término de vigencia del presente contrato es hasta el 31 de diciembre de 2004, contados a partir de su perfeccionamiento, prorrogable automáticamente por períodos sucesivos de un (1) año, a menos que una de las partes avise a la otra por escrito, con una anticipación no menor de tres (3) meses su decisión de no prorrogar”.

1.8.2.6. Antes de tres meses de finalizar el período inicial del contrato, esto es antes del 30 de septiembre de 2004, ninguna de las partes avisó a la otra su decisión de no prorrogarlo por lo que el contrato se prorrogó hasta el 31 de diciembre de 2005. Sin embargo, el 12 de octubre de 2004, “Colombia Móvil decidió cambiar el día de terminación del contrato para el 28 de febrero de 2005, decisión unilateral e impuesta a DDB” tal como consta en

comunicación enviada por el presidente de Colombia Móvil.

1.8.2.7. El acuerdo modificatorio 3, que fuera remitido por Colombia Móvil a DDB, fue firmado el 12 de octubre de 2004. Dicho acuerdo cambió “de la cláusula séptima” del contrato únicamente la fecha de terminación, dejando vigente todo el resto de la cláusula, incluida la prórroga automática.

1.8.2.8. Lo anterior significa que “a falta de aviso en sentido contrario con tres meses de anticipación, el contrato habría de renovarse por períodos de un año, a partir del 28 de febrero de 2005”.

1.8.2.9. Antes de finalizar el período adicional, conforme al acuerdo modificatorio 3, esto es, antes del 28 de noviembre de 2004, ninguna de las partes avisó a la otra su decisión de no prorrogar el contrato, “por lo tanto, el mismo quedó prorrogado automáticamente por un (1) año, es decir, hasta el 28 de febrero de 2006”.

1.8.2.10. Luego de que el contrato se encontrara prorrogado hasta el 28 de febrero de 2006, Colombia Móvil inició un proceso de contratación, 2CM-VC-014 04, al cual fue invitado DDB para seleccionar una agencia de publicidad que prestara los servicios de “diseño de estrategias en publicidad y comunicación para Colombia Móvil con el objetivo de fortalecer el posicionamiento de la marca “OLA”; adicionalmente se requerirán los servicios de acompañamiento permanente a la alta dirección de Colombia Móvil, en materia de desarrollo de estrategias de publicidad, comunicación, manejo y construcción de la marca”.

1.8.2.11. Dicho proceso comprendía una parte del objeto del contrato que se encontraba vigente entre las partes y por lo tanto no significaba que el mismo se iba a terminar.

1.8.2.12. El 16 de febrero de 2004 se le informó por escrito a DDB que el comité evaluador de Colombia Móvil recomendó seleccionar la oferta presentada por otro proponente y que así lo acogía Colombia Móvil.

1.8.2.13. El 23 de febrero de 2003, Colombia Móvil inicio un proceso CM-VC-004-05 para seleccionar y contratar el servicio de administración y soporte, mantenimiento y nuevos desarrollos web para portales de Colombia Móvil al cual no fue invitado DDB, a pesar de que ese objeto lo venía manejando la sociedad convocante.

1.8.2.14. El 28 de febrero de 2005, Colombia Móvil “dio por terminado unilateralmente, sin justa causa y de manera verbal el contrato”; realizó un almuerzo de despedida a los funcionarios de DDB que manejaban la cuenta con discursos bastante sentidos y publicó en la pasta interna de la revista “P & M Publicidad & Mercadeo” la más destacada del medio de publicidad, “.DDB y OMD: creemos que no sería lo mismo decir mil gracias, que darlas. Gracias, gracias...”. se repite gracias 126 veces y termina con “OLA... y comunícate feliz”.

1.8.2.15. Luego del 28 de febrero de 2005 Colombia Móvil no volvió a solicitar nuevos servicios a DDB del contrato que se encontraba prorrogado hasta el 28 de febrero de 2006.

1.8.2.16. Al momento de la terminación unilateral Colombia Móvil no había pagado los siguientes trabajos solicitados: producción interna (\$70.100.000); producción gráfica (\$3.876.430); trabajos realizados por el proveedor tribal (\$14.153.750) y trabajos eliminados (\$41.561.750) y cuando estaban hechos le dijo a DDB que no se necesitaban por cambio de producto o servicio.

1.8.2.17. Así mismo están pendiente por cancelar facturas por \$170.064.592.

1.8.2.18. En el contrato se pactaron intereses de mora sobre sumas no canceladas o los gastos no reconocidos oportunamente si DDB solicitaba su reconocimiento dentro de los cinco días siguientes a la fecha en que Colombia Móvil cancelara el monto en mora. DDB no realizó en dicho término la reclamación ascendiendo los intereses para el 15 de enero de 2005 a \$345.247.620.

1.8.2.19. La cláusula quinta del contrato “contiene un término de prescripción y/o caducidad de cinco (5) días que va en oposición de las normas imperativas que consagran la materia”.

1.8.2.20. Colombia Móvil con la terminación unilateral y sin justa causa le ha causado grandes perjuicios a DDB que deben ser indemnizados por la convocada así: por lucro cesante la suma de \$3.185.684.568, correspondiente al ingreso promedio mensual obtenido desde el inicio del contrato y multiplicado por los doce meses de la prórroga.

1.8.2.21. Una vez enterada DDB de la terminación unilateral buscó al presidente de Colombia Móvil con el fin de buscar un arreglo amigable. En la respectiva reunión los delegados de Colombia Móvil no propusieron fórmula de arreglo, pues para ellos el contrato había terminado el 28 de febrero de 2005. El presidente de DDB en carta del 30 de marzo de 2005 le informó sobre la reunión al presidente de Colombia Móvil y dejó la puerta abierta para llegar a un arreglo amigable, pero hasta la fecha no se ha recibido respuesta.

### **1.8.3. La contestación de la demanda por parte de Colombia Móvil.**

La entidad convocada, al contestar la demanda, propuso como excepciones de fondo las siguientes:

- Innominada o genérica.
- Cumplimiento perfecto por parte de Colombia Móvil del objeto del contrato suscrito con DDB.
- Imposibilidad para que prosperen las pretendidas indemnizaciones por ausencia de pruebas e inexistencia de responsabilidad civil contractual en cabeza de Colombia Móvil S.A. ESP.
- Enriquecimiento sin causa y cobro de lo no debido.

Así mismo aceptó algunos hechos como ciertos, admitió otros como parcialmente ciertos y rechazó los restantes.

## **2. Consideraciones.**

### **2.1. Naturaleza del contrato celebrado entre Colombia Móvil y DDB.**

El tribunal considera indispensable precisar la naturaleza del contrato celebrado entre Colombia Móvil y DDB, ya que de su tipificación se desprenden las obligaciones que cada una de ellas tiene en relación con el cumplimiento del objetivo planteado. En lo que no hay claridad o controversia entre las partes, se acudirá a las reglas de interpretación previstas en nuestro Código Civil.

#### **2.1.1. Carácter atípico del contrato.**

El tribunal concuerda en primer lugar con lo afirmado por la parte convocada, en el sentido de que el contrato celebrado con la parte convocante, en donde se origina la controversia en examen, es “un contrato de publicidad” y es a la vez un contrato atípico o innominado, por no estar previsto, ni reglamentado por la legislación colombiana.

Este contrato, al igual que los demás de su especie, se diferencia de los contratos típicos o nominados, en relación con su interpretación jurídica, en que mientras los últimos se rigen por las disposiciones legales que los reglamentan, o son exactamente aplicables a ellos, en los atípicos o innominados para efectos de su interpretación debe acudir en primer término a lo expresamente pactados por las partes en las cláusulas del contrato, en aplicación del principio consagrado el artículo 1602 del Código Civil Colombiano<sup>(1)</sup>, lo cual es de capital importancia para lo que resolverá el tribunal en el presente laudo. De manera supletiva, el intérprete debe acudir a las reglas generales de los actos jurídicos y de los contratos; de no ser ello viable, a las del contrato típico más próximo y en todo caso a la doctrina constitucional y los principios generales de derecho<sup>(2)</sup>.

Sobra decir que, en virtud del principio de la autonomía de la voluntad, los contratos atípicos pueden ser innumerables. Pero precisamente uno de ellos es el contrato de publicidad, cuyos rasgos principales son el producto de una costumbre mercantil que se ha abierto paso en muchos países del mundo. Colombia no se ha sustraído a esa tendencia, sino que por el contrario, con el auge del negocio de la publicidad y como consecuencia del establecimiento de gran cantidad de agencias de publicidad extranjeras en el país o que tienen su casa matriz en otro Estado, son muchos los contratos de publicidad o de promoción publicitaria que se celebran en el país y que incluso ya hacen parte de lo formularios impresos que se ofrecen en las librerías a bajo costo.

La circunstancia de que se trate de un contrato atípico significa, como se ha dicho, que no está reglamentado por la ley y que, por razón de sus características propias, como son, la prestación de un servicio para la ejecución de una obra o producto, en que predomina el carácter intelectual, para otro o en nombre de este, a cambio de un precio o remuneración, puede tomar elementos que los hace confundir con otras figuras contractuales, como sucede en

efecto, con los contratos de obra, prestación de servicio y el de mandato sin representación.

### **2.1.2. Definición, partes y modalidades del contrato de publicidad.**

No obstante lo expuesto hasta aquí, el contrato de publicidad tiene sus rasgos propios y definidos, e incluso ya están incorporados en la lista de los contratos típicos en otras legislaciones del mundo. Tal es el caso de España que ya lo incorporó en una ley (34/88) y que lo define, como lo cita el apoderado de la parte convocada en su alegato de conclusión<sup>(3)</sup>, aquel en que “un anunciante encarga a una agencia de publicidad, mediante una contraprestación, la ejecución de publicidad y la creación, preparación o programación de la misma”. En síntesis, se trata de prestar un servicio de publicidad y desarrollar una campaña publicitaria para acreditar en el mercado una marca o producto.

En el contrato de publicidad, existen pues, dos elementos personales básicos: el anunciante, o el que encarga u ordena el trabajo, y el agente, generalmente una agencia de publicidad, que lo ejecuta. Las agencias de publicidad son empresas, que como su nombre lo indica, se dedican a crear, programar y ejecutar publicidad y a veces actúan como intermediaria entre su cliente y los diversos medios de publicidad.

Pero las modalidades como operan las agencias de publicidad, son diversas. La difusión de las piezas publicitarias puede ser contratada directamente por su “central de medios “y en este caso la agencia compra los espacios de publicidad en televisión o radio, o compra vallas, prensa, revistas, etc. También puede suceder que sea necesario producir una serie de piezas publicitarias adicionales, que la agencia no está en capacidad de realizar. En este caso, la agencia subcontrata una serie de proveedores para que elaboren, produzcan y realicen unos comerciales en televisión, cuñas de radio, o incluso fotos que puedan salir en la prensa o en una revista. Esto es lo que se conoce como producción externa a la agencia. En cambio, cuando la agencia tiene la capacidad física, mental o intelectual para desarrollar internamente toda una serie de piezas gráficas, se habla de producción interna.

En la práctica comercial la agencia de publicidad, como se dijo, recibe una compensación por su trabajo, la cual, el anunciante paga según cada situación en particular. Si se trata de artes publicitarias producidas por la misma agencia, o producción interna, el anunciante le paga la tarifa prevista en el mismo contrato de publicidad. Si la agencia contrata productores externos de publicidad, el anunciante debe pagar una determinada comisión. Lo mismo debe hacer cuando se trata de pautas o campañas publicitarias que estuvieran siendo difundidas o publicitadas; o lo que es lo mismo, que estén en el aire. Fuera, claro está, cuando la agencia sirve de intermediario entre el anunciante y los medios de comunicación, en cuyo caso la agencia también cobra una comisión.

En el presente caso, de acuerdo con lo convenido expresamente por las partes y según se aprecia de lo probado en el proceso, ambos esquemas de prestación de servicios se presentaron en desarrollo del contrato, por cuanto DDB en veces efectuó producción interna a través de sus propios creativos y expertos y en otras actuó como “intermediario” frente a productores externos de publicidad, para el cumplimiento del objeto contractual establecido en la cláusula segunda del contrato.

### **2.1.3. Ejecución del servicio y obligación de pagarlo.**

El contrato de publicidad se caracteriza también porque, sea que se trate de producción interna o externa, el agente de publicidad se supone que tiene la calificación profesional o el experticio adecuado para producir la obra o procurar el servicio que el anunciante requiere para la promoción en el mercado de su propia marca o de los servicios que ofrece a la comunidad. Es lo que de antiguo se conocía como una obligación de resultado porque se le encarga un objetivo preciso que va implícito en su obligación principal y, si no lo obtiene, el anunciante no estará obligado a remunerarlo.

Es de anotar sin embargo que, como consecuencia del carácter atípico del contrato de publicidad entre nosotros resulta que no está legalmente establecido en qué momento y bajo qué circunstancias el anunciante está obligado a pagar a la agencia publicitaria los trabajos realizados. O, lo que es lo mismo, en qué momento se entiende que el servicio ha sido concluido y por consiguiente el agente está legitimado para recibir el pago. El tema abarca un proceso complejo que se inicia en la ordenación del trabajo por parte del anunciante, continúa con la ejecución de la obra encargada por parte del agente y la aprobación de los trabajos por parte del anunciante. Sin embargo, hay

casos en que todo el proceso anterior se cumple pero el producto final no es usado, o “o no sale al aire” como aparentemente se dice en el lenguaje diario del negocio, por razones de distinta índole que muchas veces son la decisión unilateral del anunciante.

En lo que hace a la aprobación del trabajo publicitario, el tribunal considera en principio que, en ausencia de acuerdo explícito en el contrato o a falta de precisión de las cláusulas contractuales sobre el particular, dicha aprobación debe tener el efecto de dar por concluido el servicio a satisfacción del anunciante y, por tanto, ser el origen inmediato de la obligación de pagarlo, a semejanza de lo que ocurre con el contrato de obra o el de prestación de servicios inmateriales en los que quien encarga la obra puede exigirle a quien lo ejecuta que la repita cuantas veces sea necesario y hasta que la encuentre plenamente satisfactoria, sin que por ello pueda exigirse una remuneración adicional (C.C., art. 2059). Es parte del riesgo que asume la agencia al celebrar un contrato de publicidad.

Otra cosa muy distinta es cuando el anunciante recibe a satisfacción las piezas publicitarias y resuelve no pagarlas por no haber hecho uso de ellas. El tribunal considera que en este caso, salvo que se hubiere pactado expresamente otra cosa en el contrato o que se pruebe que la costumbre y los usos corrientes del negocio de la publicidad indican lo contrario, el anunciante debe proceder a pagarle al Agente publicitario para no causar un empobrecimiento ilegítimo de este último. El caso es semejante al contemplado en el artículo 2056 del Código Civil Colombiano, aplicable tanto a los contratos de confección de obra material como a la de prestación de servicios inmateriales por expresa disposición del artículo 2063 del mismo estatuto, en donde se admite que quien encargó la obra puede hacerla cesar por su decisión unilateral pero quedando a su cargo la obligación de reconocer el trabajo hecho y lo que hubiere podido ganar por ella a título de indemnización de perjuicios.

La pretensiones cuarta y quinta de la parte convocante buscan precisamente que este tribunal declare que la convocada debe pagarle ciertos trabajos que esta le encargó y que, según lo afirma la convocante, no fueron cancelados a pesar de haber sido entregados a su contraparte. El tribunal habrá de ocuparse de tales pretensiones adelante en este laudo y para ello tendrá en cuenta los fundamentos jurídicos expuestos en este punto.

#### **2.1.4. Características especiales del contrato de publicidad.**

El contrato de publicidad en general y, desde luego, el celebrado entre las partes del proceso, tiene las siguientes características adicionales:

##### **— Conmutativo**

Es conmutativo, como que las ventajas que cada una de las partes podían obtener del contrato, pudieron ser evaluadas por ellas al momento de su celebración y no está sujeto a un acontecimiento incierto o del azar, como sucede en el juego y la apuesta, en los contratos aleatorios. Y es oneroso, puesto que persigue una utilidad para ambas partes y no para una sola, como sucede con los contratos gratuitos o de beneficencia.

##### **— Consensual**

Es consensual, como que se perfecciona con el solo acuerdo de voluntades o el consentimiento de ambas partes, sin que se exija la observancia de ninguna formalidad especial sin la cual no hubiera podido existir, forma *dat esse rei* (la forma de ser de la cosa), como sucede con los contratos solemnes. Tampoco se exigió para su formación la entrega de la cosa, objeto del mismo contrato, como sucede con los contratos reales, en los que el contrato se forma *re* (por la cosa).

En lo anterior coincide el artículo 1500 de nuestro Código Civil al disponer que, “el contrato es real cuando para que sea perfecto, es necesario la tradición de la cosa a que se refiere; es solemne cuando está sujeto a la observancia de ciertas formalidades especiales, de manera que sin ellas no produce ningún efecto civil; y es consensual cuando se perfecciona por el solo consentimiento”.

##### **— Bilateral o sinalagmático**

Es bilateral o sinalagmático, puesto que se trata de las obligaciones recíprocas. En el presente caso es claro que

DDB se obligó a desarrollar la marca e identidad corporativa de Colombia Móvil y su servicio de comunicación personal, así como diseñar la estrategia de comunicación y las piezas publicitarias que la acompañe y, Colombia Móvil a pagar por estos servicios.

Cada uno de los contratantes se convirtieron a la vez, en acreedor y deudor; sus obligaciones tienen por causa la del otro contratante; cada cual se compromete para con el otro, porque el otro se compromete para con él. No se trata por tanto, de un contrato unilateral en que una de las partes se obligue para con la otra sin que esta adquiriera ninguna obligación, como sucede en los contratos unilaterales (C.C., art. 1496).

#### — De ejecución o tracto sucesivo.

Es un contrato de ejecución o tracto sucesivo y no de ejecución instantánea, ya que las obligaciones que se pactaron no tenían que ejecutarse en un solo momento o en un solo instante; sino que acordaron prestaciones continuas o repetidas durante cierto espacio de tiempo. Esta característica aparece patente en el presente caso por cuanto se aprecia que Colombia Móvil ordenaba trabajos y servicios de distinta naturaleza en el transcurso del tiempo, dependiendo del objetivo particular que perseguía con cada uno de ellos y que, en sí mismos, eran independientes uno de otro.

#### — Principal.

También es un contrato principal y no accesorio, ya que ni el original, suscrito el 21 de mayo de 2003, ni los acuerdos modificatorios, necesitaba de otro contrato para existir, como dice el artículo 1499 de nuestro Código Civil. Se trata de un solo contrato que fue modificado solo en relación con su duración o vigencia y no en cuanto a su objeto, que siguió siendo el mismo.

#### — Libre discusión.

Por ultimo, el tribunal aprecia que el contrato de publicidad celebrado entre DDB y Colombia Móvil, es a su vez, de libre discusión, o de mutuo acuerdo, como lo denominan algunos autores, ya que las partes tuvieron la oportunidad de debatir y estipular libremente sus cláusulas, tanto del contrato original, como del acuerdo modificatorio 3. En ambos casos fue el resultado de la libre discusión de las partes.

En cambio, el tribunal rechaza la aseveración que hace la parte convocante en su alegato de conclusión, en el sentido de que el acuerdo modificatorio 3 es un contrato o cláusula de adhesión. El contrato de adhesión como se recordará, es el que se forma sin discusión previa, mediante la aceptación lisa y llana, que una de las partes hace de las condiciones señaladas por la otra. Su característica es la ausencia de las negociaciones preliminares entre los contratantes. Para emplear una terminología usual, uno de ellos impone “la ley del contrato” al otro, cuyo único papel es aceptarla o rechazarla.

El contratante, a quien se le se le propone el contrato, se limita a adherir a las condiciones ofrecidas, que de ordinario, se hallan consignadas en formularios impresos de tipo uniforme, sin poder eliminar ninguna y a veces sin siquiera conocerlas. Es el caso de la mayoría de los contratos de transporte terrestre, marítimo o aéreo en que el aceptante debe acoger en bloque todas y cada una de las condiciones ofrecidas por el oferente; en otras palabras, decir sí o no, sin agregar ni quitar nada.

Ninguna de las circunstancias anteriores se dieron en el caso del acuerdo modificatorio 3, como se analiza a espacio en otra parte de este fallo. Si bien, Colombia Móvil le notificó a DDB su intención de prorrogar el contrato solo por dos meses, o hasta el 28 de febrero de 2005 y no por un año, como ya había quedado operando en virtud de la prórroga automática pactada, DDB sí participó activamente en la discusión y la decisión que finalmente tomó al aceptarla íntegramente, sin que nadie la hubiera presionado a ello o le hubiera impuesto un texto contra su voluntad.

Por lo demás, como lo sostienen acertadamente los hermanos Mazeud, la igualad que se reclama para las partes en un contrato, junto la posibilidad de la libre discusión del mismo, rara vez existe. En efecto, “Numerosos productos son vendidos según tarifas impuestas por el fabricante; los grandes almacenes fijan precios que no podrán ser discutidos; resulta difícil para un particular discutir las condiciones de un trabajo de seguro; imposible para un

obrero aislado, lograr que se modifiquen las condiciones de trabajo impuestas por la empresa; para un particular, el precio o las cláusulas de un contrato de transporte que concluye con una compañía ferroviaria, marítima o aérea”.

“Impresionados por la oposición entre el contrato de mutuo acuerdo y todas estas situaciones, algunos autores han forjado para calificarlas, una palabra que ha hecho fortuna: el contrato de adhesión. Se ha querido incluso aproximar el contrato de adhesión a la institución de derecho público, para subrayar que la voluntad estaba ausente por uno de los lados”.

“Eso no es del todo exacto. El individuo conserva la posibilidad de no contratar; si contrata es porque quiere; sin duda no tiene la facultad de discutir; pero el contrato no implica necesariamente una discusión libre e igual. En efecto, la igualdad económica o psicológica resulta imposible de realizar; el uno tendrá prisa en comprar, mientras que la otra parte no realizará la necesidad de vender; el más fuerte o le más sagaz, triunfará necesariamente. El tránsito del contrato de mutuo acuerdo al contrato de adhesión es insensible y toda clasificación aparece delicada”<sup>(4)</sup>.

### **2.1.5. Normatividad aplicable al contrato.**

Por último, el tribunal considera que, la circunstancia de que dos entidades con capital público hagan parte de Colombia Móvil, no implica que este contrato de publicidad sea de carácter estatal y que deba regirse por normas distintas a las del ordenamiento privado.

Los contratos estatales los define el artículo 32 de Ley 80 de 1993, en términos generales, como los actos jurídicos generadores de obligaciones que celebran las entidades a que se refiere el estatuto, previstos en el derecho privado o en disposiciones especiales, o que resulten de la aplicación de la autonomía de la voluntad o que corresponden a lo que de manera enunciativa define el mismo artículo la Ley 80 de 1993.

No obstante, como lo señalan algunos autores, esta definición identifica los contratos con los actos jurídicos, de manera que permite asimilar a esa categoría las manifestaciones de voluntad que no son contratos. El contrato es un acto jurídico, pero no cualquiera sino un acto jurídico convencional. Pero al mismo tiempo, “tiene la ventaja de utilizar un criterio amplio de postulado de la autonomía de la voluntad en cuanto da cabida a los llamados contratos atípicos como expresiones de regulación de las partes para atender de mejor manera el papel que quiere cumplir con el contrato”<sup>(5)</sup>.

En general puede decirse que, los contratos administrativos, “constituyen la especie de un género que se ha formado milenariamente en el derecho civil, lo que trae como consecuencia, que los aspectos de estos contratos que no requieren de una disciplina especial, tendrán una regulación común a los contratos de derecho civil, tales como, los vicios de la voluntad, objeto y causa lícita, las nulidades, la ejecución de las obligaciones, las reglas sobre la mora y pago; las modalidades del daño contractual, etc., que más exactamente corresponden a la teoría general del derecho”<sup>(6)</sup>.

En este sentido, se pronuncia el artículo 13 de la Ley 80 de 1993, que al señalar la normatividad aplicable a los contratos estatales, preceptúa que esos contratos “se regirán por las disposiciones comerciales y civiles pertinentes, salvo en las materias reguladas particularmente en esta ley”. Es decir, que aun en el caso de que estuviéramos hablando de un contrato estatal, este tendría que regirse por las disposiciones pertinentes del Código Civil y del comercial.

Lo que supondría además, examinar si en el contrato se incluían cláusulas exorbitantes del derecho común. Es decir, si se incluyen estipulaciones que exceden las que usualmente se pactan en el derecho privado y que son totalmente extrañas a este ordenamiento; o dicho de otra forma, si hay “estipulaciones contractuales, que tienen por objeto conferir a una de las partes, derechos o imponer obligaciones, extrañas a lo que normalmente se pacta en los contratos entre particulares”<sup>(7)</sup>.

Según la doctrina francesa, las cláusulas exorbitantes son de dos clases: las que son imposibles que aparezcan en una contrato entre particulares, debido a que obedecen a prerrogativas que solo se le confieren a los entes públicos (caducidad o la modificación o interpretación unilateral del contrato) y las que son inusuales en las convenciones de derecho privado, pero posibles y lícitas al no contravenir el orden público (la facultad de dirección y control de

la ejecución del contrato).

Y por último, en el caso colombiano, la administración pública está autorizada para pactar cláusulas exorbitantes en los contratos de suministro y de prestación de servicios que tienen un régimen preponderantemente de derecho privado (L. 80/93, art. 14.2).

### **2.1.6. Los principios de interpretación de los contratos.**

En la práctica puede ocurrir que en un contrato, como el que nos ocupa, la voluntad real de las partes, ya sea por imprecisión del lenguaje, por no ser seria, por error o por cualquiera otra causa voluntaria o involuntaria, no concuerda con la voluntad declarada. Bien puede suceder que mientras de esta última aparezca o se deduzca que lo querido por su autor fue tal cosa, lo que realmente se quiso o pretendió fue otra muy distinta.

El dilema trata de dilucidarse a través de dos teorías fundamentales: la de la voluntad, consagrada en el Código Civil francés, el colombiano y otros más modernos como el brasileño, el mexicano, el turco y el de la República de Polonia y la de la declaración de voluntad, formulada durante el siglo pasado.

Según la teoría de la voluntad, cuando existe un desacuerdo entre las dos voluntades, debe prevalecer la voluntad real. Si la fuente del contrato es la voluntad de las partes, si su elemento esencial es la voluntad y no la forma como esta se manifiesta, el contrato no puede producir otros efectos, ni tener otra consecuencia, que los realmente deseados por las partes. En esta forma, cada parte se obligará en cuanto lo haya querido y en la medida en que lo haya querido, con lo cual se garantiza su plena libertad.

En cambio, en la teoría de la declaración de voluntad, si hay un desacuerdo entre ambas voluntades, debe prevalecer la voluntad declarada, aunque sea ficticia o simulada. En esta teoría, el error no puede ser admitido como vicio del consentimiento, ya que la única voluntad que vale es la declarada, cualquiera que haya sido la razón por la cual se emitió en ese sentido. Y la causa pierde toda importancia, ya que los contratos simulados deberán producir los efectos propios de ellos, y no los del contrato que ocultan.

Lo anterior tiene una importancia fundamental en relación con las normas de interpretación de los contratos. El Código Civil colombiano, lo mismo que el chileno y el francés, entre otros, adoptaron en materia de interpretación del contrato, lo que la doctrina denomina teoría de la voluntad interna o real, por oposición a la voluntad declarada.

El título XIII del Código Civil Colombiano, recoge este sistema en varios artículos: en el 1618 se dice que, “debe estarse más a la intención de los contratantes que a lo literal de las palabras”; el 1619 establece que “por generales que sean los términos de un contrato, solo se aplican a la materia sobre que se ha contratado” y el 1620 preceptúa que “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”.

Esta norma de interpretación se apoya en el aforismo *actus interpretandus est potius quam ut pereat* , que tiene su origen en un pasaje de Ulpiano en el Digesto<sup>(8)</sup>. El intérprete debe, pues, tratar de entender las estipulaciones de las partes de manera que resulten válidas y eficaces, en cuanto ella sea posible. Pero si la cláusula es ininteligible, no debe atribuirle ningún efecto.

Aparte de ello, habrá de examinarse las estipulaciones esenciales del contrato, o lo que las partes querían celebrar. Es decir, si se trata de un contrato típico o atípico, o lo que es lo mismo, nominado o innominado, o si el acuerdo de voluntades comprende varios contratos combinados entre sí, como compraventa con hipoteca y con depósito, o arrendamiento con estipulaciones complementarios o accesorios que no corresponde a ningún contrato nominado.

Luego las cláusulas accidentales, o las que no son esenciales ni connaturales al contrato, debe ser analizadas, ya que puede resultar que las partes se separaron de las reglas que normalmente rigen el contrato celebrado (C.C., art. 1621, inc. 1°); como en el caso de que alguno de los interesados haya renunciado algún derecho que puede renunciarse o el contrato haya empleado o restringido ese derecho.

Y por último, debe mirarse si las estipulaciones esenciales y accidentales se ajustan o no a las disposiciones imperativas de la ley. Esto es, aquellas que no pueden ser derogadas, ni modificadas por convenios particulares

(C.C., art. 16). Todo vacío dejado por las partes, deberá llenarse con las disposiciones supletivas de la voluntad real de ellas; o sea las que establecen las reglas que se subentienden como si los interesados en el negocio se hubieran incorporado expresamente en el pacto.

Esas normas supletivas, como es sabido, pueden ser de carácter legal o de índole consuetudinaria. En materia contractual, la costumbre se traduce en “cláusulas de uso común”. Al respecto dice el inciso final del artículo 1621 del Código Civil que, “en aquellos casos en que no apareciera la voluntad contraria, deberá estarse a la interpretación que mejor cuadre con la naturaleza del contrato. Las cláusulas de uso común se presumen aunque no se expresen”.

Como principio complementario de las anteriores, el intérprete debe buscar la coordinación y la armonía de todas las estipulaciones del contrato, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad, como lo preceptúa el artículo 1622, que dice:

“Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándoselas a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad. Podrán también interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia, o por la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

Es cierto que las cláusulas de un contrato (C.C., art. 1622) deben interpretarse, unas por otras, dándole a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad; pero también pueden interpretarse por las de otro contrato entre las mismas partes y sobre la misma materia, relacionada íntimamente.

El artículo 1623 del Código Civil dispone por su parte que, “cuando en un contrato se ha expresado un caso para explicar la obligación, no se entenderá por solo eso haberse querido restringir la convención a ese caso, excluyendo los otros a que naturalmente se extienda”.

Esto se presenta con frecuencia cuando las partes citan uno o más ejemplos con carácter meramente ilustrativo o aclaratorio, caso en el cual no debe entenderse que lo estipulado se limita a esos ejemplos, sino que comprende todos los casos de igual o semejante naturaleza.

Dice además el artículo 1624 que, “no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes de interpretación, se interpretarán las cláusulas ambiguas a favor del deudor.

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

El inciso primero de este artículo, no es sino la aplicación al contrato del principio de derecho procesal *in dubio pro reo*. La estipulación ambigua, que difiere fundamentalmente de la clara y de la ininteligible, debe ser interpretada a favor del contratante que con ella se grava.

La norma de interpretación anterior, tiene importantes consecuencias en relación con el error que pueda existir sobre la especie de contrato que se celebre, o sobre la identidad de la cosa. Así, por ejemplo, si uno de los contratantes entendió obligarse a dar a título de venta y el otro entendió recibir a título de donación; siendo el contrato ambiguo al respecto, debe interpretarse en el sentido de que es donación, o sea a favor del supuesto obligado a pagar precio. Lo mismo sucede cuando el vendedor creyó obligarse a dar cosa de menor valor que la que supuso el comprador que se le en virtud del contrato, caso en que hay que interpretarlo a favor de aquel.

## **2.2. Análisis de las pretensiones de la demanda.**

Una vez vista la naturaleza del contrato y efectuado un resumen de las normas sobre interpretación de los contratos que el tribunal deberá tener en cuenta para resolver el caso *sub exámine*, a continuación entra el tribunal a decidir sobre las pretensiones formuladas en la demanda, en el orden en que ellas fueron presentadas, teniendo en cuenta que el señor apoderado de la parte convocante las clasificó en cuatro categorías, a saber:

1. Pretensiones “referentes a la terminación del contrato”;
2. Pretensiones “referentes a los trabajos realizados y no cancelados;
3. Pretensiones “referentes a los intereses moratorios”; y
4. Pretensiones “referentes a las costas”.

### **2.2.1. Las referentes a la terminación del contrato.**

Estas pretensiones se proponen numeradas de la primera a la tercera, advirtiendo que la convocante también propone una subsidiaria a la segunda. El tribunal, en el presente capítulo del laudo, se referirá a estas que comprenden el primer grupo presentado para su decisión.

Solicita la parte convocante declarar que “Colombia Móvil S.A. ESP incumplió el contrato celebrado con la sociedad DDB Worldwide de Colombia S.A. y del que dan cuenta los hechos de esta demanda, al darlo por terminado unilateralmente, sin justa causa y de manera verbal el día 28 de febrero de 2005, sin que dicha forma de terminación estuviera estipulada en el contrato”<sup>(9)</sup>. Debe declararse la terminación del contrato y condenar a la sociedad Colombia Móvil S.A. al pago a favor de la demandante de la suma de tres mil ciento ochenta y cinco millones seiscientos ochenta y cuatro mil quinientos sesenta y ocho pesos m/l (\$3.185.684.568) a título de indemnización de perjuicios por concepto de lucro cesante.

En forma subsidiaria pretende que como consecuencia de la declaratoria de terminación del contrato en las condiciones expuestas, se declare la resolución del contrato sin efectos retroactivos, para que “obre solamente para el porvenir (*ex nunc*) por la naturaleza del contrato y la correspondiente indemnización de perjuicios a cargo de Colombia Móvil S.A. ...”<sup>(10)</sup>.

Por su parte en la respuesta a la demanda, el apoderado de Colombia Móvil S.A. se opone a todos los puntos de la primera pretensión, “... ya que de conformidad con el acuerdo modificatorio 3, como ya se mencionó, las partes decidieron, en forma libre, madura, serena, expresa y deliberada, dar por terminado, en una fecha cierta –el 28 de febrero de 2005–, el contrato, lo cual no puede generar bajo ningún título una obligación de resarcir ningún perjuicio a DDB en cuanto que este no se causó, ni se pudo haber causado. La realidad, señores árbitros es que el contrato terminó en virtud de un acuerdo de las partes”<sup>(11)</sup>.

#### **2.2.1.1. La cláusula séptima del contrato y el acuerdo modificatorio 3.**

Las posiciones absolutamente opuestas asumidas por las partes con relación al fundamento contractual para la terminación del contrato, tienen su origen en el texto del acuerdo modificatorio 3 firmado por las partes el 12 de octubre del 2004, el cual modificó la cláusula séptima del contrato firmado por las partes el 21 de mayo de 2003, cuyo texto en la parte pertinente era el siguiente:

“Cláusula séptima. Término. El término de vigencia del presente contrato es hasta el 31 de diciembre de 2004, contados a partir de su perfeccionamiento, prorrogable automáticamente por períodos sucesivos de un (1) año, a menos que una de las partes avise a la otra por escrito, con una anticipación no menor de tres meses (3) su decisión de no prorrogar”.

El texto de la parte pertinente del acuerdo modificatorio 3 es el siguiente:

“Cláusula primera. Modificar de la cláusula séptima del contrato suscrito entre las partes, con el fin de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005. Dichas obligaciones, con las demás que se estipulan, se sujetan a los términos y condiciones previstas en este documento y sus anexos”.

“Cláusula cuarta. Las demás estipulaciones contractuales y sus modificaciones, de haberlas continúan vigentes en lo que no se opongan a lo aquí dispuesto”.

Las diferencias de interpretación sobre la modificación transcrita, fundamentan las opuestas posiciones asumidas por las partes. En su alegato de conclusión, la demandante sostiene: “Así las cosas, de la cláusula séptima se

cambió la fecha y todas las demás estipulaciones del contrato continuaron vigentes, especialmente la prórroga automática”<sup>(12)</sup>. La conclusión de esta interpretación es manifiesta. Si las partes decidieron “prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005”, y no se modificó la prórroga automática prevista en la cláusula séptima del contrato original, Colombia Móvil ha debido dar aviso escrito a la otra parte, de su decisión de no prorrogar el contrato, con una anticipación no menor de tres (3) meses; o sea, que si la prórroga del contrato era “hasta febrero 28 de 2005” el aviso debía haberse dado a más tardar el 28 de noviembre de 2004. No ha sido objeto de debate el hecho de que ninguna de las partes dio aviso de su decisión de no prorrogar el contrato. En el razonamiento de DDB, por no haberse recibido dicho aviso, el contrato quedó prorrogado hasta el 28 de febrero de 2006, hecho que fundamenta su solicitud de una indemnización por concepto de lucro cesante, estimado sobre la base del ingreso mensual promedio obtenido por DDB durante el desarrollo del contrato, multiplicado por los doce meses (12) de la prórroga alegada.

La parte convocada a su turno expresa, “... que el contrato tuvo una terminación normal en la que las partes, mediante un acuerdo, voluntaria y libremente decidieron darlo por terminado”<sup>(13)</sup>. Y en el alegato de conclusión expresa que “la extinción del contrato de publicidad entre Colombia Móvil S.A. ESP y DDB WorldWide Colombia S.A. se dio por mutuo disenso consentido por ambas partes, por medio, del acuerdo modificatorio 3, el cual estableció como fecha cierta de terminación del contrato el día veintiocho de febrero de 2005”<sup>(14)</sup>. Por ser la terminación fruto del acuerdo de las partes no hay lugar a indemnizaciones de ninguna naturaleza.

De hecho, la deficiente redacción del acuerdo modificatorio permite afirmar al actor, que la partícula “de” se utilizó para limitar la modificación exclusivamente a la fecha de prórroga y dejar vigente la prórroga automática, y permite al demandado responder que la modificación estableció una fecha cierta de terminación y dejó sin vigencia el resto de la cláusula séptima.

Con base en lo expuesto, y en presencia de un texto que no regula claramente la situación contractual y ubica a las partes en posiciones antagónicas, debe el tribunal, en desarrollo de las normas positivas de interpretación y de su extensión doctrinaria, analizar los diversos criterios que permitan establecer la intención de las partes, para precisar con base en la misma, el exacto alcance de la cláusula objeto de debate.

### **2.2.1.2. La función interpretativa del juzgador.**

Gradualmente el prolongado y profuso debate sobre las reglas de interpretación contractual, ha venido decantando principios y estableciendo normas que hoy orientan la labor del juzgador, sin que naturalmente su aplicación permita una solución fácil ante la complejidad de los problemas que originan los textos contractuales y la conducta de las partes en desarrollo de los mismos.

El principio central del sistema de interpretación, adoptado por el Código Civil Colombiano, como se dijo, se encuentra en el artículo 1618: “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse más a ella que a lo literal de las palabras”. Esa intención, que en la evolución doctrinaria ha estructurado el concepto de voluntad real, es la que permite dar al pacto contractual su verdadero significado. La voluntad real se expresa en todas las manifestaciones que hagan las partes en desarrollo del contrato y particularmente en los actos que realicen con sujeción a las cláusulas en litigio. Prevalece “la voluntad real sobre la voluntad declarada”<sup>(15)</sup>, es decir los actos sobre el texto, la ejecución material sobre la cláusula contractual. Se trata de llegar a la verdad verdadera, para que el pleonismo refuerce el concepto del predominio de esa realidad de la voluntad sobre la verdad aparente y sobre lo “literal de las palabras”.

En su labor de intérprete, el juez no sustituye a las partes. Son ellas las que con sus actos o manifestaciones, realizadas en el desarrollo del contrato demuestran cuál ha sido su voluntad real, la interpretación ejecutiva que le han asignado a las cláusulas en litigio. Los verdaderos intérpretes son las partes, que se expresan con sus actos y con ellos configuran el significado real del nexo contractual y le van indicando al juez cuál ha sido para ellas el significado real de una confusa norma contractual. El juez se limita a buscar en el acervo probatorio, la existencia de esos actos o manifestaciones que le van dibujando el perfil de la voluntad real. Cuando los actos proporcionan el cuadro completo de la voluntad real, puede decirse que la interpretación la realizaron las partes y el juez acertó en la selección y unidad de los elementos que la configuran.

Esta interpretación sistemática ha sido consagrada en el artículo 1622 del Código Civil, en el cual entre otros criterios de interpretación de las cláusulas contractuales fija el de “la aplicación práctica que hayan hecho de ellas ambas partes, o una de las partes con aprobación de la otra parte”.

Dentro de esa función de escudriñar en busca de los actos y manifestaciones de esa voluntad real, el tribunal inicia el estudio de lo que revelan las pruebas que obran en el proceso.

### **2.2.1.3. El contrato y su vigencia.**

El antecedente fundamental de la situación analizada lo constituye el contrato celebrado entre las partes en litigio el día 21 de mayo de 2003. Dentro del desarrollo contractual, se consigna el hecho de que con anterioridad a la firma del acuerdo modificatorio 3, y en virtud de la prórroga automática pactada en la citada cláusula séptima, el contrato se encontraba prorrogado hasta el 31 de diciembre del 2005, por ser “el término de vigencia” inicial hasta el 31 de diciembre de 2004 y no haber ninguna de las partes informada a la otra al menos con tres (3) meses de anticipación su decisión de no prorrogar. Este hecho ha sido mencionado por la parte convocante, no es objeto de decisión, ni lo ha sido de controversia, pero es punto de referencia dentro del debate.

Los actos de expresión de la voluntad de las partes se estudiarán en el orden de secuencia contractual.

### **2.2.1.4. Actos anteriores a la firma del acuerdo modificatorio 3.**

a) La expresión de la voluntad real de Colombia Móvil en el acta 023 de su junta directiva.

El primer acto de expresión sobre la voluntad real de Colombia Móvil en relación con el significado y objeto del acuerdo modificatorio 3, se encuentra en el acta 023 de su junta directiva, correspondiente a la reunión del día 8 de octubre de 2004, en la cual consta que el representante legal “también informa sobre el contrato suscrito con la agencia de publicidad DDB, que este tiene una duración de un año con prórrogas automáticas de un año. Sin embargo, este contrato será únicamente prorrogado por un período adicional de dos (2) meses, término durante el cual la compañía preparará el lanzamiento de un proceso de invitación privada de ofertas y seleccionará al oferente, con lo cual se garantice la transferencia de la información a que haya lugar”<sup>(16)</sup>.

La presentación a la junta directiva del informe transcrito constituye una clara manifestación de la intención de Colombia Móvil de prorrogar el contrato, “únicamente ... por un período adicional de dos (2) meses, ”por un término, para preparar el lanzamiento del proceso anotado. La terminología utilizada en el informe, excluye la continuidad de la prórroga automática, porque, sin posibilidad de interpretación diferente, se habla de prorrogar el contrato “únicamente ... por un período adicional de dos (2) meses”.

Aunque no ha sido objeto de debate, para el tribunal resulta claro que los dos (2) meses de prórroga anotados en el acta se refieren al hecho de que por estar pactada la vigencia del contrato original hasta el 31 de diciembre de 2004, el término de dos (2) meses lo cuenta Colombia Móvil a partir de esta fecha de vigencia, sin tener en cuenta la prórroga automática.

b) La expresión de la voluntad real de Colombia Móvil en la comunicación del 12 de octubre de 2004 dirigida a DDB.

En la comunicación de 12 de octubre de 2004, dirigida por el presidente de Colombia Móvil a DDB, se manifiesta la decisión de prorrogar el contrato hasta el 28 de febrero de 2005 y se adjunta el acuerdo modificatorio 3. Colombia Móvil plasma en la comunicación, la voluntad ya expresada en el informe a la junta directiva de prorrogar el contrato por dos (2) meses<sup>(17)</sup>. Por ser el contenido de la comunicación idéntico al del documento que se estudia inmediatamente, el tribunal analizará conjuntamente los textos en el punto siguiente. Pero hay un punto exclusivo de la comunicación mencionada que debe destacarse como expresión de la voluntad real de Colombia Móvil. El último aparte de la comunicación expresa: “Esperamos seguir contando con su colaboración en este período adicional al contrato vigente”<sup>(18)</sup>. Para Colombia Móvil se trataba de un período adicional a la vigencia original del contrato. Se ignoró la prórroga automática ya vigente en virtud del contrato original, pero al hablar de “un período adicional al contrato vigente” quedó claramente establecida que en la voluntad de Colombia Móvil estaba excluida para el futuro y a través de la modificación dicha prórroga automática. De otro modo, los dos (2)

meses contados a partir de la vigencia original del contrato, 1° de enero hasta 28 de febrero de 2005, no tendrían efecto alguno, ya que en la posición de DDB, el contrato estaría prorrogado desde el 28 de noviembre de 2004, antes de iniciarse el término de dos (2) meses propuesto por Colombia Móvil. El texto de esta parte de la comunicación, referente a la solicitud de colaboración por el período adicional confirma la intención de Colombia Móvil de pactar una prórroga por un término de dos (2) meses adicionales a la fecha de vigencia original del contrato.

c) La voluntad real de Colombia Móvil en el texto del considerando 5 del acuerdo modificatorio 3.

El texto del considerando 5 del acuerdo modificatorio 3 es el siguiente:

“5. Que la vicepresidencia de clientes solicita la modificación de la cláusula séptima del contrato suscrito entre las partes, con el fin de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005, fecha en la cual se tendrá una definición del proceso de contratación para atender las necesidades relacionadas con el objeto del contrato actual”<sup>(19)</sup>.

Como puede apreciarse, el texto de la comunicación estudiada en el punto anterior y el del considerando son idénticos y en extremo claros. La prórroga se pacta por un término efectivo y hasta una fecha cierta y en esa fecha se tendrá la “definición del proceso de contratación”. Según el Diccionario de la Real Academia de la Lengua Española el término definir significa “decidir, determinar, resolver una cosa dudosa”<sup>(20)</sup>. Por su parte Cabanellas, en su “Diccionario de Derecho Usual” se refiere al término proceso como, “las diferentes fases o etapas de un acontecimiento”<sup>(21)</sup>.

Por tanto, para el tribunal es claro que se pactó una prórroga hasta una fecha cierta, dentro de la cual se definiría (decidiría) el proceso (las diferentes fases o etapas) de contratación para atender las necesidades relacionadas con el objeto del contrato. La claridad textual de la comunicación estudiada en el punto 2 y del considerando 5 del acuerdo modificatorio 3 no permiten interpretación diferente.

La voluntad real de Colombia Móvil se expresa en forma uniforme y coherente en los actos estudiados hasta el momento y se refrenda con diversos elementos probatorios aportados al proceso pero en especial la declaración de parte del representante legal de Colombia Móvil, que dice “... la intención de la administración era abrir un nuevo proceso, un nuevo concurso, una convocatoria, una licitación como lo llamamos quienes hemos trabajado en el sector público para invitar a varios proponentes y que se hiciera un proceso totalmente transparente de adjudicación de la firma o la agencia de publicidad con la cual debíamos seguir manejando hacia adelante, una vez terminado este contrato todos los temas relacionados con la publicidad, el manejo de la marca y los medios, etc., esa era la intención”.

d) La voluntad real de DDB expresada en el estudio previo que realizó de los documentos de prórroga que le fueron enviados por Colombia Móvil, a los cuales se refieren los puntos 1, 2 y 3.

En este punto de la secuencia contractual del acuerdo modificatorio 3 aparece la primera actuación de DDB. Esta compañía, dentro de la realidad procesal no controvertida, venía ejecutando un contrato que se había prorrogado en forma automática hasta el 31 de diciembre de 2005. La comunicación de Colombia Móvil de fecha 12 de octubre de 2004 a que ya se hizo referencia es recibida por el señor Ricardo Silva Contreras, funcionario de DDB en Bogotá, quien en su testimonio expresó “y en el sobre venía un otrosí al contrato, que lo prorrogaba por un período de 2 meses hasta el 28 de febrero de 2005. ... llamé al presidente que estaba en Medellín y quien me pidió que no le contara al equipo de trabajo ... y que ese tema lo iba a manejar el directamente”<sup>(22)</sup>.

El representante legal de DDB apreció perfectamente la importancia de la modificación y asumió el manejo directo de la situación y su primera actitud fue la de reunirse con sus asesores jurídicos “para ver cuáles eran las implicaciones que eso podía tener y porque pasaba, como afectaba eso porque el contrato para nosotros realmente estaba prorrogado...”<sup>(23)</sup>. Por consiguiente, el representante legal de DDB dispuso de un análisis y concepto profesional sobre las implicaciones de la modificación solicitada por Colombia Móvil, o sea tuvo un conocimiento especializado del significado real de las implicaciones de la modificación propuesta. Ese conocimiento del significado real de la cláusula lo expresa así en su declaración de parte: “Al interior de DDB nunca estuvimos de acuerdo en firmar ese otrosí y eso fue lo que suscitó la reunión con los asesores jurídicos para conocer a

profundidad que era lo que estaba pasando, por lo tanto esa fue una decisión de alta gerencia que se tomó con los jurídicos y conmigo en el sentido de mantener la atención de la cuenta y de pedirle una cita al doctor León Darío para que nos aclarara el asunto, comentario que ya expliqué”<sup>(24)</sup>.

Para el examen jurídico y comercial de la modificación, el representante legal, los funcionarios y los asesores jurídicos de DDB, dispusieron de tres documentos, a saber: a) la carta de octubre 12 de 2.004 en la cual Colombia Móvil expresa: “de conformidad con la cláusula 7ª del contrato suscrito entre las partes, atentamente nos permitimos manifestar nuestra decisión de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005 fecha en la cual se tendrá una definición del proceso de contratación para atender las necesidades relacionadas con el objeto del contrato actual”. b) el texto del considerando 5 del acuerdo modificatorio el cual es prácticamente igual a la comunicación del punto a), y c) el texto mismo de modificación de la cláusula 7ª del contrato.

La claridad de la intención de los documentos citados en los literales a) y b) fue analizada con suficiencia anteriormente en este laudo y no es menester reiterarlo.

La modificación de la cláusula 7ª se hace “con el fin de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005”. Se encuentra acreditado en el proceso por declaraciones diversas, respaldado en la demanda y no controvertido por parte de la convocada, que esta cláusula fue preparada por Colombia Móvil, y su texto, aceptado y firmado por DDB, sin modificación. El texto citado ratifica la ya acreditada voluntad real de Colombia Móvil, de firmar una prórroga de la vigencia del contrato hasta una fecha cierta y como lo expresa la comunicación remisoria y el considerando 5, con el objeto de definir el proceso de contratación para atender las necesidades relacionadas con el objeto del contrato.

DDB, al considerar la posible firma del acuerdo modificatorio 3, tuvo conocimiento de los documentos preparados por Colombia Móvil para proponer la prórroga, con excepción del acta 023 de la junta directiva. Los funcionarios y los asesores jurídicos de DDB dispusieron de los tres documentos ya mencionados en este punto, cuyo texto era suficientemente claro para concluir que, con base en ellos, DDB conoció la estipulación de una prórroga por un término fijo adicional a la vigencia inicial hasta una fecha cierta y el propósito de Colombia Móvil de adelantar durante este término un proceso de contratación sobre el objeto del contrato.

e) La expresión de la voluntad real de DDB expresada en la firma del acuerdo modificatorio 3.

Como acto subsiguiente aparece la firma del acuerdo de prórroga. DDB firma este acuerdo con los precedentes de estudio y conocimiento ya anotados, con la aceptación de que no existieron elementos externos que hubieran afectado su consentimiento para la aceptación libre de la modificación. Es cierto que hacen referencia al temor, si no firmaban la modificación, de una posible cancelación unilateral del contrato por parte de Colombia Móvil, con base en una cláusula del contrato. El representante legal principal de DDB así lo expresa “... nosotros pudimos muy bien no haber firmado eso y hubiera podido suceder que ellos nos mandaran una carta cancelando el contrato, cosa que no queríamos arriesgar de alguna forma ... finalmente no hubo una razón que nos influyera en ese momento, simplemente firmamos, tocaba pero sentíamos la amenaza que donde no lo firmáramos ellos nos mandaban una carta cancelando el contrato, cosa que no sucedió, firmamos y no sucedió”<sup>(25)</sup>. En sentido similar se expresa en su declaración de parte el señor Hernán Darío Botero, representante legal suplente de DDB, al decir “... si nosotros no accedíamos a firmar ese otrosí, hay una cláusula en el contrato, yo no recuerdo el número, en el cual OLA avisándonos con 60 días de anticipación nos podía cancelar el contrato, nos avisaba 60 días antes y nos daba una indemnización de pagarnos una comisión sobre la pauta que estuviera al aire durante 3 meses ...”<sup>(26)</sup>.

El señor apoderado de DDB en su alegato de conclusión se refiere así a este supuesto elemento de presión: “la cláusula a que se refiere tanto el señor Michel Arnau Barba como el señor Hernán Darío Botero es la ya referida cláusula séptima en su numeral 7.2, evidenciándose no solo la inferioridad económica de la sociedad DDB Colombia sino también una evidente inferioridad contractual, según la cual Colombia Móvil podía dar por terminado en cualquier tiempo y sin causa el contrato, bastando una comunicación o con una anticipación de sesenta (60) días y una irrisoria indemnización equivalente únicamente a la comisión de tres (3) meses sobre las piezas que hayan sido elaboradas y estén al aire en ese momento, por lo que, simplemente notificaban con 60 días de anticipación, sacaban las piezas del aire, para que al momento de la terminación no existiera nada al aire y no había derecho ni a la simbólica indemnización”.

Observa el tribunal que el motivo de presión no se invoca como un vicio del consentimiento y mal podía invocarse porque se funda en una cláusula contractual, cuya aplicación es apenas el ejercicio de una facultad pactada por las partes y por este hecho no puede reunir las características de una presión indebida e injusta. Por lo demás, Colombia Móvil nunca argumentó la existencia de esta cláusula para presionar la firma del acuerdo y así lo reconoce expresamente el representante legal de DDB, señor Botero en su declaración de parte<sup>(27)</sup>.

Pero además, las declaraciones de parte de los señores Arnau y Botero y la cita del señor apoderado de DDB en su alegato de conclusión, atrás transcritas, no corresponden al real contenido de la cláusula 7.2. del contrato. En efecto dicha cláusula se encuentra establecida como una facultad de cada una de las partes para dar por terminado el contrato pero solamente en cuanto exista una justa causa, y la cláusula 7.2 reza así:

“7.2. Por iniciativa de Colombia Móvil: Colombia Móvil tendrá derechos a dar por terminado el presente contrato en cualquier momento y hacer cesar los servicios, exigiendo las prestaciones a que hubiere lugar y sin necesidad de declaración judicial, mediante comunicación escrita que sea enviada a DDB con una anticipación no menor a sesenta (60) días y tendrá derecho al reconocimiento por concepto de multa e indemnización de una cifra equivalente a la comisión de los tres (3) meses siguientes de las piezas que hayan sido elaboradas y estén al aire en ese momento”.

La interpretación que hacen los representantes legales y el apoderado de DDB es totalmente contraria al texto y al sentido de esta cláusula 7.2 porque para que Colombia Móvil pudiese aplicarla tenía que haber existido una justa causa, y la indemnización naturalmente se pacta a favor de la parte afectada, esto es, Colombia Móvil.

f) El acuerdo modificatorio 3 no fue una cláusula de adhesión.

El tribunal tuvo la oportunidad de rechazar lo aseverado por la parte convocante, en el sentido de que el acuerdo modificatorio 3 fue una cláusula de adhesión. No obstante, le parece oportuno complementar lo expuesto con lo que aquí se consigna.

En efecto el apoderado de la parte convocante afirma en su alegato de conclusión que “3. El acuerdo modificatorio 3 fue una cláusula de adhesión”<sup>(28)</sup>. Para ello argumenta que existió una decisión unilateral de Colombia Móvil de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005. Invoca la supuesta aplicación por parte de Colombia Móvil de la cláusula 7.2, como un pacto cuyo texto y sentido, como ya se consignó, son absolutamente opuestos a la interpretación que les asigna la convocante. Afirma el punto no discutido sobre la importancia especial que para DDB tenía el contrato con Colombia Móvil, para manifestar que si el contrato se encontraba prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2005, “no existía otra razón diferente para firmar el acuerdo modificatorio 3, que la imposición presentada por Colombia Móvil, para la firma del mismo, ante un impotente DDB Colombia quien sin discusión se vio sometido a firmar el acuerdo redactado por la convocada”<sup>(29)</sup>.

La fuerza de esta expresión verbal solo tiene el respaldo probatorio de la errada interpretación de la citada cláusula 7.2. En efecto, a pesar de ser una cláusula preparada por Colombia Móvil, ya se analizaron las actividades especializadas de estudio realizadas por DDB antes de firmarla y el reconocimiento expreso del representante legal sobre la posibilidad de no firmar, pruebas que desvirtúan las expresiones de impotencia e imposición “sin discusión” y, por ende, que se trate de una cláusula de adhesión como lo afirma la parte convocante.

El apoderado de la parte convocante, introduce en diversas partes de su alegato de conclusión el concepto de inferioridad y debilidad de su representada, para establecer que por este hecho no tuvo alternativa diferente a la de firmar el acuerdo modificatorio. Las expresiones del representante legal de DDB, ya estudiadas, reconocen que tuvieron la posibilidad de no firmar y adicionalmente que dispusieron de un conocimiento especializado sobre el sentido de la modificación. Si firmaron la modificación, deben aceptar el riesgo jurídico de su acción, el rigor de la ley contractual que, pactada válidamente, rige el desarrollo de su conducta de deberes y derecho.

Dos oportunidades de particular importancia se destacan en el proceso de ejecución contractual: La primera, anterior y concomitante con la firma del acuerdo modificatorio, cuando sin discusión alguna tenían en su poder un contrato prorrogado hasta el 31 de diciembre de 2005 y podían haber manifestado que no firmaban la prórroga porque el contrato estaba vigente hasta la citada fecha. La segunda, cuando reciben la invitación al proceso

licitatorio, y en su concepto el contrato estaba prorrogado el día 28 de noviembre de 2004, por un año a partir del 28 de febrero de 2005. Han debido manifestar que no se presentaban a la licitación porque tenían un contrato vigente sobre el objeto de la misma.

DDB no hizo uso de su pretendido derecho en ninguna de estas dos oportunidades. Las razones, eventualmente los temores o la esperanza de un nuevo contrato, son factores subjetivos del proceso interno de reflexión del representante legal y de los profesionales especializado de DDB que participaron en la decisión. Ante el tribunal solo aparece del acervo probatorio la decisión de firma, ratificada con cada acta de ejecución.

Para terminar con este punto, aboga la parte convocante la interpretación de la ambigüedad de la cláusula primera del acuerdo modificatorio 3 a su favor, por haber sido redactada por su contraparte.

Advierte el tribunal que no existe duda alguna sobre el hecho de que la redacción del acuerdo modificatorio fue hecha por Colombia Móvil. Así mismo, que con fundamento en el artículo 1624 del Código Civil se ha hecho una extensión jurisprudencial y doctrinaria sobre la adhesión en los contratos, que sin negar la validez contractual de los pactos, favorece al deudor en la interpretación de la ambigüedad. Sin embargo, el examen de la cláusula de modificación, la discusión profesional sobre su sentido, la reunión con la contraparte y el contenido de los documentos ya analizados, desvirtúan la existencia de una cláusula de adhesión. Pero fundamentalmente, por tratarse de una norma de interpretación eminentemente supletoria ya que el artículo 1624 del Código Civil Colombiano la establece “no pudiendo aplicarse ninguna de las reglas precedentes”. y, por lo tanto, el tribunal no puede aplicarla, porque dentro del estudio probatorio se ha demostrado que el desarrollo de los actos de ejecución contractual, configuran la intención real de las partes, prevista como norma principal de interpretación, ante la cual no tienen cabida las normas interpretativas de carácter supletorio.

g) El riesgo inherente a la decisión de DDB de suscribir el acuerdo modificatorio 3.

Al terminar el tribunal el estudio sobre el significado de la firma del acuerdo modificatorio 3 por parte de DDB, debe expresar que, si se acepta la realidad de un contrato prorrogado, no existe razón alguna para la firma por parte de DDB del acuerdo modificatorio, porque desde ese momento cambia la seguridad de un contrato vigente por la incertidumbre de la apertura de un proceso anunciado de contratación. Es decir, realiza un acto que necesariamente debía producir efectos contractuales diferentes a los regulados en el contrato original y asume los riesgos inherentes a su libre determinación. En síntesis, DDB al firmar el acuerdo modificatorio 3 pactó libremente y con conocimiento de sus riesgos y de su significado una prórroga del contrato con una fecha cierta de terminación para que Colombia Móvil definiera un proceso de contratación sobre el objeto del contrato que se modificaba.

h) La vigencia de la cláusula de prórroga automática frente al acuerdo modificatorio 3.

Dentro de la secuencia procesal, se llega al punto esencial que da origen a la controversia sobre la primera pretensión. DDB sostiene como fundamento de la pretensión que la modificación pactada dejó vigente la cláusula sobre prórroga automática y que, en consecuencia, Colombia Móvil debió dar aviso escrito a DDB sobre su decisión de no prorrogar el contrato, a más tardar el día 28 de noviembre de 2004, o sea, por lo menos 90 días antes de terminar la prórroga fijada para el día 28 de febrero de 2005. Ambas partes aceptan que dicho aviso no se dio y en consecuencia DDB interpreta que el contrato se prorrogó por un año más, hasta el 28 de febrero de 2005, y sobre este hecho funda su solicitud de indemnización de perjuicios. Como ya se expuso, Colombia Móvil sostiene que la modificación pactó la terminación del contrato el 28 de febrero de 2005 y en consecuencia no hay lugar a indemnizaciones de ninguna naturaleza. Dentro de la metodología adoptada, el tribunal debe continuar con el estudio de los actos que permitan interpretar la intención real de las partes.

i) Actos posteriores a la firma del acuerdo modificatorio 3.

Estos actos evidencian una ejecución armónica de las dos partes en desarrollo del acuerdo modificatorio.

El término de prórroga empezó a regir y Colombia Móvil empezó a desarrollar el objeto de la prórroga. Es así como con fecha 2 de diciembre de 2004 abrió la invitación para seleccionar la agencia de publicidad, invitación en la que se hizo presente DDB. Durante el término de prórroga, se cumplió normalmente el objeto de la misma y en general del contrato, con la presencia activa de las dos partes. Ambas desarrollaron en forma conjunta dicho objeto

y simultáneamente Colombia Móvil preparó la licitación y DDB se presentó a participar. O sea que durante el término de prórroga las partes cumplieron con el término y el objeto de la prórroga. La cláusula de modificación produjo su efecto de definir el proceso de contratación, con la anuencia de las dos partes. La interpretación la hicieron las partes, sin controversia y obrando de consuno en la ejecución del contrato. Fue un desarrollo práctico de armonía en la interpretación y en la ejecución del acuerdo.

La ejecución por las dos partes de todos los actos propios del contrato y de la prórroga, es una nueva expresión de la voluntad real, porque con la acción ejecutiva de los dos contratantes, se desarrollaron todas las actividades contractuales y se cumplió el proceso de contratación, previsto como objeto de la prórroga, hecho que implica la aceptación efectiva de la modificación.

j) La voluntad real de DDB expresada en la participación en la licitación abierta por Colombia Móvil para la adjudicación del nuevo contrato.

Dentro de esta sucesión de actos, se presenta en los primeros días del mes de diciembre de 2004 la apertura por parte de Colombia Móvil de un proceso de selección de una agencia de publicidad “que preste los servicios de diseño de estrategias en Publicidad y Comunicación para Colombia Móvil, con el objetivo de fortalecer el posicionamiento de la marca OLA; adicionalmente se requerirán los servicios de acompañamiento permanente a la alta dirección de Colombia Móvil, en materia de desarrollo de estrategias de publicidad, comunicación, manejo y construcción de marca”<sup>(30)</sup>. DDB es invitada y se presenta a la licitación.

La posición contractual de DDB en ese momento la expresa el representante legal principal, Sr. Michel Arnau Barba, en su declaración de parte así: “Sí señor, como lo dije tal vez en la pregunta anterior, nosotros estuvimos muy expectantes de esa carta, no llegó, y como también lo dije celebramos y reconfirmamos a todo el mundo... desde luego, para nosotros a partir del 28 de noviembre queda automáticamente, si no llega la carta de prórroga, prorrogado hasta el 28 de noviembre del año 2006, no se si me dan las cuentas, pero es un año más, nos íbamos hasta el 2006, ...”<sup>(31)</sup>. En consonancia con la posición procesal asumida, el representante legal manifiesta que por no haber recibido la comunicación de no prórroga, antes del 28 de noviembre de 2004, el contrato en virtud de la prórroga automática, quedaba prorrogado por un año más.

Pese a su convicción sobre el hecho de que el contrato se encontraba prorrogado por un año, el representante de DDB decide participar en la licitación y explica así su determinación: “... por todo esto debíamos acudir a la licitación aunque obviamente hubo discusiones de que si vamos, que si no vamos, pero finalmente decidí que iríamos, y fuimos, nos preparamos,... Teníamos la esperanza, teníamos el conocimiento sobre esa cosa tan particular que estaban licitando que se llamaba fortalecimiento de la imagen de OLA, nosotros conocíamos toda la problemática y teníamos también por parte de los mismos ejecutivos de OLA el comentario permanente, tranquilos que ustedes, eso se lo van a ganar ustedes, de una frescura total porque había primero una muy buena relación y segundo eso nos hacía sentir, que nosotros éramos como los que estábamos mandando para ganarnos eso, los más opcionados en ese momento”<sup>(32)</sup>.

DDB sostiene que el objeto de la licitación no sustituía en su totalidad el contrato existente, “Ahora, que si queríamos conservar total o parcialmente, pues es elemental pensar que nosotros íbamos por todo el contrato... pero bueno también del ahogado el sombrero, seamos conscientes de que si no se ganábamos esa parte por lo menos teníamos el resto del contrato para elaborar”<sup>(33)</sup>.

Debe el tribunal interpretar la manifestación del demandante sobre el hecho de que el contrato se había prorrogado automáticamente por un año, frente a la decisión de presentarse a una licitación, cuyo objeto comprendía total o parcialmente el mismo objeto que para ellos estaba en plena vigencia. La posición de DDB permite establecer los siguientes puntos:

- DDB tenía vigente un contrato integral de servicios con Colombia Móvil;
- La licitación no cubría todos los servicios comprendidos en el objeto del contrato integral;
- DDB se presentó a la licitación porque “...íbamos por todo el contrato”; y

- En la fecha de apertura de la licitación, y consecuencialmente durante el término de estudio y adjudicación de la misma, el contrato se encontraba vigente y prorrogado por un año.

La interpretación sistemática de la intención real de las partes, consagrada en el artículo 1622 del Código Civil Colombiano, debe establecer la coherencia entre el pacto contractual y los actos ejecutados en desarrollo del mismo. Dentro de su posición procesal, DDB tenía un contrato vigente, cuyo objeto integral cubría, en su concepto, todos los servicios previstos en la licitación. No obstante se presenta a la licitación, en busca de la aleatoria adjudicación de una parte de un contrato que ya tenía y cuya certeza no debería someter dentro de un contexto lógico a los riesgos de una licitación.

La presentación de DDB a una licitación cuyo objeto comprendía al menos en parte, el objeto del contrato vigente, no es coherente con su posición procesal. No se busca la adjudicación de un contrato, cuando ya se tiene el contrato, ni se somete su continuidad a un proceso licitatorio, porque con este acto es el mismo contratante quien controvierte la existencia del pacto contractual).

La declaración del representante legal de DDB expresa en forma clara el hecho de que al presentarse a la licitación, no tenía un contrato vigente, porque en el texto ya citado, habla de “conservar total o parcialmente”, o sea que reconoce que podían perder el contrato, y agrega “si no ganábamos esa parte por lo menos teníamos el resto del contrato para elaborar”. Sostiene en su posición procesal que DDB tenía un contrato integral vigente, pero se presenta a la licitación para “conservar” y reconoce que “si no ganábamos esa parte”, o sea, acepta que a pesar del contrato vigente podía perder, lo cual descarta la seguridad alegada en su posición procesal.

La aceptación que hizo DDB al presentarse a la licitación de las condiciones de la misma, acredita que era consciente de que este acto implicaba la terminación del contrato anterior. En efecto, como licitante se comprometió “a firmar la referida carta contrato en los términos y condiciones allí establecidos, en el evento que el presente proceso de contratación les sea adjudicado”<sup>(34)</sup>. La carta contrato anexa a la licitación expresa: “Cláusula séptima. Término. 7.1. El presente contrato tendrá una duración de diez meses contados a partir del primero (1º) de marzo de 2005 y finalizará el treinta y uno (31) de diciembre del mismo año”.

En su alegato de conclusión el apoderado de DDB, afirma que “5. El nuevo proceso de contratación, que inició la convocada el dos (2) de diciembre de 2004, no sirve de aviso para no prorrogar automáticamente el contrato”.

Observa el tribunal que las partes no han alegado la existencia de un aviso de decisión de no prorrogar el contrato y que dentro de la posición de DDB mal podía atribuirse ese efecto a la convocatoria al proceso licitatorio, no solo por ser en el sentir de DDB, extemporáneo, sino por no ser una comunicación explícita sobre la determinación comentada. Lo que si se ha establecido en este punto es que, con el hecho de presentarse a la licitación y no haber comunicado a la contraparte su convicción sobre prórroga del contrato, desvirtuó en forma voluntaria su posición procesal.

La posición de DDB es equívoca frente a la lealtad contractual que debe observarse en las relaciones con la contraparte. Su participación en la licitación indica que se somete a sus condiciones y riesgos, incluida la firma de un nuevo contrato y con este hecho induce a la continuidad del proceso licitatorio, el cual incluía un serio compromiso frente a terceros licitantes. La conducta contractual debe ser unívoca y DDB en presencia de un contrato que reputaba existente, ha debido manifestarlo así a Colombia Móvil y abstenerse de participar en la licitación. Con su presencia en la licitación, ratificó el término efectivo de prórroga, participó en el desarrollo del objetivo de la misma y validó ante Colombia Móvil y ante los terceros participantes el proceso licitatorio y la interpretación real que le asignaba al acuerdo modificadorio 3 que había firmado. Al promover el proceso arbitral, DDB desconoció el acuerdo modificadorio 3 que había firmado y obró en contradicción con la conducta contractual observada durante el término de prórroga. Este hecho contradictorio es mirado por las doctrinas modernas como generador de responsabilidad por los actos propios pues “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 su derecho, o cuando el ejercicio posterior choque contra la ley, las buenas costumbres o la buena fe”<sup>(35)</sup>.

Si se analizan además secuencias futuras de la participación licitatoria, se corrobora que DDB con este acto deja

sin fundamento la alegada vigencia de su contrato. En efecto, si en el resultado de la licitación resultara favorecido un tercero, DDB acorde con su posición contractual, exigiría el cumplimiento de su contrato vigente, lo cual equivaldría a decir que participó en la licitación, sin asumir el riesgo propio de este proceso, o sea que su participación no tendría efecto contractual, porque de todos modos, su contrato se encontraba vigente.

La situación sería similar dentro de una adjudicación de la licitación a DDB. Esta firma se encontraría, dentro de su interpretación contractual, con dos contratos, el nuevo, cuya firma equivaldría a desconocer la vigencia del contrato original y al mismo tiempo su validez, en la parte de los servicios no cubiertos por la licitación. O simplemente aduciría la validez integral del contrato original, con lo cual el proceso licitatorio y su presencia en el mismo, habría carecido de objeto. Cualquiera de estas situaciones, aún las hipotéticas estudiadas, conducen a la conclusión de que con todos los actos considerados, DDB configuró su voluntad real de que conocía y aceptaba que el contrato terminaba el 28 de febrero de 2005.

### **2.2.1.5. Cobertura de la licitación abierta por Colombia Móvil en diciembre 2 de 2004.**

Se ha debatido si la licitación cubría o no todos los servicios comprendidos en el contrato original con DDB, para justificar la presencia de DDB en la licitación sobre la base de que trataban de no compartir el contrato con otra agencia, como lo corrobora el señor Michel Arnau en su declaración de parte rendida por solicitud oficiosa del tribunal al afirmar que "... les explicaba ahora que muy factiblemente podían haber quedado dos agencias ... pues es elemental pensar que nosotros íbamos por todo el contrato, lo habíamos tenido todo, era lógico que pensáramos que íbamos por todo el contrato,..."<sup>(36)</sup> Por su parte el señor apoderado de DDB afirma: "Ni la invitación al nuevo proceso de licitación ni la participación en el mismo, puede considerarse jamás como una notificación o confirmación de que el contrato no se prorrogaría mas allá de febrero 28 de 2005, por la simple razón que el nuevo proceso de contratación no incluía todo el objeto contractual que venía manejando DDB Colombia y por lo tanto, con fundamento en la cláusula segunda en su numeral 2.7. Colombia Móvil podía tranquilamente contratar parte del objeto con cualquier otra agencia o persona ..." <sup>(37)</sup>.

Sobre el mismo punto, el señor apoderado de DDB, sostiene en su alegato de conclusión que "...el objeto que venía desarrollando DDB quedó partido en tres, (i) uno lo tenía DDB, (ii) frente a otra parte se inició proceso de contratación el 2 de diciembre de 2004 y fue invitada DDB y (iii) frente a la tercera parte, se inició proceso de contratación el 23 de febrero de 2005 y no fue invitada DDB, a pesar de que lo venía desarrollando"<sup>(38)</sup>.

Sobre esta diversidad de argumentos el tribunal observa: el contrato establecía una cláusula de no exclusividad, que Colombia Móvil podía utilizar en cualquier etapa contractual, anterior o concomitante o posterior a la licitación. Luego ni en el caso de prorrogarse el contrato, o de ser DDB favorecido con la licitación, se podía impedir este tipo de actuación unilateral, también prevista en la carta contrato de la licitación<sup>(39)</sup>. Si esta contingencia no desaparecía en ninguna de las situaciones contractuales, la presencia de DDB en la licitación, para buscar la adjudicación de un contrato que, en su concepto, ya tenía, carece de explicación lógica, contractual y comercial.

El acto de presencia en la licitación, hace indiferente el hecho de que la licitación cubriera o no todos los servicios, objeto del contrato vigente. La interpretación de la realidad contractual es la presencia en la licitación, no justificada en los argumentos estudiados y válida como acto de voluntad real, porque se trataba de una licitación cuyo objeto y condiciones, descartaban la continuidad del contrato cuya vigencia alega DDB<sup>(40)</sup>. Así lo reconoce el señor representante legal en su declaración cuando manifiesta que "íban por el contrato". Un interlocutor en este proceso del señor Michel Arnau, representante legal de DDB, el señor Ricardo Silva Contreras, gerente en Bogotá de DDB, manifiesta en su testimonio "pues hubo muchas discusiones internas si debíamos o no participar en la licitación, si aceptábamos los términos o no los aceptábamos ... y después de todo eso la decisión del señor Arnau fue, vamos a participar y nos vamos a ganar esa cuenta"<sup>(41)</sup>. "Cuando el señor Arnau tomó la decisión ... porque el estaba seguro que la cuenta nos la íbamos a ganar nuevamente, él aceptó participar en la licitación,..."<sup>(42)</sup>. Y posteriormente manifiesta "...sabíamos que en esa licitación si entrábamos, entrábamos con la misma probabilidad que entraba cualquier otra agencia que hubiera sido invitada a la licitación, sabíamos que nos estábamos jugando la cabeza"<sup>(43)</sup>. La interpretación lógica que ha venido estudiando el tribunal, sobre la voluntad real de DDB al participar en la licitación, es confirmada por el testimonio de un participante en el proceso, origen de la

controversia.

### **2.2.1.6. La voluntad real de Colombia Móvil con la apertura de la licitación.**

Desde el punto de vista de Colombia Móvil, la invitación para participar en la licitación presenta un objeto integral “para la selección de la agencia de publicidad que preste los servicios de diseño de estrategias en Publicidad y Comunicación para Colombia Móvil, con el objetivo de fortalecer el posicionamiento de la marca “OLA”; adicionalmente se requerirán los servicios de acompañamiento permanente a la alta dirección de Colombia Móvil, en materia de desarrollo de estrategias de publicidad, comunicación, manejo y construcción de marca”.

La descripción de los servicios no deja duda alguna sobre el contrato proyectado y de la comprensión de todos o de gran parte de los servicios previstos en el contrato original. Por ello, la prórroga del contrato hasta una fecha cierta, la misma invitación y su contenido no podían suscitar duda alguna en DDB y en los demás participantes, sobre la intención de Colombia Móvil de abrir un nuevo e integral proceso de contratación. Así lo demuestran las comunicaciones analizadas, las declaraciones de parte, los testimonios y las comunicaciones. Si la interpretación de Colombia Móvil estuviera sujeta a la vigencia de la prórroga automática y su intención no hubiera sido la de fijar un término prudencial para preparar el proceso licitatorio, sino la de buscar un fundamento legal a la terminación del contrato con DDB, simplemente, una vez firmada la prórroga, hubiera enviado la comunicación a DDB sobre su decisión de no prorrogar el contrato con la anticipación requerida. Pero al abrir el proceso licitatorio e invitar al mismo a DDB, está adoptando una actitud coherente con la voluntad manifestada al proponer la prórroga.

Frente a estas consideraciones, la participación de DDB en la licitación indica que, como resultado del acuerdo modificadorio 3, quedó excluida la cláusula de prórroga automática y que obró dentro del término posterior a la alegada vigencia de la misma en busca de un nuevo contrato. En esta forma, resulta claro para el tribunal que DDB aceptó que el término real de prórroga era el 28 de febrero de 2005. La actitud contractual de DDB, para que fuera consistente con su posición procesal, hubiera sido la de manifestar a Colombia Móvil que se abstenía de participar en la licitación porque su contrato se encontraba prorrogado por un (1) año y cubría los servicios previstos en la licitación.

### **2.2.1.7 La interpretación de DDB a la luz de las normas legales de interpretación lógica, (CCC, art. 1620).**

DDB promueve el presente debate arbitral con posterioridad al vencimiento del término de prórroga, una vez cumplido el objeto de la misma y conocida la adjudicación del contrato a otra firma. Por tanto, en este punto cabe analizar el efecto de la cláusula de prórroga, en el contexto de la interpretación que ahora hace DDB en el sentido de que el contrato se prorrogó en forma automática el 28 de noviembre de 2004 y después del 28 de febrero de 2005, a la luz de la norma de interpretación lógica de los contratos contenida en el artículo 1620 del Código Civil.

En ese sentido, el tribunal considera que el único efecto planteado por Colombia Móvil para solicitar la prórroga del contrato era el de definir un proceso de contratación, en relación con el objeto del contrato vigente con DDB. Para Colombia Móvil la prórroga establecía un término para cumplir un efecto. Los actos y documentos estudiados anteriormente indican que DDB estudió y por tanto conoció el sentido y el objeto de la prórroga. La pretendida vigencia de la prórroga automática hace desaparecer el término efectivo de prórroga y su objeto. Desaparece el término de prórroga, 134 días entre el 14 de octubre de 2004 y 28 de febrero de 2005, porque el 28 de noviembre de 2004, última supuesta fecha para comunicar la decisión de no prórroga, las partes se encuentran ante la interpretación de que el contrato objeto del proceso de definición, se encuentra prorrogado por un (1) año.

En esta interpretación el término no se cumple, no corre, se extingue antes del vencimiento fijado y en su virtud el pacto contractual desaparece. El término “es el lapso que debe transcurrir necesariamente para crear, modificar, consolidar o extinguir una relación jurídica”. Además se trata de un término cierto, “el señalado con precisión, para designar exactamente el día, mes y año en que concluye...”<sup>(44)</sup>.

Argumentar que dentro del pacto de un término de prórroga hasta una fecha cierta se encuentra implícita una prórroga automática, además de desconocer el pacto contractual, contraría el sentido de “término”, el cual “debe transcurrir necesariamente”, sin sujeción a presuntas cláusulas ocultas, producto de una interpretación.

Desaparece además el objeto de la prórroga porque el término efectivo para cumplirlo no existe o se reduce a cuarenta y cinco (45) días, comprendidos entre el 14 de octubre y el 28 de noviembre de 2005, período que no solo hace imposible el desarrollo del objeto de la prórroga, preparación, apertura, término para presentación de propuestas, evaluación, calificación, decisión, comunicación, formalización, de un proceso licitatorio, sino que, se repite, desconoce la validez del pacto contractual, ley inter partes.

Solo la importancia que tiene el tema en el proceso arbitral, justifica que el tribunal abunde en otras consideraciones, entre ellas la contenida en la siguiente doctrina de la Corte Suprema de Justicia.

“Los jueces tienen facultad amplia para interpretar los contratos oscuros, pero no pueden olvidar que dicha atribución no los autoriza, so pretexto de interpretación, a distorsionar ni desnaturalizar pactos cuyo sentido sea claro y terminante, ni muchísimo menos para quitarles o reducirles sus efectos legales. Los contratos deben interpretarse cuando son oscuros, es cierto, pero tal labor de hermenéutica tiene que encuadrarse dentro de lo racional y lo justo, conforme a la intención presunta de las partes, y sin dar cabida a restricciones o ampliaciones que conduzcan a negar al contrato sus efectos propios: la violación de esta limitante implica el claro quebranto del principio legal del efecto obligatorio del contrato; al actuar así el juez se rebelaría directamente contra la voluntad de las partes claramente expresada, modificando a su talante los específicos efectos queridos por ellos al contratar”<sup>(45)</sup>.

La doctrina de la Corte Suprema de Justicia, citada también por el señor apoderado de la parte convocante, es muy ilustrativa. Una cosa es la interpretación y otra diferente es la distorsión del pacto contractual. No puede el juzgador hacer decir a las partes puntos diferentes a los incluidos en el contrato, ni reemplazar los vacíos con pactos nuevos; lo único que puede es inferir de sus textos y de sus actos, su voluntad real.

En el presente caso las partes pactaron una prórroga enmarcada por una fecha cierta. En su función de intérprete no puede el juzgador desconocer el término de la prórroga, sustituirlo por otro que lo reduce o lo hace inoperante, porque en este caso no estaría interpretando sino sustituyendo el texto contractual. En presencia de una prórroga hasta una fecha cierta, el juzgador se encuentra con una ley entre las partes<sup>(46)</sup>, que en su función interpretativa no puede desconocer. En el sentido en que el acuerdo modificatorio estableció un término de prórroga con un objeto definido, el juzgador debe, en aplicación de la ley contractual y de la interpretación lógica de la misma, adoptar el sentido en que una cláusula no solo produce sus efectos, sino que respeta la extensión contractual pactada.

El tribunal, por tanto, no puede aceptar una interpretación que sustituye el pacto contractual y contraría todos los principios de interpretación lógica acogidos por el legislador en el artículo 1620 del Código Civil, al dejar sin efectos la cláusula contractual de prórroga.

#### **2.2.1.8. Otras obligaciones contractuales previstas en la cláusula séptima del contrato.**

En desarrollo del principio de interpretación lógica, afirma la parte convocante que si el acuerdo modificatorio 3 reemplazó toda la cláusula 7ª, “desaparecería la obligación de transferencia de dicha información por parte de DDB Colombia ..”<sup>(47)</sup> Se refiere el señor apoderado a las obligaciones que debía cumplir DDB al momento de terminar el contrato, entre ellas la prohibición de utilizar el nombre de Colombia Móvil y la obligación de transferir la información y los materiales en su poder.

El tribunal ya expuso los argumentos que fundamentan la no aceptación de la interpretación defendida por la convocante. En presencia de la manifestación del actor, debe agregar que del hecho de que en la interpretación de Colombia Móvil, desaparezca este tipo de obligaciones, no se puede deducir la vigencia de la cláusula que se encuentra en duda. No ha sido sometida a la decisión del tribunal la obligación de DDB de cumplir con las obligaciones informativas derivadas de la terminación del contrato y el punto se plantea como un criterio de interpretación para establecer que si desaparece una cláusula, se acredita la vigencia de otra. El contenido de los pactos tiene un objeto diferente, uno es el de la prórroga automática, otro es la obligación de devolver y transferir la información. No puede decirse que si la obligación relativa a la información no existe, por ese solo hecho está vigente la prórroga automática. No siendo el argumento del señor apoderado de la convocante una norma válida de interpretación, el tribunal se abstiene de referirse a las implicaciones relativas a la transferencia de información una vez terminado el contrato, máxime si ellas, pueden deducirse de la naturaleza misma del contrato o de normas

contractuales específicas, como las contenidas en la cláusula 2.9<sup>(48)</sup>.

### **2.2.1.9. Estudio de otros argumentos de la parte convocante.**

#### **a) El texto de la cláusula primera del acuerdo modificatorio 3.**

Analiza la parte convocante el texto de la cláusula primera del acuerdo modificatorio 3, que en lo pertinente dice “modificar de la cláusula 7ª del contrato suscrito entre las partes con el fin de prorrogar el contrato hasta febrero 28 de 2005”, para establecer que se cambió la fecha y todas las demás estipulaciones del contrato continuaron vigentes, especialmente la prórroga automática.

También analiza las posibles alternativas de redacción que hubieran podido adoptar las partes para establecer claramente la decisión de eliminar la cláusula de prórroga automática.

El texto de la cláusula se limita a establecer la fecha hasta la cual se prorroga el contrato, y omite cualquier referencia a la cláusula de prórroga automática. La omisión es “abstención de hacer o decir”<sup>(49)</sup>, es “silencio”<sup>(50)</sup>. No puede el juzgador inferir de la omisión, una voluntad contractual, porque como ya se dijo, la interpretación no puede introducir pactos contractuales nuevos. La omisión no dice, por lo cual no puede concluirse que la omisión, a pesar de la limitante de la partícula “de”, dejó vigente la prórroga automática.

Sustenta además su interpretación, en el texto de la cláusula 4ª del acuerdo modificatorio, la cual establece que “las demás estipulaciones contractuales y sus modificaciones de haberlas continúan vigentes en lo que no se opongan en lo aquí dispuesto”. La cláusula 7ª fue el objeto específico de la modificación y en esta modificación no existe referencia alguna a la prórroga automática. Como ya se estudió, la prórroga del contrato hasta el 28 de febrero de 2005, establece un término con fecha cierta y con un objetivo definido. Por tanto, una estipulación implícita que impide la vigencia efectiva del término pactado, necesariamente contraría la modificación acordada por las partes y en consecuencia no es aplicable la norma general, adoptada en la cláusula 4ª del acuerdo modificatorio y para esta conclusión deben también tenerse en cuenta las demás consideraciones interpretativas que se hacen en el laudo.

Precisamente ante la deficiente redacción de la modificación, el tribunal en aplicación de las normas positivas de interpretación, debió interpretar la cláusula con base en los actos de ejecución contractual, realizados por las partes, en desarrollo del contrato.

#### **b) Interpretación del acuerdo modificatorio 3 con base en los principios de interpretación sistemática previstos en el artículo 1622 del Código Civil colombiano.**

Sostiene la parte convocante que en ejercicio de la interpretación sistemática prevista en el artículo 1.622 del Código Civil, “las cláusulas del acuerdo modificatorio 3 se deben interpretar como complementarias de la cláusula 7ª del contrato para darle un mejor sentido al mismo...”<sup>(51)</sup>, y presenta una posible redacción de la cláusula modificatoria, con la reproducción del texto de la prórroga automática. Sin embargo, debe anotar el tribunal que el hecho de que la citada norma civil prescriba la interpretación de unas cláusulas por otras, hace referencia a la concordancia de todas las estipulaciones contractuales para dar sentido al conjunto, pero no para, por vía de interpretación, introducir un nuevo texto no pactado expresamente por las partes.

Por el contrario, el artículo 1622 al ordenar 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”, establece el principio de la unidad armónica contractual, plenamente aplicable al caso estudiado. La interpretación de DDB distorsiona el contenido de la cláusula del acuerdo modificatorio. A pesar de estar prorrogada la vigencia del contrato, las partes pactan una prórroga hasta una fecha cierta, y la aplican. DDB participa en el proceso licitatorio objeto de la prórroga; reconoce que lo hace para conservar o ganar el contrato y al perder la licitación, promueve la acción arbitral, desconociendo el texto modificatorio firmado y sus actos de interpretación contractual. Dentro de la armonía contractual, la cláusula de prórroga es coherente, cumple con su objeto de definir el proceso de contratación, pero la armonía se quebranta si el término de prórroga no se cumple y no se puede desarrollar el objeto de dicha prórroga.

#### **c) Concepto del señor auditor interno de Colombia Móvil.**

En la diligencia de inspección judicial con exhibición de documentos realizada el día 19 de septiembre de 2005 en las oficinas Colombia Móvil, se allegó al proceso el concepto del auditor interno de Colombia Móvil en el cual se encuentra su opinión que “el acuerdo modificatorio 3 no fue suficientemente claro en su redacción, por cuanto no se dejó consignado expresamente que la modificación recaía sobre la totalidad del texto de la cláusula 7ª y esta omisión deja abierta la posibilidad de interpretar que la cláusula no fue modificada en la parte atinente a la prórroga automática prevista en la misma ...”<sup>(52)</sup>. El señor auditor anota la deficiencia de la redacción del texto del acuerdo y las posibilidades de interpretación del mismo sobre la vigencia de la prórroga automática. El concepto consigna precisamente los puntos que son objeto del litigio, dentro de esta primera pretensión. Se trata de una opinión no fundamentada, proveniente de quien no es experto en asuntos jurídicos por razón de su profesión u oficio, cuya conclusión hace referencia a la posibilidad de una interpretación que es precisamente la que debe resolver el tribunal dentro de los temas presentados a su consideración. El tribunal le asigna el valor de un concepto de interpretación, de una opinión de un profesional no abogado, que naturalmente no puede revelar dato alguno sobre la voluntad e intención de las partes y que en su contenido plantea el interrogante que es tema de la primera pretensión.

### **2.2.1.10. Resumen del estudio probatorio y de interpretación.**

A continuación se presenta un resumen del estudio probatorio y de interpretación con base en el cual aparece el fundamento de la decisión que adoptará el tribunal.

- El contrato firmado entre Colombia Móvil y DDB el 21 de mayo de 2003 estaba prorrogado, en virtud de la prórroga automática pactada en la cláusula séptima del mismo, hasta el 31 de diciembre de 2005.
- El 12 de octubre de 2004, Colombia Móvil envía una comunicación a DDB en la cual le informa su decisión de prorrogar el contrato por dos (2) meses a partir de la fecha de vigencia del contrato, 31 de diciembre de 2004, le anuncia su decisión de definir un proceso de contratación sobre el objeto del contrato y le envía el acuerdo de modificación, en el cual se prorroga el contrato hasta el 28 de febrero de 2005.
- DDB estudia con sus funcionarios y asesores jurídicos el significado e implicaciones de la modificación, y se reúne con el representante legal de Colombia Móvil para tratar el mismo tema.
- Las partes firman el 14 de octubre de 2004, la prórroga del contrato original hasta una fecha cierta, 28 de febrero de 2005, la cual acepta DDB, a pesar de tener su contrato vigente hasta el 31 de diciembre de 2005.
- El 2 de diciembre de 2004, Colombia Móvil, en desarrollo del anunciado proceso de contratación, abre una licitación para seleccionar una agencia de publicidad e invita a DDB y otras firmas a participar en el proceso.
- DDB participa en el proceso licitatorio. El tribunal estudia la relación entre este acto y la futura posición procesal de DDB, fundada en que la modificación a que se refiere el punto D, dejó vigente la prórroga automática pactada en la cláusula séptima del contrato y que, en consecuencia, este se encontraba prorrogado hasta el 28 de febrero de 2006. En estas condiciones DDB, aspiraba a la adjudicación de un contrato que en su concepto ya tenía.
- DDB acepta las condiciones de una licitación que preveía para el licitante favorecido un contrato a partir de la fecha en que, de acuerdo con la modificación firmada, terminaba el contrato anterior.
- DDB acepta las reglas propias de la licitación relativas a evaluación y adjudicación y otorga una póliza de seriedad de oferta.
- Un vez conocido el resultado desfavorable de la licitación asume, por primera vez, la posición contractual y procesal que su contrato estaba vigente en virtud de la prórroga automática.

### **2.2.1.11. Conclusiones.**

- El origen del litigio se encuentra en la deficiente redacción de la cláusula primera del acuerdo modificatorio 3 que modificó la cláusula 7ª del contrato, con el fin de prorrogarlo hasta febrero 28 de 2005. La parte convocante sostiene que la redacción de la modificación dejó vigente la cláusula de prórroga automática, prevista en el

contrato original, punto que niega la convocada.

- Ante la deficiente redacción de la cláusula, el tribunal, en aplicación de los artículos 1.618, 1620 y 1.622 del Código Civil, analizó la intención real de las partes con base en los actos que realizaron en desarrollo de la cláusula modificatoria. Y complementó dicho análisis con el sistema de interpretación lógica consagrado en el artículo 1620 del Código Civil y con el sistema de interpretación sistemática consagrado en el artículo 1622 del mismo código.
- Los actos realizados por la parte convocada demuestran su intención clara de pactar la prórroga del contrato hasta una fecha cierta, para definir el proceso de contratación y atender las necesidades relacionadas con el objeto del contrato vigente. Esta intención real, se acredita plenamente con las comunicaciones escritas, los testimonios recibidos, las declaraciones de parte y con los actos realizados en desarrollo de la modificación pactada.
- La parte convocante expresó su interpretación en el sentido de que la modificación dejó vigente la estipulación sobre prórroga automática del contrato. Con el objeto de establecer la intención real, el tribunal analizó los actos realizados por DDB en desarrollo de acuerdo modificatorio 3, para concluir que dichos actos, junto con los documentos estudiados, los testimonios citados y las declaraciones de parte, acreditan plenamente que DDB conocía el significado real de la cláusula modificatoria que firmó y que no existe elemento probatorio alguno para demostrar la continuidad de la vigencia de la prórroga automática.
- Para el tribunal, queda establecido plenamente que la voluntad real de DDB y Colombia Móvil, fue pactar una fecha de prórroga del contrato hasta 28 de febrero de 2.005, sin sujeción a la prórroga automática y con el objeto de establecer un término para revisar el proceso de contratación. En consecuencia el contrato terminó por voluntad de las partes el 28 de febrero de 2005, con base en la cláusula primera del acuerdo modificatorio 3 firmado por las partes el 14 de octubre de 2004 y por no haber terminado el contrato por decisión verbal, unilateral y sin justa causa de Colombia Móvil, no existió un incumplimiento del contrato por parte de esta sociedad y por este motivo.

Por consiguiente, con fundamento en el acervo probatorio, en el análisis del mismo y con aplicación de las normas legales de interpretación, el tribunal procederá a negar las pretensiones primera, segunda y tercera de la demanda, referentes a la terminación del contrato. Por las mismas razones, tampoco prosperará la pretensión subsidiaria a la segunda principal, todo lo cual así se expresará en la parte resolutive del presente laudo.

### **2.2.2. Las pretensiones referentes a los trabajos realizados y no cancelados.**

A continuación el tribunal debe ocuparse de las pretensiones de la parte convocante en el literal B, capítulo VI (pretensiones) de su demanda, denominadas genéricamente “Las referentes a los trabajos realizados y no cancelados”. En las pretensiones cuarta y quinta solicita al tribunal que este declare que la convocada le pague ciertos trabajos que afirma haber realizado por orden o solicitud de su contraparte pero que esta le devolvió por decisión propia y, por consiguiente, que se condene a Colombia Móvil a pagarle las sumas de dinero correspondientes.

#### **2.2.2.1. Análisis jurídico previo.**

En este punto es pertinente reiterar la posición de este tribunal en cuanto a la obligación que tiene el anunciante en un contrato de publicidad de pagar el precio convenido al agente publicitario cuando el trabajo o servicio ha sido ordenado por aquel, ejecutado por este y recibido a satisfacción por el primero, independientemente del uso posterior e inclusive de la falta de uso del producto. Naturalmente se exceptúa el caso en que las partes, en ejercicio de su autonomía, hubieren convenido otra cosa.

A esta conclusión llegó el tribunal al aplicar principios de interpretación doctrinaria del contrato innominado o atípico, como es el de publicidad entre nosotros, y teniendo en cuenta que se trata también de un contrato bilateral y de carácter conmutativo. De manera consistente con esos principios de interpretación, el tribunal acudió por referencia analógica a los que regulan de manera precisa el punto respecto de contratos típicos similares, —como el de confección de obra y el de prestación de servicios inmateriales—, y encontró que quien encargó la obra o servicio está obligado a reconocer el pago a quien la ejecutó al punto de que inclusive debe hacerlo cuando toma la decisión unilateral de cancelarlo. Ello sin perjuicio de la obligación del agente o empresario de repetir a su costo

cuantas veces sea necesario el trabajo hasta tanto este satisfaga el propósito de quien lo ordenó, puesto que tal obligación se considera un riesgo inherente a la actividad del agente.

Con base en estas consideraciones de orden jurídico ya en su lugar se dijo, pero conviene reafirmarlo en este momento, que este tribunal considera que Colombia Móvil debe pagarle a DDB todos los trabajos de publicidad que este demuestra que cumplieron el ciclo que va desde su orden hasta el recibo a satisfacción de lo ejecutado por DDB, resultando irrelevante para estos efectos si Colombia Móvil los usó o no después de haberlos aprobado. Esta posición del tribunal, —que difiere de la tesis sostenida por el apoderado de la parte convocada en este proceso quien sostiene que la obligación de pagar solo se da si el producto terminado se usa—, lleva a que sea preciso estudiar y analizar cada uno de los casos de trabajos relacionados en las cuatro categorías encasilladas en la pretensión cuarta de la demanda, —labor dispendiosa pero necesaria—, para definir si realmente hay razón para atender lo pedido por la convocante a la luz de las pruebas aportadas al proceso. Por consiguiente, en últimas el problema se torna uno de carácter probatorio en donde, desde luego, la carga principal le corresponde a la parte convocante pues es a esta quien incumbe probar “el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen”, en desarrollo del principio general sobre “carga de la prueba” consagrado en el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil.

Decía el maestro Antonio Rocha que probar consiste en “poner de manifiesto la verdad de los hechos en su modo preciso de ser o de haber sido y en infundir sobre su existencia y modalidades una convicción llevada hasta el límite que en cada caso exija la ley”<sup>(53)</sup>. Hacer la prueba no es más que “querer la demostración de la verdad y el convencimiento del juez, quien para sentenciar necesita adquirir plena certeza”<sup>(54)</sup>. De manera, pues, que como presupuesto de toda sentencia debe coexistir (i) la verdad, o sea la “concordancia entre un hecho real y la idea que de él se forma el entendimiento”<sup>(55)</sup>; (ii) la certeza, que es “la persuasión de la verdad”<sup>(56)</sup>, y (iii) la convicción del juez que, en palabras de Mittermaier “toma el nombre de certeza desde el momento en que rechaza victoriosamente todos los motivos contrarios, o desde que estos no pueden destruir el conjunto imponente de los motivos afirmativos”<sup>(57)</sup>.

No de otra manera se podría entender que la sentencia debe ser consecuente y consonante con lo demostrado en juicio por lo que el juez, o el árbitro en su caso, está autorizado por la ley para reconocer solamente lo probado, como lo consagra el inciso tercero del artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

### **2.2.2.2. Las posiciones de las partes.**

La parte convocante en su demanda solicita en relación con los denominados “trabajos realizados y no cancelados” lo siguiente:

“Cuarta. Se declare que la sociedad Colombia Móvil S.A. ESP esta obligada a pagarle a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A. los trabajos realizados por órdenes de Colombia Móvil S.A. ESP, pero devueltos porque ya no se necesitaban o bien por cambio de producto o de servicio y a los que se refiere el hecho décimo noveno de la demanda, como producción interna, producían gráfica, trabajos realizados por el proveedor tribal y trabajos eliminados.

Quinta. Que como consecuencia de la anterior se condena a Colombia Móvil S.A. ESP a pagar a DDB Worldwide Colombia S.A. las siguientes sumas de dinero o las que se prueben dentro del proceso:

5.1. Por producción interna Colombia Móvil, presupuestos facturados internos: adhesivo backing rueda de prensa \$100.000; Manual de marca— es diferente a la corporativa \$ 20´000.000 y Juego OLA SMS \$ 50´000.000. Para un total de \$70´100.000.

5.2. Por producción gráfica, producto: Medios y Trade: Cenefa Navidad \$180.090; Camiseta 321 \$232.000; Tapas Mc Menú \$506.340 y agenda presidencia \$2´958.000. Para un total de \$3´876.430, valor que incluye el IVA.

5.3. Por trabajos realizados por el proveedor tribal, por intermedio de DDB: e- card nacimiento de bebe \$482.922; Factura OLA masivo \$508.125; Piezas VPN \$2´301.000; Icono masivo corporativo \$142.104; Piezas Taylor made \$2´301.000; Piezas 321 \$1´414.250; Piezas pymes \$1´105.875; Campaña guinness \$1´072.500; e-mail cliente misterioso \$ 4´825.750. Para un total de \$14´153.526.

5.4. Por trabajos eliminados conforme a la relación adjunta como prueba documental referida en el literal h. y cuyos conceptos son: locutorios, protector terminales, VPN, Taylor Made, campaña OLA distrito municipio, soluciones integrales, Enlace, Conferencia Telefónica, OLA Control, Roaming, campaña interna integración de vendedores, Manual de Imagen, Campaña Pymes, Free cards, Ola a la carta, Tarjetas gold, Campaña corporativa, Contact center 321, servicios valor agregado, larga distancia interna, evento corporativo, empaquetamiento, invitación evento empresarial, fiesta fin de año y aniversario clientes cor. Para un valor total de \$41'561.750 en la forma detallada en el cuadro adjunto y antes del IVA”.

Así mismo, en los alegatos de conclusión dicha parte argumenta lo siguiente:

- Que la solicitud de órdenes de trabajo no necesariamente debían ser por escrito, tal y como se desprende de los testimonio de la directora ejecutiva de la cuenta Ola Anabella Chiossone, de Isabela Páez y Francisco Alfonso Samper.
- Que los trabajos reclamados, según consta en el dictamen pericial, fueron efectivamente ordenados, se realizaron y fueron recibidos por Colombia Móvil. Y que puesto que ninguno de ellos fue rechazado por no cumplir las expectativas del cliente, salvo los casos de la conferencia telefónica plegable y el de larga distancia internacional, Colombia Móvil debe ser condenada al pago de los mismos.
- Adicionalmente manifiesta que DDB tenía un sistema de tráfico denominado OT, orden de trabajo, por medio del cual se canalizaban las diferentes órdenes de trabajo, sistema que no podía ser cambiado ni manipulado después de recibir la orden y que en dicho sistema constan las órdenes cuyos trabajos se reclaman.
- Que la prueba contundente de las órdenes dadas por Colombia Móvil para la realización de los trabajos que aquí se reclaman, es el “anexo 1” aportado por, denominado “trabajos de artes finales entregados a Colombia Móvil” en el que se relacionan dichos trabajos, entre los cuales solamente dos de ellos no fueron aprobados por no ser buenos, el de la conferencia telefónica plegable y el de larga distancia internacional (lo subrayado es del tribunal).
- Por otro lado, alega que la costumbre según la cual “se paga lo que se usa” no fue probada dentro del proceso.
- Por su parte Colombia Móvil en la contestación de la demanda, manifiesta:
- Que no hay derecho al pago de los trabajos reclamados por DDB toda vez que en los contratos que se celebra con las agencias de publicidad, es una costumbre generalizada que “se pague lo que se usa”.
- Que no se pagan las propuestas que no fueron escogidas para llevarse a cabo, puesto que la obligación de la agencia es presentar ideas que le gusten al cliente. Por lo tanto, mientras el cliente no acepte, no autorice y no ordene específicamente la realización de una idea, esta no se puede cobrar.

Posteriormente en sus alegatos de conclusión, Colombia Móvil expresa:

- Que según los testimonio de varios expertos en materia de contratos de publicidad que se recibieron durante el curso del proceso, para que haya lugar al pago de trabajos realizados por la agencia es menester que el cliente los haya aprobados a satisfacción.
- Que los ejecutivos de Colombia Móvil debían revisar si el trabajo final que la agencia presentaba cumplía con las expectativas y se ajustaba al presupuesto de la compañía destinado para ese fin; una vez los ejecutivos daban su visto bueno, el trabajo final era presentado a la señora Teresa Parra, quien tenía la última palabra en la aprobación para su satisfacción final.
- Que la parte convocante no aportó prueba de que los trabajos hubiesen sido aprobados a satisfacción por Colombia Móvil.
- Que puede ser que Colombia Móvil hubiera solicitado la elaboración de dichos trabajos pero que los mismos no fueron aprobados a satisfacción.
- Que los mencionados trabajos fueron realizados “en un tiempo distante, trabajos antiguos, que solo vinieron a ser

mencionados y cobrados cuando DDB se enteró de que ya no poseía la más grande e importante cuenta”.

- Por último, manifiesta que en el dictamen pericial se dice que “En ninguno de los documentos que fueron aportados por DDB Worldwide Colombia S.A. aparece una solicitud escrita expedida por Colombia Móvil S.A. ESP como tampoco aparece documento alguno que de cuenta del recibido a satisfacción del trabajo”.

Por su lado, el señor representante del Ministerio Público acreditado en esta actuación, en sus alegatos de conclusión, en relación con este tema, manifestó que a pesar de que en la cláusula 29 del contrato se dice que “(...) “Solo se entenderá que hay aprobación de Colombia Móvil cuando esta manifieste de manera escrita y expresa”. Sin embargo, el comportamiento de las partes en el trato de la ejecución del contrato varió un poco, puesto que por teléfono y se ha de entender que también la forma escrita y expresa hace relación al correo electrónico, este fue el comportamiento de las partes y así se dice en las declaraciones antes citadas, con contadas excepciones. Pero lo que no se dijo por este medio probatorio, cuáles trabajos en particular fueron recibidos a satisfacción, luego se ha de entender que el demandante quería probar el recibo de cada trabajo por otro medio probatorio”.

### **2.2.2.3. Consideraciones del tribunal.**

#### **a) Contenido del contrato**

En primera instancia encuentra el tribunal que en el contrato, en sus modificaciones y en sus acuerdos aclaratorios, no se reglamentó de manera expresa y detallada el procedimiento para la solicitud, elaboración y recibo de los trabajos.

Tan solo en los numerales 2.9 y siguientes de la cláusula segunda del contrato, se estableció lo siguiente:

“2.9. Informes. DDB deberá informar a Colombia Móvil, dentro de los primeros cinco (5) días de cada mes calendario, en una reunión que celebrarán para el efecto, la manera como viene ejecutando sus obligaciones, documentando aspectos importantes de su gestión, tales como la relación de todas las solicitudes y trabajos (entregados, en proceso o cancelados) que se estén adelantando con indicación de su status y fecha de entrega. Así mismo, deberá comunicar de inmediato todas las circunstancias importantes que pueden resultar durante la ejecución del contrato y en particular de las sobrevinientes que puedan afectar gravemente o determinar la terminación del mismo. Igualmente, DDB deberá comunicar de inmediato a Colombia Móvil la completa realización de las actividades a su cargo. A la terminación del contrato, DDB deberá rendir a Colombia Móvil cuenta detallada y justificada de la gestión y entregarle todo lo que haya recibido por causa del contrato dentro de los ocho (8) días calendario siguientes a la terminación del mismo. Solo se entenderá que hay aprobación de Colombia Móvil cuando esta así lo manifieste de manera escrita y expresa.

2.10. Actas. De las reuniones de avance y ejecución del contrato se levantarán actas que serán suscritas por las partes o sus delegados y en las que se dejará constancia entre otros, de la forma cómo se viene ejecutando el cronograma, de los avances en el desarrollo de las actividades contratadas y en general, del estado del contrato y de la forma cómo se vienen ejecutando las obligaciones.

2.11. Subcontratistas. Queda prohibido a DDB subcontratar o delegar sin autorización previa, expresa y escrita de Colombia Móvil, la ejecución de las actividades a su cargo, incluidas, sin limitar, a aquellas referidas a la producción externa. Con dicha autorización, DDB podrá valerse de subcontratistas en los cuales delegue o con los cuales comparta la ejecución de una o más de sus obligaciones, sin que tales subcontratos puedan llegar a comprender todo o su gran mayoría.

DDB deberá comunicar a Colombia Móvil la intención de designar al subcontratista, el propósito y las condiciones del subcontrato.

En caso de autorizarse el subcontrato, DDB responderá ante Colombia Móvil por los actos y hechos del subcontratista como de los suyos propios, en este sentido, DDB deberá exigir a sus subcontratistas la misma diligencia requerida para él en este contrato. Los subcontratistas no son, ni deben presentarse como representantes de Colombia Móvil, ni están autorizados para utilizar el nombre o signos distintivos de Colombia Móvil. DDB comunicará a Colombia Móvil la terminación de su relación con un subcontratista, mediante escrito que deberá ser

recibido por Colombia Móvil dentro de los cinco (5) días hábiles anteriores a la fecha en que se vaya a producir la terminación.

En el caso de la producción externa y sin perjuicio de lo establecido en la presente cláusula DDB deberá solicitar como mínimo siempre dos (2) cotizaciones con proveedores legalmente constituidos. Colombia Móvil podrá solicitar las cotizaciones adicionales que considere pertinentes y podrá adjudicar el trabajo según su criterio de costo-beneficio. DDB ordenará, garantizará y supervisará la calidad en el trabajo final o en la producción externa de las piezas publicitarias ya sean estas contratadas por DDB o por Colombia Móvil. En caso de no ser aceptadas por Colombia Móvil, DDB correrá con los costos derivados de la repetición del trabajo.

DDB realizará la planificación y ordenación de medios a través de su central de medios” (negritas y subrayas fuera de texto).

En relación con los numerales transcritos, en primer lugar vale la pena tener en cuenta que no obra en el expediente prueba alguna que acredite que las partes hubieran llevado a cabo las reuniones mencionadas en el numeral 2.9, ni que se hubieran levantado las actas a que hace referencia el numeral 2.10. Tan solo aparecen dos actas relacionadas única y exclusivamente con los trabajos de “Juego OLA SMS”.

Así mismo, se puede concluir que de conformidad con el contrato, a pesar de que su texto no es claro, aparentemente tan solo la aprobación final del mismo (ver subrayas de la cláusula 2.9 supra) y de la subcontratación de los mismos requería que fuera por escrito. En cuanto a la solicitud de trabajos y a la aprobación de los presupuestos y el recibo a satisfacción de cada trabajo, no se hace referencia alguna a si la misma debía ser o no por escrito.

Teniendo en cuenta lo anterior, el tribunal considera de la mayor relevancia entrar a analizar cómo se ejecutó el contrato en relación con la solicitud, elaboración y aprobación de trabajos y por ende cuál fue el comportamiento de las partes en lo que toca a este tema.

Para efectos de lo anterior, el tribunal tendrá en cuenta la materia probatoria que obra en el proceso.

## **b) Ejecución práctica del contrato en relación con la solicitud, la elaboración y aprobación de los trabajos**

### **(i) Orden de trabajo**

De los testimonios practicados se desprende que la solicitud inicial de trabajos por parte de Colombia Móvil se podía realizar por cualquier medio, verbal, teléfono, e-mail, escrito, etc., debido a la frecuencia y urgencia con que estos trabajos se requerían, cosa que resulta normal cuando una empresa está penetrando un mercado.

En efecto, Anabella Chiossone, directora ejecutiva de DDB para la cuenta Colombia Móvil, sobre el particular expresó:

“El proceso normalmente podía venir de diferentes formas, a través de un e-mail, de una llamada o a través de una reunión, Colombia Móvil era una cuenta que demandaba muchísimas cosas entonces normalmente eso siempre debería venir por escrito, a través de un brip... (sic) como lo hacemos normalmente, pero dadas las condiciones de la cuenta y dado de un alto movimiento a veces era una llamada a cualquier hora de la noche en donde necesito tal cosa, necesitamos salir con tal cosa, procedan, trabajen, entonces ya esa información tenía que venir a través del departamento ejecutivo, a veces también venían ordenes directamente de las directrices de la empresa, no solamente del área de mercadeo y llegaban a nosotros, nosotros filtrábamos la información, recogíamos la información y obviamente le pasábamos esas solicitudes al área creativa, si era el caso o a otras áreas de la agencia, todo era por teléfono, celular, por e-mail, vengan para acá, necesitamos esto, a través de una reunión, entonces la verdad como que no había un proceso único por el mismo movimiento de la cuenta que era bastante alto, a veces podía ser una llamada a las 12 de la noche, como podía ser a través de un e-mail más formal”<sup>(58)</sup>.

Por su parte la señora Laura Santamaría, quien reemplazó durante su licencia de maternidad a la señora Teresa Parra, gerente de mercadeo de Colombia Móvil, persona encargada de aprobar todos los trabajos con DDB, manifestó:

“Sí señor, sin embargo todas las órdenes de trabajo que se ordenaban tanto durante el lapso de Teresa como el lapso en que yo estuve encargada tenían que ser firmadas, o sea no estaban respaldadas solamente por la palabra o por dar una orden telefónica sino que todo tenía que ser firmado y respaldado, o por mail o con firma, y se autorizaba directamente por la gerencia, es decir, todo lo que las personas que le reportaran directamente a la gerencia de mercadeo fueran a sacar o a pagar, a ordenar un pago o a ordenar el trabajo tenía que de todas maneras ser autorizado por la gerencia” (subrayas fuera de texto) (cdno. de pbas. 16, fl. 135).

Así mismo la señora Isabel Páez, directora de radio y televisión de DDB ante la pregunta formulada por el doctor Orrego:

“Sírvese manifestar ¿cómo era el proceso para la ordenación de los trabajos que realizaban en cumplimiento del contrato la compañía Colombia Móvil para DDB, cuál es el procedimiento, cómo se hacía, todo lo que sepa sobre el asunto?”.

Contestó:

“Esto era un poco irregular porque esta es una cuenta donde se tenía que tener acciones inmediatas, entonces todo se iba haciendo a partir de lo que iba saliendo al aire, el cliente por decir algo veía una pieza a las 8 ó 9 de la noche y necesitaba que diéramos una respuesta inmediata a la competencia, entonces de pronto me llamaban a mí directamente, en la agencia hay unos procesos que es primero se debe tener en cuenta la editora de la cuenta, ella a su vez la ejecutiva, la ejecutiva al creativo, el creativo a mí. Muchas veces se saltaba esto por la misma necesidad de respuesta inmediata, me llamaban directamente, muchas veces me decían necesitamos una respuesta de una pieza de un comercial para mañana a las 8 ó 9 de la mañana y esta llamada la recibía por decir algo a las 10 de la noche, entonces pasábamos derecho muchas veces y hacíamos la pieza, se entregaba en la mañana y salía al aire. La pregunta es que muchas veces la hacían directamente, por teléfono era como solicitaban los trabajos, casi siempre, se necesitaba una respuesta inmediata, y era lo que les dábamos respuestas inmediatas” (cdno. de pbas. 16, fl. 66).

Esta ejecución del contrato no es excepcional dentro de las prácticas corrientes en este tipo de negocios. Así se confirma con el testimonio del señor Francisco Samper, presidente de la actual agencia de publicidad de Colombia Móvil, quien sobre el particular, manifestó:

“Normalmente las relaciones de las agencias con los clientes ya están basadas en un contrato de manera que es una cosa permanente, se solicitan trabajos que se pueden solicitar bien sea personalmente o telefónicamente, incluso hoy en día a través del mail, se deben especificar los objetivos de la pieza, se debe especificar a quién se quiere dirigir, para qué es lo que se pretende lograr con la pieza, entonces el equipo profesional de la agencia desarrolla la pieza o el trabajo, dependiendo del área de la que estemos hablando, y se le presentan las propuestas al cliente” (pág. 5 del testimonio).

Quedando establecido que la solicitud inicial de la elaboración de un trabajo podía hacerse por cualquier medio, le corresponde ahora al tribunal determinar si los que reclama DDB fueron solicitados por Colombia Móvil.

Si bien en el expediente no aparece prueba de las respectivas solicitudes y que la señora perito en su dictamen pericial afirma que no se encontró evidencia de las mismas, considera el tribunal que del conjunto de las órdenes de trabajo de DDB, del anexo 1 presentado por Colombia Móvil y en especial del testimonio de la señora Teresa Parra, gerente de mercadeo de Colombia Móvil y persona encargada de aprobar todos los trabajos de DDB, se concluye que los trabajos en cuestión sí fueron ordenados.

En efecto, la señora Parra cuando se le preguntó sobre dichos trabajos, nunca dijo que no se hubiesen solicitados; por el contrario, se refirió a ellos y manifestó las razones por las cuales no fueron utilizados en diferentes oportunidades. Sobre el particular manifestó:

“De hecho si nos vamos al caso concreto que nos tiene aquí sentados que se retiraron las campañas en mercado corporativo que nunca salieron al aire, no han salido y son productos que me imagino ya no van a salir, se demoraron un año estando ahí y se vinieron a cobrar cuando terminó el contrato, antes no se había cobrado, si realmente fuera un tema que se cobraba independiente si sale al aire o no sale al aire pues han debido cobrar antes,

no en el momento en que se terminó el contrato y ahora sí páguemelo”.

(...).

Dr. Chalela: Sabe si hay trabajos que por cualquier razón se hubiesen ordenado y que a lo mejor quedaron pendientes sin su firma o sin la firma de doña Laura?

Sra. Parra: Hay trabajos que se desarrollaron creativamente pero que nunca salieron al aire que son el objeto de esta discusión, pero son trabajos que sí se realizaron, que se hizo la parte creativa pero nunca se ejecutaron, nunca salieron al aire.

## **(ii) Aprobación de los trabajos**

Ahora bien, también es claro para el tribunal, según los testimonios y documentos que obran el expediente, que una vez se solicitaba un trabajo, para que el mismo pudiera ser facturado por parte de DDB, debía contar con la aprobación del respectivo presupuesto por parte de Colombia Móvil, así como haber sido recibido a satisfacción por parte de esta.

Anabella Chiossone manifestó lo siguiente en relación con este punto:

“Cada solicitud empieza su proceso ahí y también termina en el área de facturación, entonces en el momento que cada trabajo es realizado y entregado a satisfacción del cliente; nosotros como ejecutivos cada área de soporte no tiene que montar un presupuesto hacia el cliente que viene, primero nos monta las cotizaciones si es una parte de producción a terceros, esas cotizaciones son aprobadas por el cliente, cuando ya el trabajo es realizado a satisfacción se monta un presupuesto. esto que va pegado de las cotizaciones que fueron previamente aprobadas por el cliente, el cliente firma ese presupuesto, cuando recibimos el presupuesto firmado por el cliente lo mandamos en OT por favor facturar presupuesto firmado y además se entrega un soporte de la copia de la firma del presupuesto que debe ir anexada a la factura” (negrilla personales) (cdno. de pbas. 16, fl. 24).

Por su parte, la señora Catalina Mahecha, ejecutiva de cuenta de DDB, dijo:

“El cliente solicitaba X servicio, fuera campañas, eventos, lo que hacía la agencia era desarrollar si el caso lo ameritaba una estrategia, si eran piezas puntuales se desarrollaban unas piezas que van a la parte creativa, de la parte creativa iban otra vez a donde el cliente, el cliente aprobaba, ahí se definían cantidades de producción o si había que hacer comerciales o en fin y ahí se procedía a organizar en la agencia en donde debía dirigirse cada cosa, si era producción a cotizar, si era radio televisión también a cotizar, una vez se cotizaba se le pasaba al cliente, el cliente aprobaba con 3 proveedores el costo más bajo y ahí se acordaban tiempos de entregas de los trabajos?”

Dr. Devis: Entonces solamente se cobraban o facturaba a Colombia Móvil aquellos trabajos previamente aprobados por él.

Sra. Mahecha: Claro que sí” (cdno. de pbas. 16, fls. 8 y 9).

La señora Isabel Páez ante la pregunta del Dr Orrego

“Luego que la pieza saliera al aire ¿cuál era el procedimiento?”

Respondió:

“Ahí hacíamos..., y era que primero hacíamos las piezas y después seguíamos con los procesos que tenían que ser ordenadamente, como tenían que ser que era la cotización, y la aprobación de presupuesto, entonces allí hacíamos primero el trabajo y después se aprobaba el presupuesto, por la inmediatez y las necesidades del cliente que necesitaba una respuesta” (cdno. de pbas. 16 fls. 66 y 67).

Por su parte Jimmy Alexander Baquero, consolidador de área de mercadeo de Colombia Móvil, expresó:

Dr. Devis: Cómo se configuraba una orden de trabajo al interior de Colombia Móvil en este entendimiento?

Sr. Baquero: Con la firma de la gente, cuando se solicitaba el trabajo se necesitaba tener el presupuesto firmado, si no se tenía ese presupuesto firmado no se podía proceder a nada, tendría que estar firmado siempre por la gerente de mercadeo, obviamente previo uso o aprobación del analista, director que lo haya solicitado, pero siempre lo configuraba era Teresa Parra la gerente de mercadeo en su momento.

Dr. Devis: Qué pasaba en caso de que una orden de trabajo no fuera aprobada o no tuviera el visto bueno de la señora Teresa Parra?

Sr. Baquero: Se devolvía el presupuesto porque si no lo aprobaban no tendríamos por qué tenerlo en la oficina, no se daba trámite.

Dr. Gaviria: No se daba la orden de pago?

Sr. Baquero: Nada, sin la firma de Teresa Parra no se podía pasar a ningún lado.

Sr. Baquero: En la práctica dentro de lo que debo dar fe que conozco, ellos mandan muchas propuestas, varias, podrían ser 3, podrían ser más, y de esas se escogía la que en su momento debería salir al aire, la que más gustara para que pudiera salir al aire.

Dr. Devis: Qué pasaba en el evento en que ninguna propuesta le gustara a Colombia Móvil?

Sr. Baquero: Deberían repetir el trabajo.

Dr. Devis: Y en esa oportunidad cuando tenían que repetir el trabajo facturaban por ese trabajo?

Sr. Baquero: No que tenga conocimiento.

Dr. Gaviria: DDB en ese caso no cobraba?

Sr. Baquero: No tendría por qué porque no tendríamos ninguna pieza aprobada por ninguna persona del área, el poder cobrar se configuraba de esa manera, que estuviera aprobado por alguna persona del área, el presupuesto obviamente.

Dr. Devis: En alguna oportunidad le consta que se le hayan devuelto facturas a DDB y si es así por qué razón?

Dr. Reales: Se ha dicho aquí que Ola le hacía a DDB las peticiones ya fuera por llamadas telefónicas, correo electrónico, se necesita aprobación previa, la parte de presupuesto estaba incluida aquí una vez?

Sr. Baquero: Sí, lo que pasa es que para poder ejecutar cualquier trabajo debe tener ese presupuesto aprobado, de ninguna manera podríamos nosotros darle trámite a ningún trabajo de DDB, ni ellos podrían hacerlo sino no tienen esa parte”.

Resultan también relevantes para este análisis los testimonios de Rafael de Guzmán y de Francisco Samper, quienes respectivamente expresaron:

Rafael de Guzmán:

Dr. Devis: ¿Es usual que las agencias de publicidad les cobren a sus clientes aquellos trabajos o piezas o campañas que el cliente no ha recibido a satisfacción?

Sr. De Guzman: No, no es usual, porque uno realmente esta contratado, cuando digo uno es una agencia de publicidad, está contratado para desarrollar un encargo a satisfacción, es decir, mal podría uno cobrar una campaña de publicidad o unas piezas publicitarias que no está de acuerdo con la estrategia de mercadeo del anunciante, esto como funciona es de esta manera, el anunciante tiene dentro de su compañía un departamento que se denomina departamento de mercadeo y de comunicaciones, ese departamento lo que hace todo el tiempo es estudiar sus productos para determinar cuál es la estrategia de desarrollo de su marca, de sus productos en cada caso, o de una promoción, etc., ellos tienen unos lineamientos muy claros de para donde va el producto o la marca, lo que hace la agencia de publicidad es intentar tomar los elementos de mercadeo por ellos investigados normalmente y volverlos

una campaña de publicidad, es decir materializarlos, concretarlos en una campaña de publicidad, de tal manera que si la agencia de publicidad no logra concretarlos mediante una creatividad adecuada, pues mal podría el cliente aceptarlos, y mal podría la agencia de publicidad también aceptar que no esta en concordancia con unos desarrollos y unas estrategias de mercadeo del anunciante. De tal manera que si se hacen unas piezas que no gustan simplemente, porque muchas veces es elemento subjetivo, de gusto, donde ya el esfuerzo de muchos años de las personas que están en mercadeo por pura intuición, determina que eso no es adecuado para su marco, entonces la agencia repite y repite el trabajo hasta que este a satisfacción por supuesto, jamás cobra algo que no esta a satisfacción. (pág. 8).

Sr. De Guzman: Si hay un encargo de publicidad y está a satisfacción, entonces debe ser cobrado, si no está a satisfacción no. Ahora si el cliente no lo usa o no lo utiliza con posterioridad entonces normalmente lo que se hace es un descuento porque a pesar de que se hizo una labor, se realizó una labor, el cliente no lo utilizó y por lo tanto entre comillas no hay unos derechos de autor en el medio donde se publicó que puedan ser cobrados. Porque dentro del precio que se cobra está incluido no solamente la elaboración del trabajo sino un teórico supuesto, derecho moral de autor que va a regir digamos entre los medios masivos de comunicación, entonces al no difundirse, mal podría uno cobrar una tarifa plena.

Dr. Orrego: Entonces en términos como que yo los pueda entender, lo que no se cobra es cuando las piezas quedaron mal hechas.

Sr. De Guzman: Cuando no están a satisfacción, las piezas están bien hechas, pero no están a satisfacción del cliente. ¿Le explico?

Dr. Orrego: Sí me hace el favor, que no comprendo.

Sr. De Guzman: Es decir, las piezas pueden quedar bien hechas para la agencia, no necesariamente tienen que quedar mal hechas, de hecho cuando la agencia presenta algo es porque supone que están bien hechas, ahora si el gerente no esta satisfecho pues entonces nosotros consideramos que no están bien hechas, y no las cobramos.

Francisco Samper

Dr. Orrego: Entonces si las piezas no salieron al aire como me dice usted, y no existe un acuerdo, no existen las tarifas, un acuerdo de cuanto se debe cobrar, lo normal es que las partes se pongan de acuerdo sobre el valor de esas piezas o ¿cómo se cobrarían esas piezas?

Dr. Orrego: si un cliente encarga a la agencia un trabajo y la agencia entrega ese trabajo, pero el cliente a pesar de haber encargado el trabajo desiste de utilizarlo, ¿cómo se cobra ese trabajo?

Sr. Samper: Depende de hasta que punto haya llegado y de que proceso haya seguido usted, digamos si el cliente le encargó a usted trabajó y después de realizado, y aquí hago una precisión porque es que es distinto por ejemplo un comercial de televisión a un aviso de prensa, las implicaciones que tiene hacer un comercial de televisión son muy grandes, normalmente hay que contratar terceros, hay que hacer un proceso mucho más largo, hay que dar unos anticipos grandes, entonces si un cliente decide no sacar una campaña, una vez producida, digamos un comercial de televisión, por supuesto ya ha pagado todo porque se ha llegado hasta producir el comercial si no se ha producido, simplemente hay una idea, eso la mayoría de las veces no se cobra, también depende mucho de que diga el cliente, el cliente puede decir mire no la voy a sacar ahora porque no están las condiciones de mercado dadas pero la voy a sacar más adelante.

Si lo que usted me está preguntando es por una pieza gráfica o algo de ese estilo como un aviso de prensa, un aviso de revista, una pieza de este estilo, pues normalmente lo que pasa es que si uno la hizo, y el cliente la aprobó y no la saca al aire, entonces le dice uno, bueno, pero yo ya hice mi trabajo entonces me paga el arte o el trabajo en que yo haya incurrido y el cliente normalmente lo hace, lo aprueba, porque obviamente si se generó el trabajo y esto a es un poquito también de orden interno; internamente en las agencias cuando usted manda a hacer un trabajo... que se llama una OP o una OT, que es una orden de trabajo o una orden de producción, para que uno pueda hacer el seguimiento administrativo de todo el trabajo desde que empieza hasta que se termina.

Al hacerse dentro de la agencia, y yo me imagino que en DDB es igual, al hacerse la orden de trabajo y establecerse el trabajo hasta el final, si en un momento dado se para hay unos departamentos que... y este trabajo entonces cómo se va a cobrar o qué va a pasar, entonces uno acude al cliente y le dice mire aquí está el presupuesto con el que nosotros acordamos hacer este trabajo, usted lo está parando por otras condiciones de mercado, por lo que sea, entonces por favor veamos a ver que hacemos, yo diría que eso es lo común, no es tan común que no salgan piezas, por supuesto la gran mayoría del trabajo que nosotros hacemos sale al aire finalmente, todos los anuncios (pág. 32).

De toda la prueba testimonial anterior, —que recoge el dicho de personas que participaron en la ejecución y desarrollo del contrato y el de reconocidos expertos en materia de publicidad—, el tribunal concluye, sin lugar a duda, lo siguiente:

- En la práctica, para que DBB pudiese facturar un trabajo era necesario que, por un lado, el presupuesto hubiese sido aprobado, y por el otro, que el respectivo trabajo hubiese sido recibido a satisfacción. Por consiguiente, si cumplido este proceso el trabajo no fue utilizado por Colombia Móvil por motivos ajenos a DDB, habría lugar al pago, en lo cual se observa que esta práctica concuerda plenamente con la normatividad legal que regula contratos semejantes al de publicidad entre nosotros.
- En el contrato de publicidad es común que el anunciante solicite corrección de las piezas ordenadas y que las mismas se tengan que corregir cuantas veces sea necesario por cuenta del agente hasta la plena satisfacción del primero. Confirma lo anterior, entonces, que la obligación del segundo es prestar un servicio para la ejecución de una obra aplicando su particular experticio para obtener el objeto que el anunciante requiere y no otro, como se concluye en el análisis jurídico de este contrato efectuado por el tribunal en parte anterior de este laudo. Es por esto que el anunciante tiene la facultad de rechazar un trabajo bien hecho por la simple razón de que no le gustó sin que tenga que reconocer pago alguno.
- No es inusual que un trabajo terminado y entregado a satisfacción del anunciante, pero que no haya sido utilizado por este último, se cancele por lo menos en una proporción. Pero esto deberá ser materia de un acuerdo, o de una “negociación” entre las partes. A casos como estos posiblemente se refiere la señora Teresa Parra en su declaración cuando dice que hubo trabajos que se “desarrollaron creativamente pero que nunca salieron al aire que son el objeto de esta discusión” (Supra.). Sin embargo, en ausencia de una prueba sobre un acuerdo de esta naturaleza, —que por cierto no se encuentra en parte alguna del expediente—, el tribunal considera que habría lugar al pago total solamente si llega a la plena convicción por lo demostrado en juicio que DDB efectivamente realizó el trabajo a satisfacción de Colombia Móvil.

#### **2.2.2.4. Los trabajos reclamados.**

Así las cosas, le corresponde ahora al tribunal analizar cada uno de los trabajos reclamados por DDB, con el fin de determinar si el presupuesto respectivo fue aprobado y si los trabajos fueron recibidos a satisfacción por parte de Colombia Móvil, en cuyo caso habría lugar al pago de los mismos.

Previo a abordar el análisis individual de los trabajos reclamados, el tribunal considera importante dejar claro que las órdenes de trabajo, OT, a que se hará referencia, eran creadas por DDB en virtud de las solicitudes de un trabajo por parte de Colombia Móvil. En ellas, según lo manifestó Anabella Chiossone, se registraba la historia completa del desarrollo de cada trabajo, desde su solicitud hasta su finalización.

#### **a) Producción interna**

De conformidad con el dictamen pericial, en la contabilidad de DDB existe el registro contable el registro ARO1293, del 30 de agosto de 2005, en las cuentas de orden, como derechos litigiosos, por un valor de \$ 70.100.000.

El valor mencionado comprende los siguientes trabajos:

- (i) Adhesivo backing rueda de prensa

Las pruebas relacionadas con este reclamo, en adición al dictamen pericial, obran a folios 1 a 8 del cuaderno de pruebas 11, de las cuales se concluye lo siguiente:

La respectiva OT fue abierta por DDB el 4 de noviembre de 2003, teniendo como referencia “Adhesivo Backing Rueda de Prensa”.

Con fecha 10 de noviembre del mismo año, se consigna en la mencionada OT “Favor montar presupuesto y cobrar arte mínimo”.

El 11 de diciembre de 2003, se consigna “PTO 11468 PI facturado”.

Posteriormente el 2 de noviembre de 2004, se anota en la OT “Factura anulada, este trabajo no se encontró evidencia, Eriquilla por favor procede a suspender orden”. En dicha fecha se ordena cerrar la OT.

Adicionalmente, de los correos electrónicos cruzados internamente en DDB, se evidencia que se cerró la orden de trabajo porque Colombia Móvil nunca aprobó el presupuesto, ya que exigió ver los sticker pagados al proveedor y estos no aparecieron.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro para el tribunal que el presupuesto para realizar el trabajo denominado “Adhesivo backing rueda de prensa” no fue aprobado por Colombia Móvil, toda vez que no se encontró evidencia de la constancia de pago de los stickers respectivos. Tampoco se probó que el trabajo haya sido recibido a satisfacción. Por lo anterior esta reclamación no prosperará.

(ii) Manual de marca. Es diferente a la corporativa, por un valor de \$20'000.000

En relación con esta reclamación, encuentra el tribunal que DDB abrió la orden de trabajo 15583, de fecha 2 de septiembre de 2004, teniendo como referencia “Manual de Marca”. En dicha fecha DDB ordena montar un presupuesto por un valor de veinte millones de pesos, el cual incluye la entrega de cinco manuales impresos.

El presupuesto inicial es anulado por cambio en el producto y reemplazado por el presupuesto 14664 Producto Masivo. Dicho presupuesto obra en el expediente por un valor de \$20.000.000 pero aparece sin firma, es decir que no aparece aprobado por Colombia Móvil.

La última anotación respecto de esta OT, es del 29 de abril de 2005, en la cual se consigna “Pendiente aprobación del cliente”.

Adicionalmente, obran en el expediente una serie de correos electrónicos en los cuales consta que Colombia Móvil estaba al tanto de la evolución de la elaboración del Manual de Marca y que DDB había contratado a un proveedor para el desarrollo del mismo. Igualmente, que el 25 de noviembre de 2004 se programó una reunión con Laura Santamaría de Colombia Móvil para presentar el proceso de manual de marca, sin que se conozca el resultado de la misma.

Además, adicionalmente se aportó al expediente una serie de bosquejos, artes o diseños, que obran a folios 85 a 93, sin que sea posible determinar si los mismos constituyen el manual de marca final. Tampoco aparece evidencia sobre la aprobación del presupuesto, ni sobre el recibo a satisfacción de Colombia Móvil.

Por todo lo anterior esta reclamación tampoco prosperará.

(iii) Juego OLA SMS

No existe prueba en el expediente sobre la OT de este trabajo. Sin embargo, de la prueba documental y del dictamen pericial se concluye:

De acuerdo con el acta 1 “Día nacional del SMS” del 22 de noviembre de 2004, en la cual hace un resumen de cuáles serían las condiciones del juego, cuál sería la fecha planeada para el lanzamiento y cuál el desarrollo del juego.

En el acta 2 “Día nacional del SMS”, del 29 de noviembre de 2004, se presenta un informe de la situación actual del proyecto, además, del presupuesto completo del mismo que contiene los siguientes ítems:

Producción externa	\$ 612'292.630
Producción interna	\$ 16'751.250
Costos de creatividad	\$ 50'000.000
Inversión en medios	\$ 930'733.486
Total	\$ 1.609'777.365

Existe además, un cruce de correos electrónicos, en los cuales se puede verificar el avance en el desarrollo del juego.

El 17 de enero de 2005, hay una reunión de todos los que intervienen en este trabajo, arrojando como resultado unas tareas pendientes de ejecutar, además de los responsables de cada una de ellas.

Teniendo en cuenta que no obra prueba en el expediente de lo sucedido después de la reunión del 17 de enero de 2005, en la cual quedaron pendientes la realización de ciertas tareas, ni prueba de que el presupuesto para la realización de este trabajo hubiese sido aprobado, ni que el Juego OLA SMS hubiese sido entregado a satisfacción de Colombia Móvil, no hay lugar al pago de suma alguna por este concepto.

#### **b) Producción gráfica**

Según el dictamen pericial en la contabilidad de DDB existe un registro contable del 30 de agosto de 2005, en las cuentas de orden, en la que se contabiliza el registro AR01293 como derechos litigiosos por producción gráfica, por un valor de \$3.876.430, que comprende los trabajos que se indican más adelante. Así mismo, la señora perito afirma que para los trabajos de producción gráfica no aparecen documentos de que den cuenta del recibo de los mismos por parte de Colombia Móvil.

##### **(i) Cenefa navidad**

El 18 de noviembre de 2003 se abre la orden de trabajo 11993, teniendo como referencia “Cenefa navidad”.

A folios 4 a 5 del cuaderno de pruebas 9 se evidencia que el 3 de diciembre de 2003, Anabella Chiossone solicitó realizar algunos ajustes a la Cenefa de Navidad, encaminados a usar el logo lo más grande que se pudiera en las partes superiores izquierda y derecha, indicando que era urgente para la aprobación del cliente.

El 10 de diciembre del mismo año, se deja la constancia en la OT que se anexó el presupuesto 11959PI. Más adelante se indicó “anexo pto 11959 PI orden 22192 para facturar sin pto aprobado”.

Posteriormente se anota: “pto 11959 PI facturado”.

Como última anotación de la OT se consigna la siguiente: “PTO anulado, el trabajo no se realizó”.

Teniendo en cuenta que no hay prueba del recibo a satisfacción del trabajo por parte de Colombia Móvil, aunado al hecho de que DDB consigna en la OT que el trabajo no se realizó, concluye el tribunal que no hay lugar a reconocer a pago alguno por este concepto.

##### **(ii) Camisetas 321**

Obra en el expediente la orden de trabajo 15100 de fecha 27 de julio de 2004, referencia “Camiseta 321”.

De los folios 8 y 9 del cuaderno de pruebas 9 se desprende que el 4 de agosto de 2004, se anota en la OT “Erikilla y Sandra: esto esta a la espera final de aprobación del cliente favor no facturar hasta que les avise.. o se mande a producción. gracias”. A lo anterior, Erika Viscoso contestó: “Maritzabell, te anexo pto 14089 PI, no te preocupes

que no se pasa a facturar hasta que tu no me lo entregues aprobado. gracias, Erika”.

Posteriormente, el 16 de septiembre de 2004 se consigna en la OT que la actividad quedó cancelada por lo cual ordena que no se puede facturar hasta que haya una nueva orden de renovarlo. A la anterior observación se añade “pto en stand by, hasta que se reactive el proyecto”.

Finalmente, el 2 de noviembre de 2004, se ordenó cerrar la OT.

Teniendo en cuenta que, por un lado, DDB acepta que el trabajo no se puede facturar hasta tanto no se dé una orden de renovarlo, la cual no se da y que por el otro lado, que no aparece prueba de que el trabajo haya sido recibido a satisfacción por parte de Colombia Móvil, no se accede a esta petición.

### (iii) Tapas Mc Menú

Según consta en los folios 12 y 13 del cuaderno de pruebas 9, la orden de trabajo 13993 se abrió el 30 de abril de 2004, con referencia “Diseños Tapas Mc Menú”.

El 8 de junio de 2004 en la OT se consignó : “Caro, pto pendiente de aprobación del mes pasado helppp!!!...”. A la anterior observación el 10 de junio del mismo año se ordenó que el trabajo fuera eliminado del presupuesto, ya que no se habían hecho artes y que el “diseño era muy simple”.

En esa misma fecha se anotó: “ok, pto anulado de acuerdo a instrucción anterior, Catuca por fa cierra la OT...”.

De lo consignado en la orden de trabajo se evidencia que el presupuesto no fue aprobado y que además que no se habían hecho artes. Por tal razón no se accede a esta petición.

### (iv) Agenda Presidencia por un valor de \$2´958.000.

A folios 16 y 17 del cuaderno de pruebas 9, obra la orden de trabajo 12759, abierta el 19 de enero de 2004, teniendo como referencia “agenda institucional”.

El 9 de febrero de 2004 se consigna en la OT lo siguiente: “... alejo la aprobada es la de los valores (simplicidad, transparencia, etc...)” posteriormente, el 8 de marzo de 2004 se anota “favor cerrar no se hará por costoso”.

El tribunal encuentra que no hay prueba respecto de la aprobación y entrega a satisfacción de este trabajo a Colombia Móvil. Por lo cual no se accederá a esta petición.

## **c) Trabajos realizados por el proveedor Tribal, por intermedio de DDB**

En relación con los trabajos realizados por el proveedor Tribal que reclama la parte convocante, la señora perito en su dictamen manifiesta que el 30 de agosto de 2005, en las cuentas de orden, se contabilizó el registro ARO1293 como derechos litigiosos, correspondiente a trabajos realizados proveedor Tribal, por un valor de \$14.153.526. Así mismo que los documentos que soportan dicho registro contable, corresponden a cotizaciones de Tribal DDB, por trabajos desarrollados por esta, de acuerdo con las tarifas establecidas.

Los trabajos reclamados son los que a continuación se analizan.

### (i) E-card nacimiento

En los folios 27 a 30 del cuaderno de pruebas 9 obran los documentos aportados por DDB en relación con este reclamo, en los que consta lo siguiente:

- Que la orden de trabajo 13477 de DDB fue abierta el 12 de marzo de 2004 para el medio prensa.
- Que el mismo día internamente en DDB se ordenó “desarrollar diseño para E-card motivo nacimiento bebé”.
- Con fecha 20 de diciembre de 2004, en la hoja correspondiente a la orden de trabajo en mención, se solicita actualización sobre el particular y posteriormente ese mismo día se consigna la orden “cerrar porfa”.

- Que en los datos generales de la mencionada orden de trabajo para la casilla “estado” aparece anotado “no realizado”.
- La realización de tres artes o bosquejos distintos en relación con este tema, sin que sea posible determinar si dichos trabajos constituyen artes finales aprobadas por el cliente.

Así mismo en el CD que obra a folio 25 del mismo cuaderno se aparecen piezas relacionadas con este tema.

A pesar de lo anterior, no existe prueba en el expediente que le permita al tribunal concluir que los trabajos realizados por DDB en virtud de la orden de trabajo 13477, correspondientes a “E-card motivo nacimiento bebé”, se hubiesen entregado a Colombia Móvil ni que esta los hubiese aprobado. Por el contrario, de conformidad con los datos generales de la orden de trabajo en cuestión, aparece el mismo como “no realizado”. Por lo anterior, no hay lugar al reconocimiento de esta solicitud y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

#### (ii) Factura OLA masivo

En los folios 31 a 34 del cuaderno de pruebas 9, obran los documentos relacionados con el trabajo denominado “Facturación OLA masivo” en los cuales se aprecia lo siguiente:

- Que el 10 de agosto de 2004 se abre la orden de trabajo 15307 para la elaboración de facturación OLA Masivo para el medio prensa— Producción Interna.
- Que el 18 de agosto de 2004 se hace la siguiente anotación en la hoja de orden de trabajo “Wil: anexo PTO 14185 PE y factura 1324 de Proveedor Tribal para facturar. Gracias Erika”.
- Que posteriormente el 17 de agosto de 2004 se anota en la hoja de la orden de trabajo “PTO 14185 PE facturado pend original”.
- Que el 27 de agosto de 2004 se anota “Devuelvo OT, factura anulada el cliente no aceptó”.
- Que el 2 de septiembre de 2004, se anota “PTO anulado, Cata por fa cierra la OT”.
- En el folio 33, aparece una aparece una cotización de DDB de fecha 2 de agosto de 2004, por un valor total sin IVA de \$508.125, sin firma de aprobado por Tribal ni por el cliente.

Es importante relevar que no aparece en el expediente prueba alguna de bosquejos, piezas o artes de los trabajos en mención.

Teniendo en cuenta lo anterior, así como lo dicho respecto del dictamen pericial, nuevamente encuentra el tribunal que no se probó que el presupuesto respectivo al trabajo denominado factura OLA masivo hubiese sido aprobado por Colombia Móvil, ni que esta lo hubiese recibido a satisfacción.

Por lo anterior no se accederá a esta solicitud.

#### (iii) Piezas VPN

Las pruebas relacionadas con las piezas VPN obran en el expediente a folios 36 a 38 del cuaderno de pruebas 9.

De ellas se concluye que:

- Se abrió la orden de trabajo 13829 interna de DDB el 16 de abril de 2004— Producción interna.
- El 12 de mayo del mismo año la mencionada orden de trabajo queda en stand by hasta nueva orden y el 20 de diciembre la OT se cierra.
- En los datos generales de la orden en la casilla correspondiente al estado de la misma, figura la anotación “no realizado”.

Vale la pena hacer mención a la circunstancia de que en el expediente no aparece prueba alguna de las artes o los

trabajos relacionados con Piezas VPN.

Teniendo en cuenta lo anterior, en especial que en la orden de trabajo se anotó que el trabajo no se realizó, no hay lugar a reconocimiento alguno por concepto del trabajo VPN.

(iv) Icono masivo corporativo

En el expediente, en los folios 40 a 42, obran documentos relacionados con los trabajos denominados “Icono Masivo Corporativo”, para los cuales se abrió la orden de trabajo 13105 de fecha 13 de febrero de 2004.

Según se desprende de los documentos en mención, el día 16 de febrero de 2004 se anota en OT “anexo PTO 12562PE”. Así mismo el 11 de marzo de 2004, se anota adicionalmente “Erika cancela este presupuesto porque el cliente canceló el trabajo” “trabajo cancelado x el cliente. Cata: por favor cierra la OT”.

Así mismo a folio 42 obra una cotización de DDB de fecha 11 de febrero de 2004, por un valor sin IVA de \$142.104, sin firma de aprobación por parte de Tribal ni del cliente.

En consecuencia de lo anterior, encuentra el tribunal que no se probó ni la realización de los trabajos, ni que los mismos hubiesen sido entregados a satisfacción a Colombia Móvil, razón por la cual no se accede a esta petición.

(v) Piezas Taylor Made

En relación con los trabajos denominados “Piezas Taylor Made” consta en el expediente, folio 45 del cuaderno de pruebas 9, que el 28 de abril de 2004 se abrió la orden de trabajo 13964 para el medio Prensa-Producción Interna, la cual quedó en stanby el 12 de mayo de 2005, hasta nueva orden. El 20 de diciembre de 2004 en la hoja respectiva a la mencionada orden de trabajo se anota: “cerrar porfa”.

Así mismo en la casilla correspondiente al “estado” se anotó “No realizado”.

De igual manera, a folio 47 aparece un presupuesto de Tribal DDB, de fecha 26 de abril de 2004, por valor total sin IVA de 2.301.000, sin firmar.

Igualmente en el CD obrante a folio 25 del mismo cuaderno, se pueden apreciar trabajos relacionados con las “Piezas Taylor Made”, sin que sea posible determinar si estas corresponden a artes finales o no.

Teniendo en cuenta todo lo anterior, en especial la anotación de DDB en la orden de trabajo relativa a la no realización, no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

(vi) Piezas 321

En cuanto a los trabajos denominados “Piezas 321” se probó lo siguiente:

El día 9 de julio de 2004 se abrió la orden de trabajo 14889— medio elaboración. Producción interna, para \*321 Electrónico.

En la misma fecha, en la orden de trabajo mencionada se anotó “...nosotros presentamos anoche y el cliente aprobó, entonces necesito que por favor se reúnan con Kinito y Mao para que ellos les expliquen que fue lo que vendimos, para que ustedes puedan cotizar y empezar a trabajar...por que es súperrr (sic) urgente”.

El 14 de julio siguiente se anota en la mencionada OT “El presupuesto está en manos del cliente. No nos han dado aprobación todavía”.

El 23 de septiembre se efectúa la siguiente anotación: “Luisa... pasó algo con esto??? Hasta donde se este trabajo no se hizo... me confirmas porfa! Para cerrar esta OT”.

El 5 de noviembre se anota: “esta orden se puede cerrar, se hizo pero no nos la pagaron”. En esta misma fecha se ordena cerrar la OT.

En la casilla de la OT correspondiente a “Estado” se anotó “tramitada”.

Así mismo en los folios 52 y 53 del cuaderno de pruebas 9 figuran dos artes y en el CD que obra a folio 25 también se evidencia la elaboración de trabajos relacionados con “Piezas 321”.

Teniendo en cuenta lo anterior, encuentra el tribunal que no se probó que este trabajo hubiese sido entregado a Colombia Móvil a satisfacción y por ende que hubiese sido aprobado, por lo cual no se accederá a esta petición.

(vii) Piezas pymes

Obra en el expediente que la orden de trabajo 15723 para “Piezas Pauta on Line Pymes”, fue abierta el día 14 de septiembre de 2004. El 11 de noviembre del mismo año, se anota en la orden de trabajo. “Erikita. Cancellalo porque toda la compañía corporativo se canceló”. Y “PTO anulado de acuerdo a instrucción anterior, cata por fa cierra la OT”. En la casilla “Estado” se anotó “anulada”.

Aunque hay prueba de la elaboración de trabajos adelantados en relación con este tema, como se evidencia en los folios 59 a 69 y en el CD que obra a folio 25, es claro para el tribunal que no se probó que el presupuesto respectivo se hubiese aprobado, tal y como consta a folio 58 del mismo cuaderno en el cual aparece una cotización de Tribal, de fecha 17 de julio de 2004, por un valor sin IVA de \$1.105.875, pero sin firmas y muchos menos que el trabajo hubiese sido aprobado satisfacción.

En consecuencia de todo lo anterior, esta solicitud no prosperará.

(viii) Campaña Guinness

En lo que tiene con los trabajos que DDB denomina “Campaña Guinness”, encuentra el tribunal que en relación con los mismos DDB abrió la orden de trabajo 1884, el día 16 de enero de 2004, teniendo como referencia “Guinness”. Ese mismo día en la OT se consigna la forma como se va a realizar el trabajo y se anota que “debemos presentarlo el lunes”. El 20 de enero del mismo año se anota que “El record se ha montado en [www.tribalcolombia.com/clientes/ola](http://www.tribalcolombia.com/clientes/ola)”.

Finalmente el 19 de agosto se deja la anotación “Please cierra esta ot, esto es muy viejo... muy viejo y ya no tiene vigencia... y finalmente no se desarrollo el trabajo”. A pesar de la anterior anotación, en la casilla “Estado” se consignó “facturada”.

Por lo anterior, ante la anotación de DDB relativa a que “finalmente no se desarrollo el trabajo” y ante la ausencia de prueba de aprobación del presupuesto y del recibo a satisfacción del trabajo por parte de Colombia Móvil, no se accede a este petición.

(ix) E-mail cliente misterioso

Sobre esta reclamación tan solo aparecen como pruebas algunos bocetos o alternativas que obran a folios 69 a 77 del cuaderno de pruebas 9 y el CD que obra a folio 25. Por lo tanto no existe prueba que este trabajo hubiese sido recibido a satisfacción por Colombia Móvil, razón por la cual no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

## **d) Trabajos eliminados**

### **1. Consideraciones previas sobre el material probatorio obrante en el proceso.**

#### **a) El dictamen pericial.**

En el dictamen pericial rendido en este proceso, en relación con los denominados ”trabajos eliminados” se dijo:

“De acuerdo con la contabilidad de DDB Worldwide Colombia S.A., existe un registro contable del 30 de agosto de 2005, en las cuentas de orden, en la que se contabiliza el registro AR01293 como derechos litigiosos, Trabajos Eliminados, por valor de \$41’561.750.

Dicho monto y de acuerdo con los documentos que soportan el registro contable, corresponden a aquellos trabajos que fueron desarrollados por DDB, solicitados por Colombia Móvil S.A. ESP, para las campañas de OLA, y que no fueron facturados a Colombia Móvil, por haber sido eliminados y no aprobados por esta”.

Adicionalmente la señora perito encontró que no hay documento alguno dando cuenta del recibo a satisfacción de estos trabajos por parte de Colombia Móvil de manera que, en forma coherente con los análisis jurídicos y los testimonios efectuados previamente, el tribunal podría concluir en forma general que no hay lugar al pago de ninguno de los “trabajos eliminados”. Fuera de que el solo enunciado del concepto induce a pensar, en principio, que un trabajo se “elimina” porque no sirve y por tanto debe prescindirse del mismo<sup>(59)</sup>. Sin embargo, no puede el tribunal llegar a esta conclusión sin hacer un análisis de otro elemento probatorio que encuentra en el proceso y al que enseguida hace referencia.

**b) El anexo 1. “Copia auténtica: Cuadro donde se enumeran los artes finales entregados a Colombia Móvil por parte de DDB durante la ejecución del contrato, elaborado por Colombia Móvil”.**

En relación con los “trabajos eliminados”, así denominados por la convocante en la demanda, en el expediente obra, a folios 88 y 89 del cuaderno de pruebas 1, el anexo 1 aportado por Colombia Móvil con la contestación de la demanda, que tiene el nombre específico de “Copia auténtica: Cuadro donde se enumeran los artes finales entregados a Colombia Móvil por parte de DDB durante la ejecución del contrato, elaborado por Colombia Móvil”. Este nombre desde luego que conduce a pensar que se trata de trabajos que DDB realizó y entregó a Colombia Móvil, pues al haber sido elaborado por esta, no cabe duda que sí fueron ejecutados; no obstante, por sí solo el título del documento no es suficiente para demostrar que fueron “aprobados” a satisfacción de Colombia Móvil y, por tanto, sujetos al pago del precio.

Para el tribunal, la importancia de este documento no se puede dejar pasar por alto porque, como se dijo, fue aportado por el apoderado de la parte convocada, quien con ello esperaba demostrar que los trabajos no se usaron y por tanto no había que pagarlos. Pero aparece también aportado por la convocante, aunque sin anotaciones ni referencias sino como una pieza documentaria que en sí misma nada dice pero que en términos generales coincide en apariencia y contexto con el aportado por la convocada. Además, como lo subrayó el tribunal al referirse a las afirmaciones del apoderado de la convocante en su alegato de conclusión (supra), para este, el documento es la “prueba contundente de las órdenes dadas por Colombia Móvil para la realización de los trabajos (...), entre los cuales solamente dos de ellos no fueron aprobados por no ser buenos”.

En vista de todo lo anterior, y teniendo en cuenta que es al tribunal a quien le corresponde evaluar las pruebas que obran en el expediente, su criterio respecto de dicho documento, al que las partes le dan señalada importancia, es que se debe estudiar y su contenido se ha de analizar sin perder de vista que en dicho contenido hay expresiones y anotaciones a mano (sin firma responsable) que no son uniformes y se prestan a distinta interpretación. Por eso, considera que el documento per se no dará lugar a declarar el pago de trabajos autorizados sino en la medida que pueda apreciarse con otros elementos de prueba, como las OT, las declaraciones de testigos y el comportamiento de las partes, que conduzcan al tribunal al íntimo convencimiento que esos trabajos fueron realizados y aprobados por Colombia Móvil, aunque finalmente no hubieran sido utilizados o hubieran salido al aire.

**2. Análisis de los “trabajos eliminados”.**

A continuación el tribunal procede a analizar los distintos trabajos en el mismo orden en que aparecen citados por la parte convocante en la demanda.

(i) Locutorios

• Sticker

Orden de trabajo 11124

Fecha: 29/09/2003

Referencia: sticker locutorios

A folios 15 a 24 del cuaderno de pruebas 10, además de la información anteriormente relacionada, se encuentra la siguiente:

En la fecha de apertura de la OT se solicita diseñar un sticker para los locutorios o cabinas de teléfonos.

El 1º de diciembre de 2003 en la mencionada OT se anota que se entregan los bocetos de stickers, afiche y tent card y más adelante, el 12 de diciembre de 2003, se informa que debían vender la idea del texto que ya se hizo.

Para el 15 de diciembre de 2003 se deja la constancia en la OT que “entregó todas las piezas con los ajustes solicitados, espero comentarios”. Y el 27 de enero de 2004 se anota que se entregaba la impresión del afiche y display para aprobación final.

El 18 de marzo de 2004 se anota “niños. tal como quedamos... retomamos esta OT para hacer una nueva propuesta y arrancar de cero...”.

Después de efectuar varios cambios en las propuestas, el 7 de abril de 2004 se deja la constancia en la OT que se entregaron las especificaciones impresas y que el diseño cambia un poco por el cambio de material y se preguntan si el cliente estará de acuerdo.

Finalmente, el 17 de agosto de 2004 se deja la siguiente anotación en la OT “por obvias razones no quiero volver a ver esta OT”.

Adicionalmente, en los folios 21 a 24 del cuaderno de pruebas 10, obran documentos con algunas artes, piezas o bosquejos.

Ahora bien, en el anexo 1, aparece relacionado este trabajo, al cual se le asigna un valor de \$100.000 y en la columna correspondiente a “estado” se consigna “Se aprobó y no se produjo”.

La evaluación de las pruebas anteriores efectuada por el tribunal no permite concluir con certeza que el trabajo, si bien aparentemente aprobado, se efectuó, por cuanto consta que “no se produjo”. Además, la parte convocante tampoco aportó prueba alguna que conduzca al tribunal a deducir, más allá de cualquier duda, que la no producción a que alude el anexo 1 significa que Colombia Móvil aprobó el trabajo pero que no se usó. De suerte, pues, que ante la deficiencia de la prueba, el tribunal no podrá acceder al pago solicitado por este concepto.

- Muestras placa locutorios

Orden de trabajo 12159

Fecha: 25/11/2003

Referencia: muestras placa locutorios

A folios 25 a 27 del cuaderno de pruebas 10, y en lo que hace referencia a esta OT, se puede concluir que en ella se dejó la constancia de que se ordenó cotizar placas de metal que irán en las cabinas de teléfono, afiches y Tent Card, el día 25 de noviembre de 2003.

Así mismo que el 3 de diciembre de 2003, se entregaron las cotizaciones que fueron solicitadas; sin embargo en comunicación del 6 de enero de 2004, se anota: “Jorge: debemos volver a cotizar este trabajo, porque el tamaño cambio...”.

Teniendo en cuenta lo anterior, se envió una nueva cotización de acuerdo al nuevo tamaño, el día 9 de enero de 2004. No obstante, el 4 de febrero de ese mismo año, se señaló: “Cata: te dejo esta OT en tu poder por lo que te conté... el trabajo queda en stand by”.

Por último, el 19 de marzo de 2004 se anota en la OT: “Cata: otra vez. esta ot mejor cerrémosla, vamos a hacer una nueva propuesta...”.

En el folio 28 del cuaderno de pruebas 10 se encuentran los valores de producción gráfica de la orden de trabajo

antes descrita; sin embargo, ese documento en el espacio para firmas no aparece firmado. Adicionalmente en los folios 29 a 36 constan dos cotizaciones debidamente firmadas por las firmas cotizantes, sin que aparezca que las mismas hubiesen sido aprobadas por Colombia Móvil.

Ahora bien, en el anexo 1 aportado por Colombia Móvil en relación con esta reclamación, se le asigna un valor de \$240.000, sin embargo en la columna “Estado” se anota a mano “no se hizo el proyecto”.

Teniendo en cuenta que no aparece prueba que Colombia Móvil hubiese recibido a satisfacción este trabajo, ni que se hubiese aprobado el presupuesto respectivo, no se accede a esta petición.

- Producción pieza locutorios

Orden de trabajo 13732

Fecha: 07/04/2004

Referencia: producción pieza locutorios

Según consta a folios 31 a 32 del cuaderno de pruebas 10, el 7 de abril de 2004, en la OT se deja consignado que se solicitaron tres cotizaciones de la producción de unas piezas que se ubicarían en las cabinas telefónicas. En comunicación del 15 de abril de 2004 se anota que se envían esas cotizaciones.

En la OT aparece que el 15 de abril de 2004 se pregunta si las cotizaciones anteriormente enviadas cuentan con las mismas especificaciones para los tres proveedores, ya que Colombia Móvil manifestó que si no fue así entonces no hay manera de comparar precios.

A la pregunta anterior se contesta el 16 de abril de 2004 que: “... a los proveedores se les entregó láser con especificaciones y medidas...”.

El 17 de agosto de 2004, se anota en la OT: “... voy a cerrar esta ot... aspiro que nunca se haga este trabajo...”.

En el folio 33 del cuaderno de pruebas 10 consta una discriminación de los valores de producción gráfica de la orden de trabajo de la referencia y a folios 33 a 36 constan tres cotizaciones debidamente firmadas por las personas cotizantes, sin que haya prueba de la aprobación de las mismas por parte de Colombia Móvil.

Vale la pena anotar que en el anexo 1 no se encuentra incluido este trabajo.

Teniendo en cuenta lo consignado en la OT, es evidente que el trabajo correspondiente a piezas locutorio finalmente no se realizó y por lo tanto que no hay lugar a pago alguno por este concepto.

- Protector terminales

Orden de trabajo 12030

Fecha: 19/11/2003

Referencia: protector terminales

En los folios 39 y 40 del cuaderno de pruebas 10, en relación con la OT mencionada, se encuentra una anotación con fecha 23 de enero de 2004 en la que indica que “entregué propuesta definitiva con base en observaciones de la última reunión ETB”. Más adelante, Paola Torrenegra envió una comunicación el día 2 de marzo de 2004, en la que dijo haber entregado la presentación completa a Catalina Mahecha para que ella procediera a insertar las tablas de cotización.

El 10 de junio de 2004 se deja la constancia en la OT que: “...Yo creo que de esto deberíamos facturar algo...”.

El 23 de junio de 2004 se informa que el presupuesto 13665PI estaba anulado y en su reemplazo iría el 13668PI por cambio en el producto. Más adelante, el 14 de julio de 2004, se anota que: “PTO pendiente de aprobación

desde el 23 de junio”.

A folio 41 del cuaderno de pruebas 10, obra un “presupuesto de producción interna” totalizado en \$290.000 y firmado por el departamento administrativo, la ejecutiva de cuenta y por el cliente. A folio 42 se encuentra una copia de un arte.

Así mismo en el anexo 1 tantas veces mencionado, a este trabajo se le asigna un valor de \$350.000 y en la columna correspondiente al Estado aparece: “Se desarrollaron 3 propuestas y se desarrollo prototipo, el cual fue aprobado, material cotizado” y a mano se anota: “ETB no concretó la propuesta. No dieron el OK”.

El tribunal observa que la aprobación de un presupuesto no significa la ejecución del trabajo presupuestado como aparece en varios de los testimonios recibidos. Por otra parte, también se observa que en el dictamen pericial (Pág. 2 del anexo 1) se describe el trabajo que debía realizar DDB, así: “Consistía en el desarrollo de un elemento que permitiera proteger los móviles que utilizaran los empleados de las áreas técnicas, de caídas y de golpes, además del diseño de seguridad”.

Además, de los documentos estudiados se concluye que la aprobación de la ejecución del trabajo se delegó en un tercero, la ETB.

Por consiguiente, no habiéndose demostrado que DDB realizó el trabajo y, antes bien, siendo evidente que ETB no aprobó la propuesta, el tribunal considera que no existe prueba suficiente que lo lleve a concluir que el pago solicitado sea reconocido.

Por tanto, el tribunal no accederá a esta petición.

(ii) Piezas VPN

• Campaña VPN

Orden de trabajo 12453

Fecha: 12/12/2003

Referencia: campaña VPN

A folios 59 a 65 del cuaderno de pruebas 10, consta que el 12 de diciembre de 2003 se anota en la OT la solicitud de Colombia Móvil encaminada a desarrollar una campaña para promover el servicio de VPN.

El 14 de enero de 2004 se consigna que “...debemos volver a hacer esta (sic) trabajo...”. Y se anota que en DDB los avisos, ayudaventas, y folletos con nuevos textos para aprobación final se entregaron el 29 de enero de 2004.

Después de varios ajustes a los trabajos, el 8 de marzo de 2004 se anota: “... debemos hacer un listado con todas las piezas que presentamos para esta campaña ... yo reviso y voy pidiendo firmas por parte del cliente...” y el día 14 de abril de 2004, se dice que las piezas le habían gustado al cliente pero que resultaron ser muy costosas, por lo que había que pensar en algo menos costoso.

Finalmente, el 9 de julio de 2004 Carolina Ramírez comunicó que: “cerremos esta OT.. este trabajo no se hace con la nueva estructura de Ola compañía...”.

En lo que tiene que ver con lo consignado en el anexo 1 en relación con este trabajo encuentra el tribunal que aunque aparece relacionado el trabajo VPN, dentro de las piezas que corresponden a dicho trabajo no aparece una mención específica a “Campaña VPN”.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en especial a la última anotación de la OT, en el que se dice que este trabajo no se hace, y que no existe prueba sobre la aprobación del mismo por parte de Colombia Móvil, no se accede a esta petición.

• Campaña VPN

Orden de trabajo 12453

Fecha: 12/12/2003

Referencia: campaña VPN

A folios 66 a 67 del cuaderno de pruebas 10, en la OT consta que Colombia Móvil requería un diseño del formato para la solicitud del servicio VPN. Más adelante, se anotó: "...cerremos esta ot.. gracias a dios esto no se va hacer...".

En el anexo 1, como ya se dijo, aparece relacionado el trabajo VPN, dentro de las piezas que corresponden a dicho trabajo aparece la correspondiente a formato solicitud servicio por un valor de \$218.250. S sin embargo en la columna "Estado" tan solo se consigna que "se hicieron varios ajustes", sin que conste prueba alguna sobre su aprobación.

Teniendo en cuenta lo anterior, y en especial la última anotación en la OT, relativa a que "esto no se va hacer" y que no existe prueba sobre la aprobación del mismo por parte de Colombia Móvil, no se accede a esta petición.

- Folleto administrador OLA VPN

Orden de trabajo 13685

Fecha: 01/04/2004

Referencia: folleto administrador OLA VPN

A folios 68 a 69 del cuaderno de pruebas 10 consta que el 1° de abril de 2004 se consigna en la OT que se necesita un folleto de administrador OLA. Posteriormente, el 21 de enero de 2005 aparece que: "... este si que menos va funcionar... así que cerremos...".

En el anexo 1 en relación con el folleto VPN se indica en la columna "Estado": "En poder del cliente".

Por lo anterior, es evidente que ante la ausencia de prueba, esta solicitud no puede prosperar.

- Nueva referencia aviso administrador OLA VPN

Orden de trabajo 13740

Fecha: 07/04/2004

Referencia: nueva referencia aviso administrador OLA VPN

A folio 70 del cuaderno de pruebas 10 consta que el 7 de abril de 2004, se solicita nuevas propuestas de una nueva referencia de aviso para administrador OLA. Más adelante, el 31 de mayo de 2004 se indicó: "...cerremos esta ot, cuando se defina la campaña de corporativo vemos si se hace o no...".

Ahora bien en el anexo 1, en relación con los trabajos VPN aparece una pieza denominada Aviso Revista, por un valor de \$486.750, sobre la cual se anota: "Tres caminos, se aprobó standby", sin que sea posible para el tribunal determinar si esta anotación corresponde a la OT aquí analizada.

Teniendo en cuenta lo anterior, ante la ausencia de prueba que conduzca a la certeza sobre el hecho, no hay lugar a acceder a esta pretensión.

- Cotización campaña VPN

Orden de trabajo 12979

Fecha: 05/02/2004

Referencia: cotización campaña VPN

A folios 71 a 74 del cuaderno de pruebas 10, en la OT consta que el 5 de febrero de 2004 se solicita la cotización de tres piezas. Posteriormente el 2 de marzo de 2004 se solicitó que las mismas fueran recotizadas, porque como más adelante explica en comunicación del 3 de marzo de ese mismo año, las cotizaciones resultaron muy caras.

El 4 de marzo de 2004 se ordena “cerremos esto...”.

A folios 75 a 95 del cuaderno de pruebas 10 aparecen copias de varias cotizaciones y recotizaciones sin aprobación por parte de Colombia Móvil.

Este ítem no aparece relacionado en el anexo 1.

Teniendo en cuenta que aparece demostrado que no hubo aprobación de Colombia Móvil, no se accederá a esta petición.

- Cotización hojas ayudaventas VPN

Orden de trabajo 12970

Fecha: 04/02/2004

Referencia: cotización hojas ayudaventas VPN

A folios 96 a 97 del cuaderno de pruebas 10, en la OT consta que el 4 de febrero de 2004 se solicitó la cotización de los elementos indicados en la referencia. Y el 8 de marzo se ordena recotizar. Más adelante, el 31 de mayo de 2004 se ordena cerrar la OT hasta tanto se reactive el tema.

A folios 98 a 109 se encuentran copias de las cotizaciones y recotizaciones efectuadas, sin firma de aprobación de Colombia Móvil.

Adicionalmente, en el anexo 1 en relación con este trabajo se anota “boceto en poder del cliente”.

Teniendo en cuenta que no aparece demostrado que hubo aprobación de Colombia Móvil no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

### **Comentario general sobre los trabajos VPN.**

El tribunal deja constancia en este punto que al apreciar el testimonio de la señora Teresa Parra se desprende que hubo trabajos sobre VPN, sin que quede claro ni el alcance ni su conclusión a satisfacción de Colombia Móvil. Por tanto, y después de efectuar la evaluación probatoria del anexo 1 antedicha, cuya conclusión es que en sí mismo dicho anexo no permite adquirir certeza sobre si los trabajos fueron aprobados por Colombia Móvil, no hay suficiente evidencia, aún evaluándolo de manera conjunta con el testimonio de la señora Parra sobre el particular, que sea suficiente, a juicio del tribunal, para deducir con certeza plena que tales trabajos realmente fueron concluidos a satisfacción.

De manera que este testimonio en nada cambiará la resolución del tribunal.

(iii) Piezas Tailor Made

- Hojas Ayudaventas Tailor Made

Orden de trabajo 12660

Fecha: 08/01/2004

Referencia: hojas ayudaventas Taylor Made

A folios 117 a 120 del cuaderno de pruebas 10 consta que, con fecha 8 de enero de 2004, en la OT se anota que se

tiene que diseñar una hoja de ayudaventas con el tema Tailor Made. El 19 de marzo de 2004 se consiga que el plan de Taylor Made se cambió todo, por lo que deben hacer un ayudaventas y un folleto nuevo. Finalmente, en la misma OT se informa que: "...cerremos esta ot vamos a unificar en una sola...".

Ahora bien, en lo que tiene que ver con el contenido del anexo 1, en relación con este trabajo encuentra el tribunal que al mismo se la asigna un valor de \$525.000 y que en la columna "Estado" se anotó: "ok". Adicionalmente, a mano (sin firma responsable), en relación con todas las piezas correspondientes a Tailor Made se anota: "El producto no se ha lanzado. El plan no es 100 funcional y va a tener cambios si se lanza".

El tribunal observa que solamente se anota la expresión "O.K" en términos cuyo alcance no proporciona certeza sobre su significado. No se sabe si se refiere a las cotizaciones, o a la aprobación del presupuesto que aparece en la OT o a un producto terminado el cual "va a requerir cambios si se lanza", como observación general. Como se dijo en su oportunidad, parte de los riesgos comerciales propios que debe asumir el agente de publicidad es cambiar su trabajo cuantas veces sea necesario hasta satisfacer plenamente el objetivo que el anunciante persigue. De manera, pues, que en este caso, parece que si bien hubo "un producto", no se probó la aprobación de Colombia Móvil y de la simple expresión "O.K" mal pudiera concluirse lo contrario.

El tribunal no accederá al pago solicitado.

- Campaña Tailor Made

Orden de trabajo 13083

Fecha: 12/02/2004

Referencia: campaña Tailor Made

A folios 121 a 123 del cuaderno de pruebas 10 obra una anotación en la OT de fecha 12 de febrero de 2004 en la que informa que esa OT debe abrirse nuevamente.

Posteriormente el 30 de julio de 2004 se anota que el presupuesto estaba aprobado y que por favor procedieran a facturar. Así las cosas, el 2 de agosto de 2004, se indicó: "pto13965 PI facturado".

A folio 124 obra el "presupuesto de producción interna" en el que se totaliza un valor de \$417.600 firmado por el departamento administrativo, la ejecutiva de cuenta y el cliente.

En el anexo 1 no se hace mención específica a este trabajo, aunque sí se hace una referencia general a Tailor Made, con la anotación a mano "No se ha lanzado. El plan no es 100% funcional y va a tener cambios si se lanza".

Teniendo en cuenta que solamente aparece demostrada la aprobación del presupuesto pero no se acredita la entrega a satisfacción del trabajo, el tribunal encuentra que no hay prueba suficiente para reconocer el pago y, por tanto, no accederá al mismo.

- Cotización cinturones Tailor Made

Orden de trabajo 12925

Fecha: 30/01/2004

Referencia: cotización cinturones Tailor Made

A folios 125 a 126 del cuaderno de pruebas 10, consta que en la OT que el 30 de enero de 2004 se solicita cotizar la producción de 600 y 1000 cinturones de cuero con el logo de OLA. Posteriormente, el 2 de marzo de 2004 aparece que: "...cerremos esta ot el trabajo no se va hacer...".

A folio 128 se encuentra una copia de las cotizaciones resumidas en un cuadro del departamento de producción interna. Además este trabajo no aparece relacionado en el anexo 1.

Teniendo en cuenta que el trabajo no se hizo, no se accede a esta petición.

- Cotización ayudaventas Tailor Made

Orden de trabajo 12972

Fecha: 04/02/2004

Referencia: cotización ayudaventas Tailor Made

A folios 128 a 129 del cuaderno de pruebas 10 obra una comunicación de Carolina Ramírez en la que solicita una cotización de los elementos de la referencia, de fecha día 4 de febrero de 2004. Posteriormente, manifestó el 31 de mayo de 2004 que la OT debería cerrarse.

Se anota que sobre este trabajo no aparece relacionado en el anexo 1

Nuevamente ante al ausencia de prueba no se accederá a esta solicitud.

- Cotización invitación Tailor Made a su medida.

Orden de trabajo 13158

Fecha: 17/02/2004

Referencia: cotización invitación Tailor Made a su medida.

A folios 138 a 140 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT correspondiente en la que se pide cotizar la producción de 200 tarjetas. Con posterioridad, el día 6 de agosto de 2004 solicitó cerrar la OT indicando “Este trabajo no se va hacer”.

En el folio 145 de ese mismo cuaderno de pruebas, aparece un cuadro del departamento de producción externa con el resumen de las cotizaciones, firmado por el departamento de producción y una nota sobre la firma del cliente que indica: “Dada la urgencia se pasan datos telefónicos”. En los folios 141 a 144 y 146 obran las cotizaciones solicitadas.

En el anexo 1 no aparece el trabajo “Taylor Made a su medida”. Aparece sí una “invitación a asesores”, que fue aprobada, pero no puede saberse a ciencia cierta a qué corresponde y la parte convocante no hizo esfuerzo probatorio alguno que permita aclararlo. Lo mismo puede concluirse respecto de los conceptos “formato solicitud”, “folleto”, “aviso revista” y “aviso prensa” sobre los cuales no existe constancia alguna de aprobación.

Por consiguiente, teniendo en cuenta que del material probatorio aportado no es posible deducir con certeza que este trabajo fue concluido y entregado a satisfacción de Colombia Móvil, no hay lugar al reconocimiento al pago del mismo y así se declarará en la parte resolutive de este laudo.

(iv) Campaña OLA distrito

Orden de trabajo 12994

Fecha: 05/02/2004

Referencia: campaña OLA distrito

A folios 148 a 149 del cuaderno de pruebas 10 obra una comunicación de Carolina Ramírez en la que informa que debe realizarse una campaña para ese producto de OLA.

El 3 de enero de 2004 Silvia Henao hizo entrega de las piezas. Finalmente el 8 de junio de 2004 se ordenó cerrar la OT porque “este trabajo no se va hacer porfa cerremos la ot:”.

Para el tribunal se corrobora la anotación en el documento anterior, es decir, en la OT preparada por DDB, en el

sentido que el trabajo no se hizo porque en el anexo 1 se dice que “se aprobó el presupuesto y no se produjo”, insertando a mano además que “el plan no se lanzó”.

Por consiguiente, del material aportado no es posible deducir con certeza que este trabajo se ejecutó y mucho menos que fue aprobado por Colombia Móvil. El tribunal no accederá al pago del mismo.

(v) Piezas soluciones integrales

- Campaña solución integral de comunicaciones

Orden de trabajo 12527

Fecha: 17/12/2003

Referencia: campaña solución integral de comunicaciones

A folios 151 a 155 del cuaderno de pruebas 1, consta que en la OT, el 17 de diciembre de 2003, se informa que debe desarrollarse una campaña dirigida a los empleados de las empresas del país que sean clientes de OLA. Después de varios ajustes, observaciones y correcciones, el 26 de abril de 2004, en la OT se anota: “Presupuesto aprobado. Favor facturar”.

Nunca se lanzó la campaña y el 3 de mayo se consigna: “PTO 130074 PI”

En el anexo 1 en relación con este trabajo, se le atribuye un valor de \$4.000.000 y en la columna “Estado” se anota: “Se aprobó nunca se produjo”. Y a mano “No se lanzó la campaña. No hubo ofer”.

De la evaluación de los documentos anteriores, para el tribunal no hay certeza de si el trabajo se realizó o no y mucho menos de que Colombia Móvil lo hubiera recibido a satisfacción. Por lo tanto, no habrá lugar a reconocer el pago solicitado.

(vi) Piezas enlace

- Campaña enlace OLA

Orden de trabajo 12995

Fecha: 05/02/2004

Referencia: campaña enlace OLA

A folios 160 a 161 del cuaderno de pruebas 10 obran, en la que consta la OT, se evidencia que se diseñó la campaña para promocionar el enlace OLA en las empresas, a través de ayudaventas y aviso, el cual fue aprobado y convertido a volante. Se requirió de una nueva propuesta porque no fue aprobada la foto.

En la última anotación de la OT, de fecha 21 de enero de 2005, se dice: “Cerremos esta OT... este producto nunca va a funcionar”.

En el anexo 1, aunque aparece el trabajo enlace, en las piezas que lo conforman no figura “Campaña Enlace Ola”.

Por lo tanto, al no existir prueba de la aprobación del presupuesto ni del recibo a satisfacción de Colombia Móvil de este trabajo, no hay lugar a reconocimiento alguno.

- COT piezas OLA enlace

Orden de trabajo 13378

Fecha: 04/03/2004

Referencia: COT piezas OLA enlace

A folios 162 a 165 del cuaderno de pruebas 10 obran comunicaciones en las que se evidencia que se solicitó la cotización de volantes, correo juego de puntillas, correo infinito, todo de acuerdo con las muestras diseñadas. Se adjuntan cotizaciones de proveedores. Dicha orden de trabajo fue cerrada, el día 23 de septiembre de 2004, con la anotación “esto tampoco se va hacer”.

En los folios 166 a 182 de ese cuaderno obran las copias de las cotizaciones de las piezas. En el anexo 1 en relación con la pieza volante no hay anotación alguna en la columna “Estado”. A mano se anota: “El producto no se salido todavía”.

Por lo tanto, para el tribunal no se probó que el trabajo haya sido hecho, ni que haya sido recibido a satisfacción por Colombia Móvil. No habrá lugar a reconocer el pago.

- Campaña conferencia telefónica

Orden de trabajo 12449

Fecha: 12/12/2003

Referencia: campaña conferencia telefónica

En relación con ese trabajo, el apoderado de DDB en sus alegatos de conclusión, folio 206 del cuaderno de principal 2, manifiesta que el mismo no fue aprobado, lo que implica una confesión por apoderado, y por lo tanto no hay necesidad de entrar a analizar en detalle este trabajo, a cuyo pago no se accederá.

(vii) Piezas Ola control

- Campaña OLA compañía control

Orden de trabajo 13016

Fecha: 09/02/2004

Referencia: campaña OLA compañía control

A folios 194 a 195 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT relacionada de la que se desprende que se diseñó un aviso, el cual no fue aprobado por costoso. Se diseñó uno nuevo con los ajustes requeridos. La OT se cerró con la anotación: “Como era de suponerse este trabajo no se va hacer”.

Así mismo, en los folios 196 a 198 de ese mismo cuaderno se evidencian piezas de esa campaña.

Teniendo en cuenta que el documento de DDB, o sea, la OT, expresa claramente que este trabajo no se va a hacer y que del anexo 1 no puede deducirse que el mismo se hubiere ejecutado y recibido a satisfacción de Colombia Móvil, el tribunal no accederá al pago.

- COT tarjetas OLA control

Orden de trabajo 13243

Fecha: 24/02/2004

Referencia: COT tarjetas OLA control

A folios 199 a 201 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT de la que se concluye que se diseñó el arte de las tarjetas, y se solicitaron las cotizaciones de la impresión. La OT fue cerrada, porque “El trabajo no se va hacer”.

En el folio 202 de ese mismo cuaderno obra una copia de un cuadro con el resumen de las cotizaciones sin firma ni aprobación alguna.

En el anexo 1 ni siquiera se hace referencia a este trabajo.

Teniendo en cuenta lo anterior el tribunal no accederá al pago.

(viii) Piezas Roaming

- Piezas Roaming Tiendas

Orden de trabajo 14842

Fecha: 07/07/2004

Referencia: piezas roaming tiendas

A folios 207 a 210 del cuaderno de pruebas 10 obran comunicaciones dentro de la OT, que incluye la pieza portatiquetes, de las que se desprende que se efectuó el diseño de los trabajos de acuerdo con los cambios sugeridos. Sin embargo, no existe prueba de que el trabajo final haya sido recibido a satisfacción.

En el anexo 1 se le asigna un valor de \$200.000 a la pieza portatiquete y en la columna "Estado" se anota: "se presentaron propuestas ajusto y no se hizo". A mano se anota "Logística complicada".

De lo anterior es evidente que el trabajo no fue recibido a satisfacción por Colombia Móvil y, por tanto, no habrá lugar a acceder a la petición de pago.

(ix) Piezas campaña interna integración vendedores

Orden de trabajo 12644

Fecha: 07/01/2004

Referencia: campaña integración vendedores

Según consta en la OT, folios 213 a 215 del cuaderno de pruebas 10, la misma se inició el 4/01/2004, diseñando las artes de los elementos requeridos; se diseñaron varias alternativas por no haber sido aprobada la camiseta. En la anotación de fecha 13 de mayo de 2005, se dice "PTO aprobado. Favor Facturar". Y más adelante "Facturado".

A pesar de lo anterior, no existe prueba de que dicho presupuesto fuera aprobado. Adicionalmente en el anexo 1 en relación con las Piezas Roaming solo se dice que se presentó y cotizó toda la actividad, pero no que la misma hubiese sido aprobada. Por lo tanto, ante la ausencia de prueba sobre la aprobación del trabajo, no se accederá a esta solicitud.

(x) Piezas Campaña Pymes

- Campaña Pymes

Orden de trabajo 12360

Fecha: 09/12/2003

Referencia: campaña Pymes

A folios 219 a 223 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT en mención de la que se puede concluir que el trabajo se debía desarrollar a través de una campaña conceptual y gráfica y que se fue desarrollando efectuando los cambios que se iban solicitando. La orden de trabajo se cierra el 3 de julio del 2004 porque, según se anota "esta ot nada de la está aquí se va hacer voy abrir una OT nueva para hacer todo de cero".

En los folios 224 a 225 se evidencian piezas de la anterior campaña.

En el anexo 1 se le asigna un valor a este trabajo de \$973.500 y \$300.000 y en la columna "Estado" se dice: "Se presentaron fueron aprobados" y en el reglón siguiente "aprobado material cotizado", y a mano "se cancelaron las piezas de pymes x no ser rentables".

La OT, documento de DDB, claramente indica que “nada se iba a hacer”, sin que aparezca prueba alguna que dicha OT se volvió a abrir “para hacer todo de cero”. Por otra parte, el anexo 1 no contiene una expresión coherente de lo realmente ocurrido, por lo cual es a toda luz evidente que el material probatorio aportado no ofrece certeza al tribunal para acceder al pago solicitado.

(xi) Free Cards Planes

Orden de trabajo 14650

Fecha: 22/06/2004

Referencia: Free Cards Planes

Según la OT, que obra a folio 228 del cuaderno de pruebas 10, el 23 de junio de 2004 se imprimieron los trabajos y se esperan correcciones de Colombia Móvil.

El 24 de agosto de 2004 se orden “ Cerremos esta OT, Adivina...”.

En el anexo 1 se dice que dichos trabajos “se adaptaron 3 nuevas referencias y no se produjeron”.

Teniendo en cuenta que no hay evidencia que este trabajo se hubiese aprobado, no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

(xii) Piezas Ola a la carta

- Aviso OLA a la carta empresarial

Orden de trabajo 15492

Fecha: 26/08/2004

Referencia: aviso OLA a la carta empresarial

A folios 231 a 232 del cuaderno de pruebas 10 obran las comunicaciones de la OT de las que se puede concluir que se presentaron dos propuestas, de acuerdo con lo requerido por OLA, pero la orden fue cerrada.

En el folio 233 se evidencia una pieza de esa campaña.

En el anexo 1 se habla de OLA a la carta, sin que sea fácil determinar si hace referencia a esta OT denominada “Aviso OLA a la Carta Empresarial”. Se dice que se hicieron 3 caminos que se “aprobó y no entró a arte”. A mano se dice “creo que si se hizo”.

El tribunal encuentra que, por una parte, la OT de DDB fue cerrada. Por la otra, el anexo 1 permite concluir que si bien hubo una aprobación, el trabajo ni siquiera entró a arte y tampoco se sabe si corresponde a la OT de este concepto. La afirmación anotada respecto de haberse hecho el trabajo no es asertiva ni conclusiva. Por tanto, el tribunal no encuentra prueba suficiente que lo conduzca a deducir con certeza que el trabajo se hizo y que fue aprobado por Colombia Móvil. Por consiguiente, no se accederá al pago.

- Nombre OLA a la carta

Orden de trabajo 13707

Fecha: 02/04/2004

Referencia: nombre OLA a la carta

A folio 234 del cuaderno de pruebas 10 obran comunicaciones de la OT en las que la última anotación dice “Este trabajo ya se hizo y no se cobra. Cerremos esta OT”.

El tribunal encuentra que, por una parte, la OT de DDB indica con claridad que este trabajo “no se cobra”. Por la otra, el anexo 1 permite concluir que si bien hubo una aprobación, el trabajo ni siquiera entró a arte y tampoco es claro si se refiere al concepto denominado “OLA a la Carta” o a la indicada en el punto anterior. La afirmación anotada respecto de haberse hecho el trabajo no es asertiva ni conclusiva. Por tanto, el tribunal no encuentra prueba suficiente que lo conduzca a deducir con certeza que el trabajo se hizo y que fue aprobado por Colombia Móvil. Por consiguiente, no se accederá al pago.

(xiii) Tarjetas Gold

- Material Tarjeta Gold

Orden de trabajo 13961

Fecha: 28/04/2004

Referencia: material Tarjeta Gold

A folios 239 a 240 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT de la referencia, la cual fue cerrada el día 10/06/2004 con la anotación “Esto no se hizo...creo? Cerremos esta OT porfa”.

Nota: En el anexo 1 los trabajos relacionados con Tarjeta Gold, que consta de cuatro piezas, se dice “no entró a arte final” Sin embargo a mano se consigna “No se requirió. Se hizo impresos”.

La documentación aportada no contiene una presentación coherente de los hechos. Por lo tanto, el tribunal encuentra que no hay elementos suficientes para concluir con certeza que este trabajo se entregó a satisfacción de Colombia Móvil y no accederá al pago del mismo.

(xiv) Campaña corporativa

- Campaña Umbrella corporativo

Orden de trabajo 14173

Fecha: 13/05/2004

Referencia: campaña Umbrella corporativo

A folios 245 a 249 del cuaderno de pruebas 10, obra una OT de la que se desprende que la campaña fue aprobada inicialmente; sin embargo, debido a exigencias de Colombia Móvil, debió ser reiniciada. Por los motivos anteriores se presentaron varias propuestas, las cuales debieron ser modificadas especialmente en lo que tiene que ver con una campaña más tecnológica e innovadora.

Así las cosas, fueron enviadas tres menciones para la campaña, pero el 21 de enero de 2005 se decidió cerrar la OT con la anotación “Después de 10 campañas...al parecer corporativo no existe;; Cerremos.....sniff.....”.

En los folios 250 a 251 se encuentran 2 piezas de esa campaña.

Ahora bien en el anexo 1 tampoco consta aprobación de este trabajo. Por lo tanto, en ausencia de prueba, no se accederá al pago del mismo.

(xv) Piezas Contact Center \*321

- Actividades Contact Center \*321

Orden de trabajo 14297

Fecha: 25/05/2004

Referencia: Actividades Contact Center \*321

A folios 254 a 255 del cuaderno de pruebas 10 obra una OT de la que se desprende que se inició el desarrollo de una campaña en la que se buscaría incentivar a las personas que trabajarían en el “contact center” de la compañía. Esa OT fue cerrada el 23 de noviembre de 2004. En el folio 256 se encuentra 1 pieza de esa campaña.

En el anexo 1 no hay constancia de que este trabajo hubiese sido recibido a satisfacción por parte de Colombia Móvil, razón por la cual el tribunal no accederá a esta solicitud.

(xvi) Piezas \*321

Orden de trabajo 14857

Fecha: 07/07/2004

Referencia: piezas \*321

A folios 257 a 258 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT en cuestión en la que se evidencia que se dio inicio al desarrollo de una campaña en la que se buscaría promocionar el \*321 como “contact center” de los clientes corporativos. Esa OT fue cerrada el 23 de septiembre de 2004 con la anotación “este trabajo tampoco se va hacer, porfa cerremos la OT”. En el folio 259 se encuentra una pieza de esa campaña.

Teniendo en cuenta que en la OT se consigna el hecho de que el trabajo no se hizo no hay lugar a reconocimiento alguno por este concepto.

• Producción Piezas \*321

Orden de trabajo 14890

Fecha: 09/07/2004

Referencia: producción piezas \*321

A folios 260 a 261 del cuaderno de pruebas 10, obra una OT en la que se evidencia que se dio inicio a la cotización de materiales para desarrollar esta campaña. Una vez fueron presentadas las cotizaciones la OT fue cerrada el 20 de septiembre de 2004 teniendo en cuenta que dicho trabajo no se iba a realizar. En los folios 262 a 270 se encuentran copias de las cotizaciones efectuadas.

Por lo anterior no hay lugar al reconocimiento al pago de esta solicitud.

• Piezas servicio valor agregado

Orden de trabajo 14298

Fecha: 25/05/2004

Referencia: servicios valor agregado

A folios 273 a 274 del cuaderno de pruebas 10, obra la OT de la que se evidencia la necesidad de ejecutar una campaña educativa, dirigida a los clientes, en la que se desarrolle el concepto de valor agregado de los productos. El trabajo se empezó a ejecutar y se sugirieron llevar a cabo algunas modificaciones. A pesar de lo anterior el 22 de julio de 2004 la OT fue cerrada con la anotación. “Cerremos esta OT el trabajo no lo vamos hacer”.

En el anexo 1 no hay constancia de aprobación. Por lo tanto al no existir prueba del recibo a satisfacción de este trabajo por parte de Colombia Móvil y, bien por el contrario, una evidencia que el “trabajo no se va a hacer” originada en la propia DDB, no solamente no se accederá a esta petición sino que el tribunal consigna su extrañeza porque se le solicite ordenar un pago de un trabajo con fundamento en un documento originario del solicitante en donde se demuestra que el trabajo nunca se hizo.

(xvii) Larga distancia interna.

Orden de trabajo 16496

Fecha: 24/11/2004

Referencia: larga distancia internacional

En relación con este concepto, observa el tribunal que el señor apoderado de la parte convocante, en su alegato de conclusión, acepta que el trabajo no se aprobó. Dicha aceptación debe entenderse como una confesión por apoderado judicial por lo cual queda demostrado que Colombia Móvil aprobó el trabajo y, por consiguiente, no hay lugar a acceder a esta petición.

(xviii) Pieza evento corporativo

Orden de trabajo 14812

Fecha: 02/07/2004

Referencia: concepto y guión evento Corp.

A folio 288 del cuaderno de pruebas 10 obra una OT en la que se concluye que se abrió una orden de trabajo para la organización de un evento del cliente. Se propuso que en el evento se entregara material de “merchandising”. Esa OT fue cerrada el 17 de agosto de 2004 con la anotación “esto tampoco se va hacer; ; (...)”.

Teniendo en cuenta lo anterior, es evidente que el trabajo no se llevó a cabo y, por lo tanto, no se puede acceder a esta petición.

(xix) Piezas empaquetamiento

Orden de trabajo 15001

Fecha: 15/07/2004

Referencia: campaña empaquetamiento ETB EPM

A folio 293 del cuaderno de pruebas 10, obra esta OT en la que se dio inicio a una campaña que buscaba vender los productos de EPM y ETB en las tiendas OLA. A la anterior solicitud se le dio la siguiente respuesta: “otra campaña en falso”. Posteriormente, el día 30 de agosto de 2004 esa OT fue cerrada con la anotación “El trabajo no se va hacer”. En los folios 294 a 296 se encuentran copias de las piezas de esa campaña.

Aunque en el anexo 1 aparece una anotación que dice “gustó pero no se hizo”, lo que, en principio, parecería que contó con la aceptación de Colombia Móvil, la apreciación conjunta del material probatorio analizado no permite al tribunal concluir con certeza que el trabajo fue finalmente aprobado. Por tanto, tampoco habrá lugar a acceder a su pago.

(xx) Pieza invitación evento empresarial

Orden de trabajo 15049

Fecha: 22/07/2004

Referencia: Invitación Evento Empr.

A folio 299 del cuaderno de pruebas 10 obra la OT respectiva en la que se requirieron propuestas para hacer la invitación a un evento Corporativo y de pymes para el cliente (Colombia Móvil). Sin embargo, el día 17 de agosto de 2004 esa OT fue cerrada porque “el trabajo no se va hacer”.

En los folios 294 a 296 se encuentran copias de las piezas de esa campaña.

Ahora bien en el anexo 1 se dice en relación con este trabajo “se presentó y fue aprobado. No se produjo”. Y a mano se consigna “NO se hizo x costo evento”.

El tribunal encuentra que la OT, documento de DDB, indica con toda claridad que “el trabajo no se va a hacer”. En el anexo 1 también hay una referencia explícita a que el evento no se hizo y, de suyo, el concepto mismo del trabajo implica que su ejecución consiste en la realización del citado evento. Es decir, por definición en este caso en particular, si no hubo evento, no hubo trabajo ejecutado ni tampoco podría haber trabajo que recibir a satisfacción por Colombia Móvil.

Por tanto, el tribunal tampoco accederá a reconocer el pago.

(xxi) Piezas fin de año

Orden de trabajo 15608

Fecha: 03/09/2004

Referencia: fiesta fin de año a clientes

A folios 302 a 303 del cuaderno de pruebas 10 obra una OT en la que se propuso un concurso con el fin de regalar la fiesta de fin de año a algunos clientes para así estrechar relaciones y hacer que permanecieran con OLA. A la anterior solicitud se le dio respuesta, pero el día 21 de enero de 2005 esa OT fue cerrada con la anotación “Esta fiesta de fin de año... como no se hizo;;; Cerremos”.

En el anexo 1 se dice en relación con este trabajo “Boceto OK. En “Stand By”. El diccionario Larousse Inglés-Español trae varias acepciones para la traducción del inglés al español de la expresión “Standby”. Se observa de ellas que tienen en común un sentido de “espera”. Tiene una connotación a algo respecto de lo cual existe un derecho en principio pero aún estuviera condicionado a un evento posterior. Por ejemplo, en referencia a la aviación se dice de “una persona en lista de espera”. La expresión “To be on standby” la traduce como “estar preparado para salir” y la expresión “A stand-by passenger” como “un pasajero en lista de espera”.

Por lo demás, no se encuentra prueba alguna aportada por la convocante que explique el alcance que en la práctica rutinaria del negocio se le daba a esta expresión inglesa, de suerte que no es posible conocer con certeza si se trataba de una aprobación de Colombia Móvil o simplemente un trabajo concluido pero aún pendiente, o “en espera”, de una aprobación final.

Por tanto, ante la falta de certeza respecto del verdadero alcance de esta expresión que solamente aparece anotada en el anexo 1 en la forma citada, el tribunal no puede acceder a la solicitud de pago.

## **Conclusión**

Lo expuesto en el presente capítulo en relación con la pretensión “Referente a los trabajos realizados y no cancelados” y en el análisis probatorio de cada uno de los casos a que se refiere la parte convocante en su demanda permiten concluir que ninguna de las pruebas que obran en el proceso llevan al tribunal a la convicción cierta respecto de la veracidad de los hechos alegados. Por consiguiente, no aparecen en el proceso los elementos para que el tribunal declare que Colombia Móvil está obligada a efectuar pago alguno por los conceptos solicitados por la parte convocante y así lo decidirá en la parte resolutive del laudo.

### **2.2.3. Pretensiones referentes a los intereses moratorios.**

A continuación el tribunal procede a ocuparse de la tercera petición de la parte convocante.

#### **2.2.3.1. Las posiciones de las partes.**

DDB, o parte convocante, expresa su solicitud en la pretensión sexta de la demanda, la cual, a su tenor literal, dice así:

“Sexta. Se declare la ineficacia Y/O la inexistencia Y/O la nulidad absoluta del siguiente aparte de la cláusula quinta del contrato celebrado entre las partes que dice:

“DDB solicitará el reconocimiento de intereses de mora máximo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Colombia Móvil cancele el monto en mora. La obligación de Colombia Móvil de efectuar el pago aquí previsto queda sujeta a la condición de que DDB presente en las oficinas de Colombia Móvil ubicadas en la Carrera 11 número 93 B-33. piso 3° de Bogotá D.C., la respectiva cuenta de cobro dirigida a Colombia Móvil S.A. ESP Los pagos se podrán efectuar por conducto de una entidad financiera. Los pagos se efectuarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación de la cuenta de cobro”.

Por contener un término de prescripción y/o caducidad de cinco (5) días que va en oposición de las normas imperativas que consagran la materia”.

En su alegato de conclusión la parte convocante reafirma su postura en términos que para este tribunal es claro que se le solicita una definición en derecho, como se desprende del propio dicho del apoderado de la convocante en su alegato de conclusión, según el cual “Es importante destacar que lo que se pretende que se declare ineficaz y/o inexistente y/o de nulidad absoluta es “el término de prescripción y/o caducidad de cinco días”(60) ...puesto que, en contraposición a los argumentos de la parte convocada, “...una cosa bien distinta es la discusión de si el pacto sobre el monto de los intereses es o no una norma supletiva y otra bien distinta la discusión sobre si los términos de caducidad y/o prescripción son un asunto de poca monta que pueda dejarse en manos de los particulares, para que con fundamento en la autonomía de la voluntad pacten libremente sobre ellos”(61) .

Por su parte, Colombia Móvil, o parte convocada no discute la existencia o no de pagos atrasados a la convocante, pero se opone firmemente a la pretensión transcrita alegando también razones en derecho, en cuanto considera que la pretensión, en la forma expuesta, se refiere a situaciones jurídicas diferentes que no pueden ser subsidiarias unas de otras y, además, porque la cláusula no vulneró norma imperativa alguna por cuanto lo pactado estaba dentro del ámbito de las voluntades contractuales.

También en el Capítulo VI (Régimen de Intereses Moratorios) de su alegato de conclusión que obra a los folios 210 a 523 del cuaderno principal 2 del expediente, el señor apoderado de la convocada reafirma su posición defensiva, sustentándola en diversas razones jurídicas pero fundamentalmente en que el pacto contractual contenido en la cláusula quinta del contrato fue un acuerdo alcanzado en desarrollo de la libre autonomía de la voluntad de las partes, y que no se trataba de un término de prescripción o de caducidad sino “...una condición que sujetaba el pago de los intereses moratorios al cumplimiento de una actividad específica que debería haber sido realizada en un determinado lapso de tiempo”(62) .

### **2.2.3.2. inexistencia, ineficacia o nulidad absoluta.**

Es lo primero advertir que la presentación de la pretensión sexta de la demanda, de la cual se ocupa el tribunal ahora, carece de adecuada técnica jurídica porque aparentemente mezcla figuras jurídicas que son diferentes y que inclusive pueden ser excluyentes dentro de un proceso a menos que se propongan como principal y subsidiarias, cosa que el apoderado de la convocante no hizo de manera explícita. No obstante, y dado el uso que dicho apoderado hace de la conjunción copulativa “y” alternativamente con la conjunción disyuntiva “o” en sus peticiones, el tribunal entendió desde el inicio que estas no son contradictorias o excluyentes entre sí y que le corresponde resolverlas en forma principal y subsidiaria, siendo la segunda y tercera en el orden propuesto subsidiarias de la inmediatamente anterior, para poder así decidir en el fondo la controversia.

Considera el tribunal que, previamente a resolver si la pretensión ha de prosperar, es preciso detenerse en el análisis, así sea somero, de las figuras de “Inexistencia”, “Ineficacia” y “Nulidad Absoluta” de los actos jurídicos.

Para esos efectos, no sobra recabar que los contratos, como actos jurídicos de carácter bilateral que son, requieren de determinadas condiciones para que nazcan a la vida jurídica, es decir, para “existir”; otras condiciones para que una vez nazcan puedan producir los efectos que persiguen, es decir, para que sean “eficaces” y “válidos” y otras para que siendo válidos puedan subsistir, lo cual tiene que ver con el cumplimiento de las obligaciones que generan. De estas últimas no es del caso ocuparse en este punto, pero si es necesario hacerlo de los otros eventos

en cuanto a ellos es que se encamina la citada pretensión sexta de la demanda.

### **a) La inexistencia.**

De manera general, el contrato es inexistente cuando no ha habido un acuerdo de voluntades motivado por causa o causas destinadas a crear obligaciones con sus correspondientes objetos<sup>(63)</sup>. Esto ocurre, por ejemplo, cuando la intención real de las partes no es obligarse, como sucede en ciertos contratos simulados<sup>(64)</sup>, o cuando existiendo un acuerdo para obligarse este se refiere a un objeto imposible. En estos eventos el contrato adolece de un elemento de su esencia sin el cual no produce efecto alguno o, dependiendo del caso, degenera en un contrato diferente<sup>(65)</sup>.

Se presenta lo que se conoce como “contrato aparente”, es decir, un contrato que solo en apariencia lo es porque en la realidad no existe.

De otra parte, la inexistencia también puede ser resultado de la ausencia de las denominadas solemnidades “*ad substantiam actus*” aplicable en algunos contratos, aunque la ley la sanciona con la nulidad absoluta como se verá en su lugar. Se trata de la ausencia de aquellas formalidades sin las cuales ciertos contratos no producen efecto alguno, al tenor del artículo 1500 del Código Civil colombiano<sup>(66)</sup> y, que equivale a entenderlo como si no se hubiera celebrado contrato alguno o, es decir, con la inexistencia del contrato, como se desprende del primer inciso del artículo 1760 del mismo código<sup>(67)</sup>. El ejemplo más común es el de la compraventa de bienes raíces la cual debe otorgarse por escritura pública para que se reputa perfecta como lo dispone el artículo 1857 del Código Civil colombiano; aunque no es el único, pues hay otros, como la venta de servidumbres y de derechos hereditarios que la misma disposición incluye con la misma formalidad. En otros casos, si bien la solemnidad no es la escritura pública, sí es preciso que el contrato conste por escrito para nacer a la vida jurídica, como ocurre, por ejemplo, con la promesa de contrato contemplada en el artículo 89 de la Ley 153 de 1887.

Nuestra legislación comercial, en el inciso segundo del artículo 898 del Código de Comercio, recoge lo expuesto hasta aquí y, a su tenor literal, dispone:

“... Será inexistente el negocio jurídico cuando se haya celebrado sin las solemnidades sustanciales que la ley exija para su formación, en razón del acto o contrato y cuando falte alguno de los elementos esenciales” (subrayado fuera de texto).

La sanción a la inexistencia como tal no se encuentra regulada en la ley colombiana. La Corte Suprema de Justicia se ha ocupado del tema desde tiempo atrás y generalmente ha identificado sus efectos con los de la nulidad absoluta, en cuanto “pedir al juez que declare inexistente un contrato es pedirle que lo declare absolutamente nulo”<sup>(68)</sup>, aunque no siempre ha observado criterio uniforme porque también ha sostenido respecto de contratos solemnes que, si la solemnidad no se presenta, el contrato no se puede anular porque no existe<sup>(69)</sup>.

En síntesis para este tribunal y para efecto de aplicarlo respecto del acuerdo contractual que se controvierte en el presente caso, la inexistencia del contrato se da, bien por ausencia de mutuo consentimiento motivado hacia un objeto legalmente posible, o cuando no está revestido de las solemnidades exigidas por la ley para que produzca efectos jurídicos.

### **b) La ineficacia**

Tradicionalmente el concepto de “Ineficacia” se ha predicado de aquellos actos jurídicos incapaces de producir los efectos a que están llamados, bien sea porque la ley expresamente así lo disponga, caso en el cual se asimila a la “Inexistencia” del acto, o como consecuencia de una sentencia judicial que declare su nulidad absoluta, en donde se identifica con la “Invalidez”. Se trata, pues, de un concepto cuya identidad propia y su certeza jurídica ha resultado de gran dificultad.

De hecho, antes del Código de Comercio de 1971, la “ineficacia”, como concepto jurídico propio, ni había aparecido en nuestra legislación, ni tenía el recorrido doctrinario y jurisprudencial de la “inexistencia”, fenómeno con el cual se suele confundir. En efecto, nuestra legislación comercial consagra ahora en el artículo 897 que “Cuando en este código se exprese que un acto no produce efectos, se entenderá que es ineficaz de pleno derecho,

sin necesidad de una declaración judicial” (El subrayado es fuera de texto), con un criterio que pareciera asimilarse a la “inexistencia”, pero que en cierta forma se desfigura en el inciso primero del artículo 898 siguiente cuando establece que “la ratificación expresa de las partes dando cumplimiento a las solemnidades pertinentes perfeccionará el acto inexistente en la fecha de tal ratificación, ...” (subrayado fuera de texto) porque, en efecto, solo es ratificable lo que existe pero que es ineficaz por estar viciado de nulidad. Lo inexistente, por ausencia de materia, mal podría ratificarse.

El criterio que el tribunal ha de adoptar en este punto para resolver la controversia es que la ineficacia de los actos jurídicos se aplica respecto de aquellos que siendo reales, es decir, existentes en cuanto recogen una voluntad conjunta de las partes, no producen efectos jurídicos por así indicarlo expresamente la ley. En estas hipótesis no sería preciso acudir a la vía judicial, o a la arbitral según sea el caso, porque la ineficacia por disposición legal opera “*ipso jure*”, aunque en la práctica las partes suelen buscar el pronunciamiento judicial en amparo de sus derechos.

Por vía de mayor claridad sería pertinente citar casos de ineficacia legal que se encuentran en el Código de Comercio. Por ejemplo, en las cláusulas sociales que privan a algunos de los socios de las utilidades de la empresa (C. de Co., art. 150), o las que impidan la movilidad de los administradores elegidos en la asamblea general (art. 190. *ibídem*), las que limiten la responsabilidad de los socios en las sociedades de hecho (art. 501. *ibídem*) o aquellas cláusulas pactadas en ciertos contratos, como el de seguro, el de transporte o el de prenda, en donde la ley comercial interviene para establecer su ineficacia en defensa de la parte menos fuerte o de terceros de buena fe, que resultaría prolijo e innecesario enumerar para los fines de este laudo.

### c) La nulidad absoluta.

La “nulidad absoluta”, a diferencia de la “inexistencia” y de la “ineficacia”, es una figura que goza de precisa reglamentación legal. Se da por la afectación de uno o algunos de los elementos esenciales o estructurales para la formación de los contratos consagrados en el artículo 1502 del Código Civil Colombiano<sup>(70)</sup> o por ausencia de las formalidades “*ad substantiam actus*” o “*ad solemnitatem*” cuando la ley las impone.

En efecto, el artículo 1741 del Código Civil Colombiano dispone los siguientes eventos taxativos como causales de nulidad absoluta, a saber:

(i) Objeto ilícito;

(ii) Causa ilícita;

(iii) Omisión de formalidades que las leyes prescriban para la validez de ciertos actos en función de la naturaleza de los mismos; y

(iv) Incapacidad absoluta de una de las partes, esto es, cuando uno de ellos es demente, impúber o sordomudo que no pueda darse a entender por escrito, pues los actos de estas personas no producen siquiera obligaciones naturales, según el artículo 1504 del Código Civil Colombiano.

El Código de Comercio, artículo 899<sup>(71)</sup>, en esencia reitera la norma civil, excepto que no hace referencia alguna a la omisión de formalidades, lo cual no es de extrañar si se tiene en cuenta que lo característico en los actos de los comerciantes es la “consensualidad” como regla general, según resulta de lo establecido en el artículo 824 del Código de Comercio. No obstante, también prevé este último artículo que “Cuando una norma legal exija determinada solemnidad como requisito esencial del negocio jurídico, este no se formará mientras no se llene tal solemnidad” (el subrayado es fuera de texto).

— Efecto de la nulidad absoluta.

Como se vio previamente al analizar las normas civiles, la omisión de formalidades “*ad substantiam actus*” en realidad genera la inexistencia del contrato. Lo mismo puede concluirse de la norma comercial antes transcrita. Por consiguiente, el acto no podría tener vida jurídica alguna, como ocurriría si se celebrara una venta de inmuebles por solo acuerdo verbal o por documento privado. Por el contrario, en los demás casos de nulidad absoluta

consagrados en la ley, el contrato nace a la vida jurídica y produce efectos hasta tanto una decisión judicial no lo resuelva y en tal caso esa resolución tendrá necesariamente efectos retroactivos, como si el contrato nunca hubiese existido. Así lo establece con toda claridad el artículo 1746 del Código Civil Colombiano. Lo contrario, al decir del tratadista Larroumet, “equivaldría a hacer producir su efecto al contrato nulo por el período anterior a la declaración judicial de la nulidad. Empero, esto no puede ser”<sup>(72)</sup>.

— Ilícitud en la causa y en el objeto.

El tribunal no se detendrá en el análisis de la nulidad absoluta originada en la incapacidad absoluta de los contratantes por cuanto en el presente caso ello no es materia de discusión. En cambio, será preciso hacer referencia a los casos de ilegitimidad en la causa o en el objeto de los contratos, o cuando se contraviene una norma imperativa, por cuanto en relación con estos eventos hay lugar de disputa en el caso *sub exámine*.

En ese orden de días, el tribunal encuentra que en nuestro ordenamiento jurídico existe una distinción apenas aparente entre la nulidad derivada del objeto o la causa de las obligaciones que el contrato está destinado a crear, lo cual ocurre cuando estas son intrínsecamente ilegítimas porque se refieren a conductas de suyo ilegales o inmorales, y la nulidad resultante de un acuerdo de voluntades en contradicción de una norma imperativa, como lo señala el numeral 1º del artículo 899 del Código de Comercio.

La distinción es apenas aparente porque la causa, entendiendo como tal lo que motiva al acto o contrato a cada una de las partes y que, por tanto, para el otro contratante llega a ser el objeto sobre el cual recae su obligación, es ilícita cuando está prohibida por la ley, o es contraria a las buenas costumbres o al orden público según el principio consagrado en el inciso segundo del artículo 1524 del Código Civil Colombiano. De esta manera, el acuerdo contrario a la ley, en sí mismo tiene causa y objeto ilícitos y está intrínsecamente viciado de nulidad absoluta.

Sin embargo, no todo acuerdo de voluntades contrario a una disposición legal tiene causa ilegítima que lo haga nulo absolutamente. Debe tratarse de acuerdos contrarios a normas “prohibitivas”, es decir, aquellas de carácter negativo cuyo objeto sea “un proceder jurídicamente ilícito (acción u omisión)”<sup>(73)</sup> e “imperativas”, o sea, preceptos de orden moral que “imponen deberes, más no conceden derechos”<sup>(74)</sup>. De igual manera, tendrán causa ilícita si son contrarios al “Orden Público” y “Las Buenas Costumbres” que no son un catálogo fijo y taxativo de principios sino, como lo sostiene Hinestrosa Forero, cláusulas generales que “están destinadas a propiciar la mayor adecuación posible de la reglamentación jurídica a las exigencias de orden sustancial a medida que van aflorando en el ámbito del régimen... y deben servir para mantener el sistema jurídico a tono —así sea en una medida bastante limitada— con los tiempos, evitando dificultades y no infrecuentemente anacronismos, que una aplicación demasiado rígida y mecánica de la ley lleva consigo inevitablemente”<sup>(75)</sup>.

De manera que, y en síntesis, corresponde en su momento al juez, o a los árbitros cuando fuere el caso, definir si hay ilicitud de la causa y del objeto, apreciando si el acuerdo es contrario a normas prohibitivas e imperativas y si, bajo las circunstancias de tiempo, modo y lugar, son contrarios al orden público y las buenas costumbres.

### **2.2.3.3. Inexistencia, ineficacia o invalidez absoluta de parte de la cláusula quinta del contrato.**

La lectura desprevenida de la cláusula quinta del contrato, atrás trascrita, permite concluir que allí se plasmó un acuerdo respecto de cierto término, —cinco (5) días contados a partir de la fecha en que la parte convocada hubiere cancelado el valor en mora—, para que DDB solicitara el reconocimiento de intereses de mora. Este acuerdo se complementó, a renglón seguido, con un pacto en el sentido de que “La obligación de Colombia Móvil de efectuar el pago aquí previsto queda sujeta a la condición de que DDB presente en las oficinas de Colombia Móvil ubicadas en la Carrera 11 número 93B – 33. piso 3º de Bogotá D.C...”. Este es el acuerdo cuya existencia y/o eficacia y/o validez se disputa.

#### **a) Inexistencia.**

Teniendo como base jurídica lo expuesto en su lugar, el tribunal encuentra, vistos los elementos probatorios a su alcance, que el acuerdo fue real y existente. En efecto, no se disputa que este no hubiera sido fruto de auténtico encuentro de la voluntad mutua de las partes y aún si se dijera, —que no se dice en este punto—, que fue impuesto por la convocada, no hay duda que la convocante libremente lo aceptó. Antes bien, convivió con el mismo y en

aras de preservar la relación comercial con su contraparte, como aparece de prueba testimonial que adelante se cita, se abstuvo voluntariamente de presentar la cuenta de cobro de intereses de mora en el término pactado y solamente al final del contrato, como consecuencia de su inconformidad por la terminación del mismo, decidió discutir la existencia del pacto contractual.

Esta conducta contradice la observada durante todo el tiempo del contrato y prohiarla por el tribunal choca contra las sanas costumbres comerciales y la buena fe que son principios superiores que deben regir la ejecución de los contratos. En este punto parece pertinente reiterar lo ya expuesto en otra parte de este laudo relacionado con el efecto que los jueces han de darle a los actos propios de los contratantes, sin que les sea dable reconocer un derecho alegado por una de las partes en contradicción con toda su conducta contractual.

Concluyendo, como el tribunal concluye, que el acuerdo de la cláusula quinta tiene realidad que no puede desconocerse, debe complementarse con el hecho que no se trata de uno de aquellos que la ley ordena revestir de formalidades propias para su eficacia jurídica. Es decir, se trata de un acuerdo de carácter consensual, que al reducirse a escrito adquiere enorme importancia probatoria, pero que en nada altera su existencia y realidad.

Por consiguiente, la pretensión sexta de la demanda, en cuanto tiene que ver con la inexistencia parcial de la cláusula quinta del contrato, no está llamada a prosperar y así lo declarará el tribunal en su oportunidad.

#### **b) Ineficacia.**

El tribunal expuso en su lugar su criterio respecto de la ineficacia jurídica de los contratos comerciales cuya existencia ha sido comprobada (Supra.). Por esa razón, y dado que ni se encuentra en la ley, ni aparece prueba de la convocante para demostrar que el acuerdo en examen esté catalogado como ineficaz expresamente por norma alguna, tampoco prosperará la pretensión sexta en relación con la alegada “Ineficacia” parcial de la cláusula quinta del contrato.

Sin embargo, como se dijo en su momento, dado que la distinción entre los conceptos de ineficacia y nulidad absoluta por ilicitud en la causa o el objeto no son regulados claramente en nuestras leyes civiles y comerciales, la decisión del tribunal sobre la eficacia de la cláusula quinta del contrato ha de complementarse con lo que a continuación se expone respecto de la alegada nulidad absoluta.

#### **c) Nulidad absoluta**

Descartada como en efecto queda la prosperidad de las pretensiones relacionadas con la inexistencia y la ineficacia parcial del acuerdo contractual expresado en la cláusula quinta del contrato, solo resta resolver la relativa a la nulidad absoluta que, por cierto, contiene el punto central de la argumentación de la convocante. En efecto, todas las peticiones que en forma alternativa ella propone en su pretensión sexta se vinculan a que la cláusula contiene “un término de prescripción y/o caducidad de cinco (5) días que va en oposición de las normas imperativas que consagran la materia” (el subrayado es fuera de texto).

En otras palabras, lo que el tribunal encuentra en su análisis general de la pretensión es que, en el decir de la convocante, la cláusula quinta adolece parcialmente de ilegitimidad o ilicitud en la causa por ser contrario a una ley de carácter imperativo, ya que las partes, a través de dicho acuerdo, reducen un término legal de prescripción y/o caducidad.

Por su parte, el apoderado de la convocada, refuta a su contraparte puesto que en su opinión se trata de intereses de mora convencionalmente pactados, cuyo pago las partes sujetaron a una condición consistente en el ejercicio “de una actividad específica que debería haber sido realizada en un determinado lapso de tiempo”, sin que exista “en la ley prohibición alguna respecto de la forma de reconvención o de su sujeción a un plazo o condición”, al tenor de su propio dicho en el alegato de conclusión.

Estas posiciones de las partes hacen necesario que el tribunal, antes de resolver el punto, haga una breve referencia a las dos figuras jurídicas que están en contraposición, es decir, a la prescripción o la caducidad de un lado y las obligaciones condicionales del otro.

## — La prescripción y la caducidad.

El artículo 2518 del Código Civil colombiano contempla la prescripción en el sentido doble que tradicionalmente la doctrina jurídica le ha otorgado. Por una parte, como un modo de adquirir el dominio de una cosa a través del ejercicio de la posesión por un tiempo determinado, que corresponde al concepto romano de la usucapión y, por la otra, que interesa para efectos del presente laudo, como un modo de extinguir los derechos por su no ejercicio durante cierto tiempo, o sea, la prescripción propiamente dicha o prescripción extintiva.

El tratadista Fernando Hinestrosa Forero, quien es un profundo estudioso del tema de la prescripción extintiva, destaca que a través de los años la doctrina ha acudido a variadas justificaciones de esta figura que incluyen el “orden público”, “el ajuste del derecho a la realidad”, “la sanción a la inercia o desidia (*poena negligentiae*)”, “necesidad de certeza o seguridad jurídica”, entre otros, para concluir que todas ellas finalmente resaltan la “consideración que no es de buen recibo otorgar protección indefinida al titular de un derecho subjetivo no obstante su desentendimiento de él, cuando debió ejercerlo conforme a los criterios y costumbres sociales”<sup>(76)</sup>.

Nuestra Corte Suprema de Justicia ha adoptado la rígida posición que los plazos legales de prescripción son de orden público y por consiguiente intangibles e inmodificables por las partes<sup>(77)</sup>. Sin embargo, vale la pena advertir que tal posición va en contravía con las tendencias modernas que aceptan los pactos para reducir los términos, sin que sea a plazos tan breves que impidan actuar al acreedor, más no los que tengan por objeto ampliarlos de manera que se conviertan en imprescriptibles pues el interés público consiste en que la prescripción produzca sus efectos<sup>(78)</sup>.

Ospina Fernández, entre nosotros, comparte de tiempo atrás esta posición y afirma que “... la doctrina inveterada ha distinguido para aprobar la reducción y para condenar la ampliación. Si con dichos términos se trata de evitar la prolongación indefinida de situaciones anormales, que dan lugar a litigios, el acortamiento de aquellos consulta esta finalidad, coadyuva su realización: no vulnerándose, por tanto, el interés general, es lícito este pacto que implica una renuncia al beneficio que el término legal le depara al acreedor”<sup>(79)</sup>.

Conforme, entonces, con el entendimiento de teorías modernas, el término legal de prescripción es máximo y no puede prolongarse por acuerdo contractual porque este pacto atenta contra el orden público. Por el contrario, un acuerdo de reducción libremente convenido, en la medida que no sea tan corto como para volver nugatoria la prescripción, es aceptable y se aprecia más en función del interés particular de las partes que en la defensa del interés público.

En cuanto a la caducidad, que el apoderado de la convocante en su pretensión de obtener nulidad de la cláusula quinta del contrato propone conjuntamente con la prescripción, ha de decirse que se trata de una figura que coincide con la prescripción de carácter extintivo por cuanto ambas persiguen la extinción de un derecho por no haberlo ejercido dentro de cierto tiempo. Por ello en la práctica no siempre es fácil decidir si un determinado término extintivo es de prescripción o de caducidad<sup>(80)</sup>. En este sentido, y solamente para efectos de lo que el tribunal debe resolver en este caso, su identificación es aceptable y cuanto se diga en relación con una cabe aplicarse a la otra.

Esto es particularmente pertinente en relación con las llamadas “caducidades negociales” que son aquellas cláusulas de bastante ocurrencia en la vida comercial contemporánea en que las partes fijan el momento hasta el cual se puede cobrar una prestación, formular un reclamo o hacer efectiva una garantía que, en rigor, se trata de una reducción del término de prescripción, por lo cual cabe aplicársele lo expuesto en relación con los pactos de reducción del término de prescripción<sup>(81)</sup>.

De todo lo anteriormente expuesto, es muy importante concluir que en orden a que opere la prescripción extintiva de un derecho o la caducidad de una acción, es preciso que concurren dos elementos, a saber:

- (a) Un derecho subjetivo cierto y existente; y
- (b) El transcurso de un determinado tiempo sin que dentro del mismo el titular del derecho lo hubiere ejercido.

Desde luego que la prescripción o la caducidad no operan de pleno derecho sino que deben ser declaradas

judicialmente.

— Las obligaciones condicionales.

Sabido es que las obligaciones pueden ser puras y simples o estar sujetas a un plazo o condición, según nazcan por el solo acuerdo de voluntades o solamente transcurrido un término u ocurrida una condición.

La obligación condicional, por definición legal (C.C., art. 1530) es la “que depende de una condición, esto es, de un acontecimiento futuro, que puede suceder o no” de donde la doctrina y la jurisprudencia concluyen, sin lugar a discusión, que la característica de la condición es que esta debe referirse a un hecho futuro e incierto, a diferencia en este último caso del plazo que siempre es cierto<sup>(82)</sup>.

Nuestro Código Civil clasifica las condiciones desde varios puntos de vista en los artículos 1531 a 1536, siendo las más importantes para efectos de lo que aquí se decida las de los artículos 1534 y 1536 lue a su tenor literal establecen:

“ART. 1534.—Se llama condición potestativa la que depende de la voluntad del acreedor o del deudor; casual la que depende de la voluntad de un tercero o de un acaso; mixta la que en parte depende de la voluntad del acreedor y en parte de la voluntad de un tercero o de un acaso” (subrayado fuera de texto).

“ART.—La condición se llama suspensiva si, mientras no se cumple, suspende la adquisición de un derecho; y resolutoria, cuando por su cumplimiento se extingue un derecho” (subrayado fuera de texto).

De suerte, pues, que si el hecho futuro e incierto del que pende una condición suspensiva no llega a ocurrir, ni el derecho ni, por consiguiente, la correlativa obligación llegan a nacer. Cuando se trata de una condición resolutoria, el derecho y la obligación nacen en el momento del pacto pero se extinguen una vez el hecho condicional ocurra. Ese hecho, futuro e incierto, puede depender en uno u otro caso de la voluntad de una las partes, aunque no puede quedar a voluntad de la parte que se obliga porque en este caso la obligación es nula según el artículo 1535.

Estas normas de nuestro ordenamiento civil son íntegramente aplicables a los contratos y a las obligaciones comerciales, en ausencia de norma expresa del estatuto mercantil, por virtud del principio consagrado en el artículo 822 del Código de Comercio.

— El análisis del presente caso.

Efectuadas las precisiones que tribunal consideró necesarias como previas al análisis de la cláusula quinta del contrato cuya nulidad absoluta se reclama por la convocante, se vuelve indispensable volver al texto del acuerdo contractual, que no por atrás transcrito, resulte innecesario reproducir a continuación:

“Cláusula quinta. Intereses de mora. Colombia Móvil reconocerá y pagará intereses de mora sobre las sumas no canceladas o los gastos no reconocidos oportunamente a DDB por causas no imputables a Colombia Móvil, desde la fecha de la mora y hasta el día en que dicho monto sea cancelado en su totalidad, a una tasa de interés anual del DTF bancario vigente al vencimiento de la obligación más cinco (5) puntos, de manera proporcional al tiempo de retraso. DDB solicitará el reconocimiento de intereses de mora máximo dentro de los cinco (5) días siguientes a la fecha en que Colombia Móvil cancele el monto en mora. La obligación de Colombia Móvil de efectuar el pago aquí previsto queda sujeta a la condición de que DDB presente en las oficinas de Colombia Móvil ubicadas en la Carrera 11 número 93 B- 33, piso 3° de Bogotá, D.C., la respectiva cuenta de cobro dirigida a Colombia Móvil S.A. ESP. Los pagos se podrán efectuar por conducto de una entidad financiera. Los pagos se efectuarán dentro de los treinta (30) días siguientes a la correcta presentación de la cuenta de cobro” (subrayado fuera de texto).

El texto anterior es, a juicio del tribunal, suficientemente claro en reflejar que la intención de las partes no fue reducir o acortar el término de prescripción o caducidad para iniciar la acción de cobro de los intereses moratorios, caso en el cual habría cabido la polémica existente respecto de la validez del acuerdo que la doctrina contemporánea acepta en contra de lo que ha sido una posición mas bien permanente de nuestra Corte Suprema de Justicia, según se expresó previamente.

Lo que con claridad se expresa en el texto transcrito es que las partes sujetaron el nacimiento de la “obligación de Colombia Móvil de efectuar el pago” de los intereses moratorios a la concurrencia de dos elementos, a saber:

(a) El pago con atraso de una obligación, como es natural; y

(b) Una condición, de carácter potestativo, es decir voluntaria del acreedor, o sea DDB, consistente en un hecho positivo o conducta que debía ejercerse en un término determinado.

Este tipo de condiciones, como vimos en su oportunidad, son perfectamente válidas en nuestro ordenamiento legal.

No se trata, entonces, de que la cláusula contenga un término de prescripción o caducidad porque, como se vio en su oportunidad, para que una de estas figuras jurídicas operen es preciso, primero que todo, que el derecho subjetivo exista, que haya nacido, lo cual no se dio en este caso por cuanto estaba sujeto, por acuerdo de las partes, a la ocurrencia de un hecho voluntario de la convocante que esta decidió no cumplir.

La claridad de la redacción de la cláusula no da margen para interpretación distinta de la hecha por el tribunal que, por tanto, no encuentra aquí elemento alguno que le permita concluir que la intención de las partes fue distinta a la expresada. En este punto es pertinente citar el criterio de la Corte Suprema de Justicia en cuanto que “... cuando el pensamiento y el querer de quienes ajustan una convención jurídica quedan escritos en cláusulas claras, precisas y sin asomos de ambigüedad, tiene que presumirse que estas estipulaciones así concebidas son el fiel reflejo de la voluntad interna de aquellos, y que, por lo mismo, se torna inocuo cualquier intento de interpretación”<sup>(83)</sup>.

— La conducta de la parte convocante.

Por lo demás, dentro del material probatorio aportado al proceso se encuentra evidencia que permite concluir que DDB, o sea la parte convocante, entendió que su derecho a reclamar los intereses moratorios pactados estaba subordinado a una condición cuya ocurrencia dependía de su propio albedrío.

En efecto, varios testimonios recibidos permiten inferirlo, pero en particular la declaración de parte de uno de los representantes legales de DDB, el Dr. Hernán Darío Botero, que obra al folio 116 y siguientes del cuaderno de pruebas 14, quien admite que nunca se cobraron esos intereses “Porque a pesar de que nosotros teníamos todo el privilegio en todo el contrato no nos parecía en su momento oportuno un cliente tan importante para nosotros haber cobrado unos intereses...”. Esta declaración que, por venir de quien la presentó como representante legal de DDB tiene el valor de confesión, deja ver a las claras el carácter voluntario que para la convocante tenía la condición pactada. Su decisión, hartamente entendible desde el punto de vista de la relación comercial con un cliente tan importante, desde el punto de vista jurídico llevó implícita su libre determinación de abstenerse de ejercer la conducta necesaria a la cual se sujetaba el nacimiento de la obligación de Colombia Móvil.

El hecho de que DDB hubiera llevado el monto de los intereses no facturados a una cuenta de orden dentro de su contabilidad, como también aparece demostrado en el proceso, carece de consecuencia contractual porque la condición potestativa pactada implicaba un hecho positivo claro, como era el de presentar la cuenta de cobro en un término de cinco (5) días que, por cierto, para una empresa grande y bien organizada como DDB, parece suficiente para generar una cuenta de esa naturaleza. Si así no fuera, es de asumir que la convocante o no hubiera aceptado la cláusula o por lo menos habría buscado pactar un término mayor.

Además, el monto de los intereses moratorios reclamados se registró contablemente en los libros de DDB solo en agosto del año 2005, como lo demuestra el dictamen parcial practicado por la perito Gloria Zady Correa<sup>(84)</sup>. Es decir, cuatro meses después de la terminación del contrato; cuando ya se había convocado el presente proceso arbitral, lo que abunda la evidencia que DDB tomó la decisión de no presentar cuenta de cobro alguna por los intereses moratorios durante toda la vigencia del contrato o, lo que es lo mismo, renunció voluntariamente a la condición potestativa a la cual su propio pacto supeditó el nacimiento del derecho a cobrarlos.

— La condición pactada no es contraria a normas imperativas.

El párrafo primero del artículo 65 de la Ley 45 de 1990 establece que “En las obligaciones mercantiles de carácter dinerario el deudor estará obligado a pagar intereses en caso de mora y a partir de ella”. Las partes son

libres de pactar el monto y la forma de pago de dichos intereses, y en ausencia de pacto sobre su monto, este será del doble del bancario corriente según preceptúa el artículo 884 del Código de Comercio.

Esa norma no es prohibitiva ni es de carácter imperativo. En efecto, simplemente suple la ausencia de acuerdo respecto de los intereses moratorios que debe pagar el deudor que incumple en el pago como pena o sanción por su incumplimiento. Sin embargo, el acreedor bien puede renunciar a su derecho de cobrar esos intereses, —como ocurre con frecuencia en los procesos de refinanciación de deudas—, e inclusive podría pactar con su deudor que no habrá lugar a intereses moratorios en caso de mora sin que con ello se lesione nada distinto de su propio interés pecuniario. Requeriría, eso sí, un pacto expreso, porque de lo contrario no podría presumirse su voluntad de abstenerse de sancionar con los intereses de mora al deudor si este se atrasa en el pago.

De esta manera, la condición potestativa pactada no es contraria a ley prohibitiva o de carácter imperativo, en lo cual asiste razón a la parte convocada que así lo sostiene a lo largo del proceso. Tampoco atenta contra el orden público puesto que no iba más allá del interés particular de los contratantes y puede caber dentro del tipo de acuerdos que son usuales en contratos entre empresas como las que aquí se enfrentan en sus relaciones comerciales corrientes. En cuanto a las buenas costumbres, si la condición pactada les hubiera sido contraria, habría correspondido a la parte convocante comprobarlo, sin que el tribunal encuentre esfuerzo probatorio en ese sentido dentro del proceso.

Por todo lo expuesto, la pretensión Sexta en lo referente a la “Nulidad Absoluta” tampoco podrá prosperar.

## **Conclusión**

Por las razones expuestas en el presente capítulo, el tribunal en la parte resolutive de este laudo declarará que la pretensión sexta de la demanda, respecto de la inexistencia y/o ineficacia y/o nulidad absoluta de parte de la cláusula quinta del contrato no prosperará.

### **2.3. Excepciones de fondo.**

Por cuanto, como ya quedó suficientemente explicado, no se probaron los hechos materia de la demanda y por ende no se encontró pertinente acceder a las pretensiones de parte convocante, no es necesario entrar a estudiar los medios exceptivos propuestos por la parte convocada.

### **2.4. Temeridad.**

Entra el tribunal a analizar a continuación la actuación procesal del apoderado de la Parta convocante, con base en la solicitud presentada por el de la parte convocada al contestar la demanda y en las disposiciones pertinentes del Código de Procedimiento Civil.

#### **2.4.1. Posición de la parte convocada.**

Sostiene la parte convocada que su contraparte obró con temeridad al convocar este tribunal de arbitramento y funda tal temeridad en su afirmación según la cual “se convoca un tribunal de arbitramento cuando no hay lugar a dudas frente a que el contrato terminó de mutuo acuerdo, en una fecha cierta previamente determinada por las partes y cuando además, se pide el pago de unos perjuicios que de forma alguna fueron probados”<sup>(85)</sup>.

#### **2.4.2. Análisis del tribunal.**

##### **2.4.2.1. Aspecto jurídico general.**

Es bien sabido que la buena fe y la lealtad procesal son principios fundamentales del proceso judicial. Se trata de un fin perseguido por casi todas las legislaciones con miras a alcanzar la recta administración de justicia. De ahí que la ley procesal sanciona la mala fe de las partes o sus apoderados, con severas sanciones, que van desde el cobro de multas hasta la responsabilidad patrimonial y la investigación disciplinaria del abogado por falta de ética profesional.

El Código de Procedimiento Civil (capítulo V) establece los deberes y responsabilidades de las partes y sus

apoderados en los artículos 71, 72, 73 y 74, respectivamente. En estas normas se recogen esos principios generales que armonizan con el consagrado en el artículo 37, numeral 3º del mismo código, según el cual, el juez, y por consiguiente el árbitro, tiene el deber de “prevenir, remediar y sancionar por los medios que este código consagra, los actos contrarios a la dignidad de la justicia, la lealtad, probidad y buena fe que debe observarse en el proceso, lo mismo que toda tentativa de fraude procesal”.

#### **2.4.2.2. El análisis de la solicitud de temeridad en el presente caso.**

Sobre el particular el tribunal observa, en primer término, que la temeridad se encuentra consagrada en el artículo 74 del Código de Procedimiento Civil, de la siguiente manera:

“ART. 74.—Temeridad o mala fe. Se considera que ha existido temeridad o mala fe en los siguientes casos:

1. Cuando sea manifiesta la carencia de fundamento legal de la demanda, excepción, recurso, oposición, incidente o trámite especial que haya sustituido a este.
2. Cuando a sabiendas se aleguen hechos contrarios a la realidad.
3. Cuando se utilice el proceso, incidente, trámite especial que haya sustituido a este o recurso para fines claramente ilegales o con propósitos dolosos o fraudulentos.
4. Cuando se obstruya la práctica de pruebas.
5. Cuando por cualquier otro medio se entorpezca reiteradamente el desarrollo normal del proceso”.

El tribunal manifiesta que para que exista abuso de derecho de litigar o la temeridad, siguiendo lo expuesto por Hernando Devis Echandía, “se requiere el uso anormal, mal intencionado, improcedente, inconducente o excesivo en relación con la finalidad que legítimamente ofrecen las leyes rituales para el reconocimiento y la efectividad o la defensa de los derechos”<sup>(86)</sup>.

El tribunal examinó la conducta de la parte convocante a la luz de la norma legal y de su interpretación doctrinaria para encontrar que en su actuación procesal no existió mala fe, abuso del derecho de litigar o temeridad.

Por otra parte, en relación con el desarrollo del proceso, el tribunal aprecia que la parte convocante realizó su gestión profesional sin acudir a sistemas de obstrucción de pruebas, a pruebas deformadas, a prácticas que hubieran entorpecido el proceso u otras conductas que permitan al tribunal encuadrar su comportamiento como actos de temeridad o de mala fe.

Por tanto, el tribunal declarará en la parte resolutive de este laudo que el abuso del derecho de litigar o la temeridad de la parte convocante, alegado por el apoderado de la parte convocada, no prosperará.

#### **2.5. Objeción por error grave del dictamen rendido por la perito Gloria Zady Correa Palacio.**

Antes de que el tribunal profiera la parte resolutive del presente laudo, y después de concluir que ninguna de las pretensiones que la parte convocante propuso en su demanda, es necesario resolver las objeciones por error grave formuladas por las partes al dictamen pericial rendido por la señora perito Gloria Zady Correa Camacho.

##### **2.5.1. Consideraciones previas.**

La prueba pericial tiene por objeto ayudar e ilustrar al juez sobre la verificación de hechos que interesen al proceso, que requieran de especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, distintos a la ciencia del derecho. En ese sentido, los peritos son auxiliares de los jueces, —en este caso los árbitros—, que por razón de sus conocimientos especializados los ilustran sobre hechos que exceden el conocimiento común de los mismos.

El artículo 238 del Código de Procedimiento Civil establece que los dictámenes periciales son objetables por error grave, cuando este sea “determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

De la norma citada se desprende que el error grave es aquel que de no haberse presentado hubiese implicado un contenido y resultado diferente de la pericia, a punto de alterar de manera determinante la realidad y, por consiguiente, suscitar una falsa apreciación, significativa y relevante de las conclusiones del dictamen.

Consiste igualmente el error grave en formular opiniones sobre temas que no les constan a los peritos. Adicionalmente, es importante resaltar que no se puede confundir “error grave”, con desavenencia con el concepto profesional del perito.

Sobre el particular ha dicho la Corte Suprema de Justicia:

“...deben poner al descubierto que el peritazgo tiene bases equivocadas de tal entidad o magnitud que imponen como consecuencia necesaria la repetición de la diligencia con intervención de otros peritos ...” y que lo que caracteriza desaciertos de tal naturaleza y permite diferenciarlos de otros defectos imputables a un dictamen “... es el hecho de cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otros que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos los conceptos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...”

“La tacha por error grave a que se refiere la norma citada no es una vía para controvertir los razonamientos y conclusiones del perito. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito, para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y, por lo mismo, es inadmisibles para el juzgador, que al considerarla entraría en un balance o contraposición de un criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva”<sup>(87)</sup>.

Así mismo, es importante precisar que el objeto y ámbito del dictamen está fijado por los cuestionarios sometidos a los peritos por las partes, y por el tribunal, de tal manera que para efectos del estudio de la objeción, el tribunal deberá tener en cuenta específicamente el marco fijado al perito para rendir su dictamen.

Por último, no sobra recordar que el juez tiene el deber de apreciar el dictamen en conjunto con las demás pruebas practicadas dentro del proceso.

## **2.5.2. Objeción por error grave del dictamen pericial rendido en el presente caso.**

El tribunal destaca, en primer lugar, que la objeción por error grave en el presente caso ha sido entablada tanto por la parte convocante como con la parte convocada respecto de un punto común del dictamen aunque con argumentos distintos. Por esta razón, previamente a resolver sobre la objeción, a continuación se plantean las posiciones de cada una de ellas.

### **2.5.2.1. La objeción de la parte convocante.**

La parte convocante, en escrito radicado el día 15 de diciembre de 2005, objeta “parcialmente y no en su totalidad” el dictamen pericial, sobre dos puntos concretos que bien pueden considerarse que tienen una razón común. Estos dos puntos se refieren a las respuestas de la señora perito respecto de la legalidad de la contabilidad de cada una de las partes, contenidas en su escrito de “Aclaraciones y complementaciones” a su dictamen, formulado el día 9 de diciembre de 2005 y que obra en el expediente a los folios 233 y siguientes del cuaderno de pruebas 14.

En dichas respuestas, y con relación a la contabilidad de DDB, en la página 3 del escrito de la señora perito consta que el libro diario y el de mayor y balances se encontraban atrasados en su impresión. La perito fundamenta su opinión en apartes de doctrina sentada por la Dirección de Impuestos Nacionales (“DIAN”) interpretando el artículo 56 del Decreto 2649 de 1993, de acuerdo con el cual los registros contables deben asentarse a más tardar en el mes siguiente a aquel en que las operaciones se hubiere realizado, lo cual no ocurría en los citados libros de la convocante a la fecha del dictamen.

El señor apoderado de la parte convocante objeta las afirmaciones de la señora perito con argumentos separados

respecto del libro diario y del mayor y balances, respectivamente. En el primer caso sostiene que los “libros de contabilidad documentales no son obligatorios y al no ser obligatorios mal pueden estar atrasados si no se encuentran impresos” y apoya su argumento principalmente en una concepto jurídico del Dr. Néstor Humberto Martínez; en un concepto de la DIAN, remitido por el apoderado a la señora perito, en donde consta que la contabilidad de DDB se lleva en forma fidedigna y en Jurisprudencia del Consejo de Estado interpretativa del alcance del artículo 48 del Código de Comercio.

En cuanto al libro mayor y balances, afirma el apoderado que para la fecha de la inspección judicial con intervención de peritos, que tuvo lugar el día 23 de septiembre de 2005, menos de cuatro meses después del último asiento contable, que tuvo lugar en el mes de julio anterior. Este espacio de tiempo es menor a cuatro meses de retraso, admisible de conformidad con el artículo 654 del Decreto 624 de 1989, norma que si bien está derogada, es la invocada por su contraparte para discutir la legalidad contable de DDB.

### **2.5.2.2. La objeción de la parte convocada.**

La objeción por error grave propuesta por la parte convocada se redujo finalmente a que la Señora Perito omitió responder en su escrito de “Aclaraciones y Complementaciones”, de fecha 9 de diciembre de 2005, la pregunta específica de si la parte convocante llevaba su contabilidad conforme con las normas mercantiles aplicables, así como con resoluciones y circulares pertinentes tanto de la Superintendencia de Sociedades como de la DIAN.

Para la parte convocada esta omisión de la señora perito es de gran importancia en relación con el valor probatorio que considera el tribunal debe darle a la contabilidad de la parte convocada puesto, como lo cita su apoderado, con base en normas del Código de Comercio y, en especial, el artículo 271 (Modificado por el D. 2282/89, art. 1º, num. 121) del Código de Procedimiento Civil, según el cual, “los libros de comercio hacen fe en los procesos entre comerciantes, siempre que estén llevados en legal forma...” y que “Si en los procesos entre comerciantes los libros de una de las partes no están llevados en legal forma, se estará a los de la contraparte, siempre que cumplan los requisitos legales...”.

La parte convocada ha sostenido que DDB no lleva su contabilidad en forma legal y ha alegado lo anterior con base en las aclaraciones y complementaciones al dictamen que hizo la perito, en donde consta, como ya se dijo en este laudo, que los libros diario y mayor de DDB estaban atrasados en su impresión, a pesar de llevarlos en forma sistematizada como también los lleva Colombia Móvil.

### **2.5.3. Ausencia de objeción respecto del contenido del dictamen.**

Para el tribunal es de la mayor importancia destacar que ninguna de las partes tiene objeciones respecto del contenido ni del resultado del dictamen, así como tampoco ninguno afirma que este altere la realidad o que la apreciación de la señora perito implique una equivocación relevante en las conclusiones de su dictamen. Es decir, no encuentra el tribunal que para las partes los errores que motivan sus objeciones hubiesen sido “determinantes de las conclusiones” de la perito o que “se haya originado en estas”, siguiendo las expresiones literales del artículo 283 del Código de Procedimiento Civil, atrás citado.

No otra conclusión se alcanza de la expresa aclaración que la parte convocante hace en su escrito de objeciones, a que atrás se hizo referencia, en el sentido de limitar estas a las aseveraciones de la señora perito respecto del atraso de los libros.

El apoderado de la convocada es aún más explícito cuando hace énfasis que su queja se limita al silencio de la perito sobre la legalidad de la contabilidad de DDB y la incidencia que esto tenga desde el punto de vista probatorio. Con toda claridad deja advertir, tanto en su escrito de solicitud de aclaración y complementación como en de formulación de la objeción por error grave, que no discrepa propiamente del contenido del dictamen, el cual, en sus propias palabras: “... es un trabajo serio, juicioso y bastante respetable que merece el máximo grado de respeto...”<sup>(88)</sup>.

### **2.5.4. Conclusiones del tribunal.**

#### **2.5.4.1. Rechazo de las objeciones.**

Visto lo anterior, y con base en el marco interpretativo señalado en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia que atrás se transcribió, el tribunal concluirá que las objeciones por error grave no están llamadas a prosperar. Para el tribunal, el dictamen pericial se concentró en las cosas que debían ser materia del mismo de conformidad con los cuestionarios que se le plantearon. Respecto de los libros de contabilidad de DDB, la perito registró un hecho que no es controvertido, como es el de la última fecha de impresión, tomando como base doctrinas interpretativas que suscitan el rechazo desde el punto de vista jurídico de la parte convocante y que conducen después a lo que la convocada considera una “omisión” en el escrito de aclaraciones y complementaciones por no pronunciarse respecto de la legalidad de la contabilidad de DDB. Lo que echa de menos el apoderado de la convocada, —por lo menos en los términos que lo expresa—, implicaba en realidad una calificación jurídica de la perito, que no es su función porque, como se sabe y aquí se ha reiterado, esta consiste en auxiliar al juez o al árbitro en temas respecto de los cuales se supone que ellos carecen de experiencia.

De manera que antes que una objeción al dictamen, la tacha por error grave que ambas partes hacen es una discrepancia o una desavenencia respecto de los razonamientos de la perito o, como dice la Corte Suprema de Justicia en la sentencia citada “...sobre el proceso intelectual del perito...”, que llevaría al tribunal a la inadmisibles tarea de entrar a dilucidar quien tiene la razón, si las partes o la perito, respecto de un tema de carácter o contenido jurídico.

#### **2.5.4.2. El efecto del dictamen pericial en la decisión del tribunal.**

Por lo demás, también destaca el tribunal que el dictamen pericial no fue una pieza probatoria necesaria y mucho menos conclusiva de los razonamientos que lo llevaron a rechazar la totalidad de las pretensiones de la parte convocante, como se advierte con claridad de todo lo expuesto por el tribunal en capítulos precedentes de este laudo. En efecto, el dictamen pericial no fue ignorado por el tribunal y al mismo se acudió para evaluar su contenido —frente al cual ninguna de las partes tiene objeción alguna—, de manera armónica con otras pruebas que obran en el proceso; pero las decisiones alcanzadas no se afectan por razones como las invocadas por la parte convocada para impugnar su valor probatorio.

De conformidad con las “consideraciones previas” de este capítulo del laudo, para el tribunal el dictamen pericial rendido no descansa sobre bases equivocadas y por ello no hay razón a desestimarlos y en ello están de acuerdo las partes. Pero, además, el hecho que la contabilidad de DDB estuviere o no irregularmente llevada en nada cambia las decisiones tomadas por el tribunal, todas ellas contrarias a las pretensiones de la parte convocante contra quien operarían las sanciones probatorias que persigue la convocada a través de su objeción.

Por todo lo anterior, en la parte resolutive de esta providencia se dejará constancia que las objeciones por error grave planteadas por las partes no prosperan.

#### **2.6. Tacha de testigo.**

Debe ocuparse el tribunal en este punto de examinar los motivos y pruebas de la tacha de sospecha formulada en tiempo por el apoderado de la parte convocada, mediante memorial presentado ante este tribunal el día 27 de octubre de 2005 (fls. 17 y 18 del cdno. ppal. 2), respecto del testimonio del señor Federico Gaviria, a la luz de lo dispuesto en los artículos 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil.

La razón expuesta por el apoderado de la parte convocada, tiene como fundamento: “...la existencia de una investigación de tipo penal incoada por Colombia Móvil S.A. ESP en contra del señor Federico Gaviria, por la presunta conducta punible de abuso de confianza agravada, investigación con número de radicación 9355-2 en curso en la Fiscalía General de la Nación”.

Como quiera que el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil, en su inciso tercero ordena que los motivos y pruebas de la tacha se aprecien en la sentencia, procede el tribunal a resolver sobre lo indicado, no sin antes advertir que, de acuerdo con el último inciso del citado artículo 218, el juez debe apreciar los testimonios sospechosos “de acuerdo con las circunstancias de cada caso” y acorde con las reglas de la sana crítica.

Desde luego para resolver lo conducente, el tribunal observa que, según el artículo 174 del Código de Procedimiento Civil, “Toda decisión judicial debe fundarse en las pruebas regular y oportunamente allegadas al

proceso”, precepto que debe armonizarse con el inciso primero del artículo 187 del mismo código, y en cuya virtud “Las pruebas deberán ser apreciadas en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica...”.

Ahora bien, teniendo en cuenta lo manifestado por el apoderado de la parte convocada, encuentra el tribunal que las circunstancias relacionadas con la denuncia penal mencionada, podrían afectar la imparcialidad del testigo al declarar, así sea de manera involuntaria e inconscientemente, sin que esta afirmación implique juicio alguno de calidades profesionales y éticas del testigo. En consecuencia, se acepta la tacha presentada por la parte convocada, cuestión que el tribunal tuvo en cuenta al efectuar la valoración de esta prueba con las demás pruebas del proceso tal y como lo establece el Código de Procedimiento Civil.

## 2.7. Costas.

Como quiera que el tribunal ha encontrado que las pretensiones de la parte actora no han prosperado, y así lo reconocerá en la parte resolutive de este laudo, corresponde, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 5° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, pronunciar condena en costas.

En consecuencia el tribunal procederá a imponer la condena en costas a cargo de la parte convocante los siguientes términos:

### A. Honorarios del árbitro, la secretaria y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$60.774.300
IVA 16%	\$ 3.241.296
Honorarios de la secretaria	\$10.129.050
IVA 16%	\$ 1.620.648
Gastos de funcionamiento y administración- cámara de comercio de Bogotá	\$ 4.515.600
IVA 16%	\$ 722.496
Protocolización, registro y gastos	\$10.981.700
Total	\$91.985.090
50% pagado por cada parte	\$45.992.545
Total a cargo DDB y en favor de Colombia Móvil	\$45.992.545

### 2. Honorarios de los peritos

Honorarios de la perito gloria Zady Correa	\$ 9.000.000
IVA 16%	\$ 1.440.000
Total	\$10.440.000
50% pagado por cada parte	\$ 5.220.000
Total a cargo DDB y a favor de Colombia Móvil	\$ 5.220.000

### 3. Agencias en derecho

El tribunal fija el valor de las agencias en derecho tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, en la suma de:	\$20.258.100
Total a cargo DDB y a favor de Colombia Móvil	\$20.258.100
Total costas y agencias en derecho a cargo de DBB descontando el 50 por ciento de los	\$71.470.645

gastos y honorarios ya pagados por esta	
---	--

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por mitades por cada una de las partes.

### **3. Parte resolutive.**

Por las consideraciones anteriores, el tribunal de Arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia por habilitación de las partes y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Negar la totalidad de las pretensiones de la demanda presentada por DDB Worldwide Colombia S.A. contra Colombia Móvil S.A. ESP, por las razones expuestas en la parte motiva.

Segundo. Negar la solicitud formulada por Colombia Móvil S.A. ESP en la contestación de la demanda, relativa a la temeridad de DDB Worldwide Colombia S.A., por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

Tercero. Declarar que no prosperan las objeciones por error grave formuladas por las partes al dictamen pericial rendido por la señora perito Gloria Zady Correa.

Cuarto. Declarar que prospera la tacha por sospecha propuesta por Colombia Móvil S.A. ESP.

Quinta. Condenar en costas a la sociedad DDB Worldwide Colombia S.A. en la suma de setenta y un millones cuatrocientos setenta mil seiscientos cuarenta y cinco pesos (\$71.470.645), de acuerdo con lo establecido en la parte motiva, suma que incluye las agencias en derecho y que deberá ser pagada a favor de Colombia Móvil S.A. ESP, dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria de este laudo arbitral. La suma indicada devengará intereses moratorios comerciales a la tasa más alta que resultare viable legalmente a partir del vencimiento del término anterior.

Sexto. Declarar causado el saldo final de honorarios de los árbitros y de la secretaria. El presidente efectuará los pagos correspondientes.

Séptimo. Disponer que por secretaría se expidan copias auténticas de la presente providencia con destino a las partes y al representante del Ministerio Público. Las copias de las partes se expedirán con las constancias de ley.

Octavo. Disponer que una vez esté en firme esta providencia se protocolice el expediente en una Notaría del Círculo de Bogotá, y que si fuere el caso se devuelvan las sumas de dinero sobrantes por concepto de gastos, una vez deducidos los que se hayan hecho dentro del proceso. Se previene a DDB Worldwide Colombia S.A. sobre su obligación de suministrar el monto que llegare a faltar, de no ser suficiente la suma consignada para esa protocolización.

Notifíquese y cúmplase.

*Enrique Gaviria Lievano, presidente—José Francisco Chalela Mantilla, árbitro—Fernando Romero Velazco, árbitro.*

*Camila de la Torre Blanche, Secretaria.*

---