

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

DE

SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.

CONTRA

TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., siete (7) de diciembre de dos mil doce (2012).

Surtidas como se encuentran la totalidad de las actuaciones procesales previstas en el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y en la Ley 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 que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las diferencias entre **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S. CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.**, surgidas con ocasión del contrato de agencia comercial No. C-0651-10, previos los siguientes antecedentes y preliminares:

1. ANTECEDENTES

1.1. PARTES PROCESALES

1.1.1. Parte Convocante

La Parte Convocante de este trámite arbitral es **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, sociedad comercial debidamente constituida mediante documento privado del 25 de enero de 2007, inscrita el 26 de enero de 2007 bajo el No. 51.415 del Libro IX, convertida a Sociedad por Acciones Simplificadas, el 16 de marzo de 2011, transformación debidamente inscrita en la Cámara de Comercio de Cartagena, representada legalmente por **CLAUDIA PEREZ MILANES**, según el certificado de existencia y representación que obra a folios 24 a 26 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por la doctora **MARÍA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA**, de conformidad con el poder que obra a folio 14 del Cuaderno Principal No. 1.

1.1.2. Parte Convocada

La Parte Convocada de este trámite arbitral es **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá, identificada con el Nit.830037330-7, constituida mediante escritura pública No.003359 de la Notaria Treinta y cinco de Bogotá, del 23 de octubre de 1997, inscrita el 24 de octubre de 1997 bajo el No.00607786 del Libro IX, bajo la razón social de CELUMOVIL S.A., representada legalmente por **MARTHA ELENA RUIZ**, según el certificado de existencia y representación documentos que obra a folios 16 a 22 del Cuaderno Principal No. 1.

En este trámite arbitral está representada judicialmente por el doctor **JOSÉ ROBERTO SÁCHICA**, de conformidad con el poder que obra a folio 52 del Cuaderno Principal No. 1.

1.2. EL CONTRATO

Las controversias suscitadas entre las partes dimanaron del contrato de agencia comercial No. C-0651-10, cuyo objeto según la cláusula primera es:

“(…) Las partes se obligan recíprocamente, el Agente a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la comercialización de Productos y Servicios a terceras personas, actuando como agente de Telefónica Móviles, y Telefónica Móviles a pagar por dicho encargo la remuneración (en adelante la “Remuneración”) estipulada en la cláusula Cuarta:

El Agente no está autorizado a explotar en forma alguna el resto de negocios de Telefónica Móviles ni podrá comprometerse a que, en nombre de Telefónica Móviles, fabricará, prestará directamente o distribuirá cualquiera de los servicios o bienes de la agencia”¹.

1.3. EL PACTO ARBITRAL

Las partes acordaron pacto arbitral en la modalidad cláusula compromisoria contenida en el numeral 13.3 de la cláusula décima tercera del contrato de agencia comercial No. C-0651-10, que dispone:

“Toda diferencia que surja entre Telefónica Móviles y el agente en la interpretación del presente contrato, su ejecución, su cumplimiento y terminación, incluyendo el cobro de sumas de dinero que puedan ser exigibles, con base en acciones derivadas de títulos que presten merito ejecutivo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, estará integrado por tres (3) árbitros abogados en Colombia, decidirá en Derecho de conformidad con las leyes Colombianas y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de este, según dispongan las normas vigentes.”²

¹ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 3.

² Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 19.

1.4. INICIACIÓN DEL TRÁMITE

1.4.1. Con fundamento en la cláusula compromisoria antes transcrita, **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, presentó el catorce (14) de octubre de dos mil once (2011), solicitud de convocatoria a Tribunal de Arbitramento y demanda arbitral contra **TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.**³

1.4.2. Previa designación de los árbitros de común acuerdo por las partes, aceptación oportuna de éstos y citación de los doctores **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY, CAMILA DE LA TORRE BLANCHE, CÉSAR TORRENTE BAYONA**⁴, el primero (1º) de diciembre de dos mil once (2011), Acta No. 1, con la presencia de todos los árbitros, y los apoderados de las partes, se instaló el Tribunal de Arbitramento, designó como Presidente al doctor **JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY**, Secretaria a la doctora **JEANNETTE NAMÉN BAQUERO**, y profirió el Auto No. 1, fijándose como lugar de funcionamiento y secretaría la sede el Salitre del Centro de Arbitraje y conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, ubicada en la Avenida el Dorado No. 68 D- 35, piso 3 de Bogotá. De igual forma, mediante Auto No. 1 admitió la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por la parte convocante, y dispuso su notificación y traslado por el término legal de diez (10) días hábiles⁵.

1.4.3. El día dieciséis (16) de diciembre de dos mil once (2011), la Secretaría notificó personalmente el Auto admisorio de la demanda al apoderado de la parte convocada⁶.

1.4.4. Oportunamente, el día veinte (20) de enero de dos mil doce (2012), **TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.**, por conducto de su apoderado judicial, contestó la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, oponiéndose a las pretensiones, proponiendo excepciones de mérito y solicitando la práctica de pruebas⁷.

1.4.5. Por Secretaría, el día primero (1º) de febrero de dos mil doce (2012), se corrió el traslado de las excepciones de mérito propuestas en la contestación a la demanda.

1.4.6. El día seis (6) de febrero de dos mil doce (2012), la apoderada de la parte convocante recorrió el mencionado traslado⁸.

1.4.7. Mediante Auto No. 2, Acta No. 2, del veintidós (22) de febrero de dos mil doce (2012), el Tribunal fijó fecha y hora para la práctica de la audiencia de conciliación⁹.

1.4.8. Por Auto No. 4, Acta No. 3, de primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), el Tribunal declaró fallida la audiencia de conciliación, y dispuso la

³ Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 13.

⁴ Cuaderno Principal No. 1, folios 48 y ss.

⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 84 a 86.

⁶ Cuaderno Principal No. 1, folio 87.

⁷ Cuaderno Principal No. 1, folios 88 a 125.

⁸ Cuaderno Principal No. 1, folios 126 a 135.

⁹ Cuaderno Principal No. 1, folios 136 a 139.

continuación del trámite. El mismo día, mediante Auto No. 4, Acta 3, fijó la suma correspondiente a los gastos y honorarios del Tribunal, que fueran consignados dentro del término consagrado en el inciso primero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, en un cien por ciento (100%) por la parte convocada.

1.4.9. Mediante el Auto No. 4, Acta 3, primero (1º) de marzo de dos mil doce (2012), se fijó el día diez (10) de abril de dos mil doce (2012), para llevar a cabo la primera audiencia de trámite.

1.5. TRÁMITE ARBITRAL

1.5.1. Primera audiencia de trámite

El día diez (10) de abril de dos mil doce (2012), Acta No. 4, se realizó la Primera Audiencia de Trámite de conformidad con el Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y con los artículos 124 de la Ley 446 de 1998 y 147 del Decreto 1818 de 1998, se leyó la cláusula compromisoria suscrita en el contrato de agencia comercial. De igual forma se dio lectura a las cuestiones sometidas a la decisión del Tribunal contenidas en la solicitud de convocatoria y demanda arbitral presentada por **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S. CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.** Cuaderno Principal No. 1, folios 1 a 13), su respectiva contestación (Cuaderno Principal No. 1 folios 88 a 125); excepciones perentorias interpuestas y respuesta a las mismas (Cuaderno Principal No. 1, folios 126 a 135).

Previo análisis de la cláusula compromisoria, la existencia y debida representación de cada una de las partes y las pretensiones formuladas por la demandante, así como la contestación de la demandada, el Tribunal, mediante Auto No. 5 de diez (10) de abril de dos mil doce (2012), se declaró competente para conocer y decidir en derecho todas las controversias de contenido particular, económico y patrimonial surgidas entre las partes, en relación con el convenio celebrado entre las mismas.¹⁰

1.5.2. Audiencias de instrucción del proceso

Definida la competencia del Tribunal, se procedió a decretar las pruebas solicitadas por las partes mediante Auto No. 6 proferido en la audiencia del diez (10) de abril de dos mil doce (2012), Acta No. 4¹¹.

El trámite se desarrolló en trece (13) audiencias, en las cuales se asumió competencia, se decretaron y practicaron las pruebas solicitadas, se recibieron alegatos de conclusión y se profirió este Laudo.

1.5.3. Pruebas decretadas y solicitadas

Por Auto No. 6 proferido en audiencia del diez (10) de abril de dos mil doce (2012), Acta No. 4, el Tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes, las cuales se practicaron de la siguiente manera:

¹⁰ Cuaderno Principal No. 1, folios 151 a 165.

¹¹ Cuaderno Principal No. 1, folios 151 a 165.

1.5.3.1. Documentales

Se tuvieron como medios de prueba, con el mérito legal probatorio que a cada cual corresponde, los documentos allegados con la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, y los documentos allegados con la contestación de la demanda arbitral.

1.5.3.2. Oficios

Se ordenó oficiar a:

DATA CREDITO y **ASOBANCARIA**, con el fin de que alleguen al Tribunal, "los reportes del estado crediticio que le han efectuado a la convocante, tanto a título personal como persona jurídica, las distintas entidades bancarias, de los siguientes productos:

- Banco de Bogota (No.005772), BANCOLOMBIA (00191, 00270 Y 000330) y BBVA (68936) ya contraídas por SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIONES S.A.S.
- A título personal y solo uno de ellos a nombre de la sociedad, ante el Banco de Bogota (No.4599190005977366) Banco Santander (No.820000161739, el No.161751, No.746522 y No.986811) y Falabella (No.003852 y No.383800)".

DATA CREDITO envió los documentos solicitados el día veintiuno (21) de septiembre de 2012 y **ASOBANCARIA** el día el día siete (7) de septiembre de 2012.

1.5.3.3. Testimoniales

El Tribunal decretó y practicó los testimonios de los Señores **YURIS SOLANO URUETA, ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CALDERON, JENNY MABEL ARDILA LHOESTE**, el día nueve (9) de mayo de dos mil doce (2012); **ANDRÉS MAURICIO MUÑOZ ACOSTA, JHON IGLESIAS ULLOQUE, JHON ELVER CABRA SUÁREZ**, el día quince (15) de mayo de dos mil doce (2012); **LILIEITH ZURITA CASTRO**, el día veintiuno (21) de junio de dos mil doce (2012). Las transcripciones de las grabaciones de estos testimonios se pusieron a disposición de las partes y se agregaron al Cuaderno de Pruebas No. 3 del expediente.

El apoderado de la parte convocante desistió del testimonio del señor **MATILDE ISABEL NAVAS ROA**. El Tribunal mediante Auto No. 11 de veintiuno (21) de junio de 2012, aceptó el desistimiento.

De igual forma, el apoderado de la parte convocada desistió de los testimonios de los señores **RAMÓN LASPRIELLA**. El Tribunal mediante Auto No. 11 de veintiuno (21) de junio de 2012, aceptó el desistimiento.

El apoderado de la parte convocante tachó como sospechoso al testigo **ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CALDERÓN**, en curso de la audiencia del día nueve (9) de mayo de 2012.

1.5.3.4. Interrogatorio de parte

El Tribunal decretó el interrogatorio de parte de la Representante Legal de la parte demandante, **CLAUDIA PATRICIA PÉREZ MILANÉS** que se llevó a cabo en audiencia del día quince (15) de mayo de 2012.

1.5.3.5. Dictamen Pericial Contable

Se decretó y rindió un dictamen pericial contable¹² por parte del doctor **JAIRO ABADIA NAVARRO**, en los términos solicitados por ambas partes. El correspondiente peritaje fue presentado al Tribunal el día seis (6) de junio de dos mil doce (2012), cuya contradicción se surtió de conformidad con la ley. El día veintisiete (27) de junio de dos mil doce (2012), el Tribunal, de oficio solicitó la aclaración y complementación del dictamen pericial; el informe de aclaraciones fue rendido por el señor perito el día dieciséis (16) de julio de 2012¹³.

El día veintisiete (27) de julio de 2012, la apoderada de la parte convocante objetó por error grave el dictamen pericial contable. El mismo día el apoderado de la parte convocada objetó por error grave el dictamen pericial contable.

1.5.3.6. Inspección judicial con exhibición de documentos.

Por Auto 6, Acta 4, de diez (10) de abril de dos mil doce (2012), el Tribunal, de conformidad con el artículo 244 del Código de Procedimiento Civil, aplazó el decreto de la inspección judicial solicitada por la parte convocada en la contestación a la demanda.

En audiencia celebrada el día veintitrés (23) de agosto de 2012, el apoderado de la parte convocante manifestó "*que desiste de la inspección judicial con exhibición de documentos en la oficinas de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.***"

Mediante Auto No. 14, Acta No. 10, de veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012), el Tribunal aceptó el desistimiento de la inspección judicial.¹⁴

1.5.4. Audiencia de alegatos de conclusión

En audiencia celebrada el día veinticinco (25) de septiembre de 2012, el Tribunal "manifestó que se han practicado la totalidad de las pruebas solicitadas y decretadas en el presente proceso, por lo tanto, es necesario declarar cerrado y concluido el periodo probatorio.

"Los apoderados de las partes, reiteraron que todas las pruebas fueron evacuadas conforme a la ley y según las observancias de las formalidades propias del juicio, por lo que están conformes y solicitan declarar cerrado el periodo probatorio".

Mediante Auto No. 16 de la misma fecha el Tribunal declaró cerrado y concluido el periodo probatorio y fijó fecha para la audiencia de alegatos de conclusión.

¹² Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 35 a 59

¹³ Cuaderno de Pruebas No. 3, folios 89 a 90.

¹⁴ Cuaderno Principal No. 1, Folios 254 a 258.

Concluida la etapa probatoria, el señor apoderado de la parte convocada en audiencia celebrada el día veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012), expuso sus alegatos de manera oral y al final entregó la presentación en powerpoint por él realizada.¹⁵ La parte convocante no asistió a la audiencia de alegatos ni entregó escrito alguno contentivo de los mismos.

1.6. AUDIENCIA DE FALLO

Mediante Auto No. 17, Acta No. 12, de veintitrés (23) de octubre de dos mil doce (2012), el Tribunal señaló el presente día y hora para la audiencia de fallo que se realiza.¹⁶

1.7. TÉRMINO PARA FALLAR

De conformidad con el artículo 14 del Reglamento de procedimiento¹⁷ del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, *"El trámite arbitral tendrá la duración señalada por las partes en su pacto arbitral. En caso de no contener éste indicación alguna, tendrá una duración máxima de seis (6) meses contados a partir de la primera audiencia de trámite. Dicho plazo podrá ser prorrogado de oficio por los árbitros, por una o varias veces, siempre y cuando dichas prórrogas no sumen, en total, el plazo originalmente pactado por las partes o el que supletivamente aquí se establece. Dentro de dicho plazo y prórrogas se entienden incluidas las suspensiones que las partes acuerden conforme a las reglas generales"*¹⁸.

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

- (i) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el día diez (10) de abril de 2012, mediante Auto No. 5, Acta 4.
- (ii) Por Auto No. 14, Acta No. 10, del veintitrés (23) de agosto de dos mil doce (2012), el Tribunal, prorrogó el plazo de duración del Tribunal, por seis (6) meses más contados a partir del vencimiento del término inicial.
- (iii) Teniendo en cuenta que la primera audiencia de trámite culminó el diez (10) de abril de 2012 y habiéndose prorrogado el proceso, el término legal vencería el día nueve (9) de abril de dos mil trece (2013).

Por consiguiente, el Tribunal se encuentra en la oportunidad legal para proferir el fallo.

¹⁵ Cuaderno Principal No. 1, folios 367 a 388.

¹⁶ Cuaderno Principal No. 1, folios 365 a 366.

¹⁷ Aprobado por el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio 0FI07- 1117-DAJ-0500 del 18 de enero de 2007. Publicado en la Página Web <http://cac.ccb.org.co> el 1 de marzo de 2007.

¹⁸ Aprobado por el Ministerio del Interior y de Justicia, mediante oficio 0FI07- 36865-DAJ- 0500 del 13 de diciembre de 2007. Publicado en la Página Web <http://cac.ccb.org.co> el 14 de diciembre de 2007.

1.8. La Demanda y su Contestación

1.8.1. Pretensiones

En la solicitud de convocatoria y demanda arbitral, la parte convocante, **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, formuló las siguientes:

"PRETENSIONES

PRIMERA.- Que se dé por terminado el contrato de agencia comercial. No. C-0651-10, suscrito con **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S.**, dado el incumplimiento de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en sus obligaciones contractuales.

SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en razón de los perjuicios materiales y morales causados a **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S.**, a título de indemnización.

TERCERA.- Que dichos perjuicios se estiman razonadamente y bajo la gravedad del juramento, en la siguiente cuantía, clasificados así:

3.1.- Perjuicios Materiales

Daño emergente:

- Por concepto de descuentos efectuados a la convocante por supuestos fraudes en las ventas, por valor de **TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTISEIS PESOS (\$33.491.826.00)**.
- Por concepto de préstamos bancarios por valor de **CINCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$52.162.338.00)** por lo que debió solicitar créditos a título personal y solo uno de ellos a nombre de la sociedad, ante el Banco de Bogotá (No.4599190005977366) Banco Santander (No.820000161739, el No.161751, No.746522 y No.986811) y Falabella (No.003852 y No.383800) , como quiera que la agencia ya no podía demostrar ingresos como persona jurídica, para poder sostener el negocio durante los meses de enero a septiembre del año que avanza, en la suma de **SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$75.471.641.00)** – VER CUADRO ANEXO –
- Por concepto de Cesantía Comercial, cuyo valor habrá de establecerse pericialmente, figura jurídica contenida en el artículo 1324 del Código de Comercio y contemplada en el numeral 5.1 de la cláusula quinta del contrato de agencia suscrito entre las partes, como prestación mercantil especial.

Lucro Cesante: En razón de los ingresos dejados de percibir por mi representada desde el mes de enero hasta el mes de octubre del año en curso, equivalente a la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$20.000.000.00) que corresponden al promedio de la facturación correspondiente a los últimos seis (6) meses (julio a diciembre) del año dos mil diez (2010), comparados con los primeros seis (6) meses del año que

avanza (enero a junio) para un total de **DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.oo)**.

3.2.- Perjuicios inmateriales o morales

Por ser aquellos que vulneran los derechos de la personalidad, tales como la integridad, imagen comercial, honorabilidad, derecho al nombre dada su intachable reputación crediticia, en el evento de ser reportada en Centrales de Riesgo, o las libertades individual, como el derecho a desarrollar empresa, la convocante tiene derecho a que le sean resarcidos los mismos, por valor de cincuenta salarios mínimos legales vigentes, equivalentes a **VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$26.825.000.oo)**

CUARTA.- Que se condene a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, al pago de los intereses corrientes causados a partir de la fecha de cada descuento efectuada a la sociedad **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, así como los moratorios a partir de la fecha de constitución en mora (artículo 90 del C de P.C.), es decir de la notificación de la admisión de esta solicitud de convocatoria arbitral, de acuerdo a las fluctuaciones que mes a mes certifique la Superintendencia Financiera de Colombia.

QUINTA.- Que se ordene a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, al pago de la indexación de las sumas a que haya lugar, resultante de la condena aquí impuesta a favor de **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S.**

SEXTA.- Que se condene en costas a la sociedad **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** a favor de **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S."**

1.8.2 Los hechos de la demanda y su respectiva contestación

Las pretensiones formuladas por la parte convocante están fundamentadas en los hechos que se resumen a continuación, con su respectiva respuesta.

Según la demanda, entre las partes se suscribió el contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10, que empezó a regir a partir del primero (1º) de octubre del 2012 hasta el treinta (30) de septiembre del 2011.

Expresa la apoderada que se trató de un mandato sin representación, según la cláusula segunda del mencionado contrato. De igual forma, transcribe varias cláusulas contractuales entre ellas el numeral 3.5 de la cláusula tercera del contrato de agencia comercial referente a la celebración de contratos de servicio y de compraventa de productos; el numeral 3.6. de la misma cláusula tercera, en cuanto a los Productos autorizados.

Manifiesta que el Anexo 5 del contrato contenía el Manual de Operaciones, que señala en su numeral 4 el proceso de activación de clientes y de operaciones comerciales, en virtud del cual la convocante a través de una herramienta implementada por Telefónica Móviles y denominada Enlace Movistar, obtenía una autorización para que realizara la venta al cliente e igualmente la convocada era quien indicaba en que plan se podía activar o si no se le podía hacer la venta al mismo.

Según el contrato, la convocada definía las políticas y procedimientos establecidos para el manejo de las sanciones aplicables por conductas irregulares o fraudulentas que pudieran tener lugar durante el proceso de nuevas conexiones y/o transacciones u operaciones comerciales de todos los diferentes productos, incluyendo pre-pago. De igual forma señalaba el trámite de objeciones a penalizaciones según políticas de Fraude y el procedimiento a seguir.

En el Anexo Prevención de irregularidades en las ventas, anexo 4, se definió el concepto de fraude, la irregularidad o métodos de comunicaciones no autorizadas, como aquellas actividades o modalidades utilizadas por personas naturales o jurídicas, tendientes a violar en forma directa o indirecta el régimen de telecomunicaciones, y en especial el marco legal de la prestación del servicio de Telefonía y de cualquier venta o servicio de atención en telecomunicaciones o actividad inherente a estos servicios.

Relata la demanda que se realizaron unas ventas de líneas de celulares través de la convocante a las que Telefónica Móviles S.A, les hizo una verificación telefónica, pero no existió prueba de ello, simplemente la convocada le informó de forma verbal a la convocante, que al efectuarla, en unos casos los clientes no contestaron la llamada o al momento de hacer la llamada la línea no se encontraba disponible etc.

Lo anterior, según la demanda fue considerado como fraudulento por parte de la convocante y se procedió a descontarle el valor de las ventas efectuadas por las líneas telefónicas, y las comisiones y bonificaciones obtenidas por productos de prepago y postpago, así como de los valores facturados por concepto de servicio de comunicaciones.

El 16 de febrero del año del 2011, la convocante informó a la convocada que no se le estaban enviando las publicaciones o listados de las supuestas ventas fraudulentas, y que desde el mes de Noviembre de 2010, ya había recibido descuentos por tales conceptos. Adicionalmente, relata, que se le informaba de los perjuicios que se le estaban causando.

Después de varios requerimientos por parte de la convocante para que se revisara su caso, el 14 de abril de 201 la convocada le cerró las transacciones de operaciones comerciales por la página web.

Por lo anterior se interpuso una acción de tutela radicada bajo el No. 13-001-4088-010201100017-02, cuyo conocimiento le correspondió al Juzgado Décimo Penal Municipal con funciones de control de garantías, por violación al debido proceso y al habeas data, al haber hecho incumplir a la accionante con sus obligaciones crediticias mas dicha decisión fue revocada en segunda instancia por el Juzgado Sexto Penal del Circuito de la ciudad de Cartagena, y mediante fallo de fecha 16 de junio del año en curso, dispuso conceder el amparo de manera transitoria, ordenando suspender los cobros realizados, concediendo un término de cuatro (4) meses a partir de la notificación del mismo, para que su cliente recurriera ante el Tribunal de Arbitramento que hoy nos ocupa, es decir antes del 16 de octubre de esta misma anualidad, como en efecto se está cumpliendo con la presentación de la solicitud a este trámite arbitral.

Agrega la demanda que en razón de la conducta violatoria del contrato suscrito entre las partes la convocada, dejó a la convocante sin recursos económicos para poder continuar desarrollando su labor como agente comercial.

La afectación de su negocio, como perjuicio material, ha dado lugar al daño moral, como quiera que como persona jurídica ha sido sometido el desprestigio comercial, debido a que se le ha señalado como un Agente de poca confiabilidad, por el supuesto alto índice de fraude.

Posteriormente la apoderada en su demanda señala cada uno de los perjuicios tanto materiales como morales que sufrió su representada.

El día 28 de julio del 2011, Telefónica Móviles, le informó a la convocante su decisión de no prorrogar el contrato No.0651-10, razón por la cual dicha vinculación terminó el 31 de octubre de 2011.

Con base en la cláusula novena del contrato de agencia comercial, el mismo se extendía hasta el 30 de septiembre de 2011, y en el evento de que una de las partes decidiera no prorrogarlo, debía dar aviso a la otra por lo menos con tres (3) meses de anticipación, situación que no sucedió.

Así las cosas, la fecha de vencimiento del contrato, era el 31 de octubre de 2011 y como se dio el aviso en forma extemporánea, el contrato se prorrogó.

Por último expresa que como se pretende la terminación del contrato, dado el incumplimiento de Telefónica Móviles S.A., ese incumplimiento también da lugar al pago de la Cesantía Comercial, a favor de la convocante.

TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., al contestar la demanda se opuso expresamente a las pretensiones, aceptó unos hechos, negó otros, y solicitó la práctica de pruebas. Propuso excepciones perentorias denominadas:

1. Inexistencia de los incumplimientos alegados.

Manifiesta que los incumplimientos alegados por la convocante y que están vinculados a la aplicación de las penalizaciones y los descuentos, son inexistentes. Expresa que Telefónica honró el contrato y sus términos, durante su ejecución contractual.

2. Inexistencia de las obligaciones que se presentan como incumplidas.

Expresa que la convocante reclama el cumplimiento por parte de la convocada de diversas obligaciones que no fueron pactadas.

3. Comportamiento contrario a sus propios actos. Mala fe de la convocante.

Manifiesta que la demanda elevada ante éste Tribunal por la convocante, tendiente a la declaración de incumplimientos en cabeza de Telefónica, desconocen sus propios actos anteriores ejecutados en desarrollo de los contratos que celebraron con Telefónica.

Agrega que durante la ejecución contractual la convocante no manifestó alguna inconformidad o rechazo sobre los contratos que celebró o de las condiciones que se pactaron. Al contrario, aceptó su contenido contractual y nunca elevó queja a Telefónica

Por lo anterior, no se ajusta a la buena fe contractual, su conducta de imputar incumplimientos a las relaciones contractuales.

4. Profesionalismo actora- incumplimiento a los deberes que le competen.

Sustenta esta excepción manifestando que es discutible que la convocante pueda esgrimir un incumplimiento de Telefónica, en razón a la profesionalidad, experiencia y capacidad que demostró al momento de contratar.

Expresa que la convocante desde la celebración del primer contrato, tuvo conocimiento en cuanto a la existencia de penalizaciones y descuentos, y a los procedimientos establecidos para su aplicación.

De igual forma, expresa que la convocante fue capacitada y alertada por parte de Telefónica a fin de que no se produjeran los hechos que daban lugar a las penalizaciones.

5. Culpa de la víctima:

Manifiesta que una de las causas de exoneración de la responsabilidad contractual es la culpa de la víctima, por lo que la convocada afirma que dichos perjuicios que reclama en la demanda la convocante tienen origen en la gestión del propio agente, ya que faltó a sus deberes de prudencia al no tomar las medidas adecuadas para legalizar ventas de terceros sin controles de fraudes.

6. Ausencia de prueba sobre el nexo causal:

Sustenta esta excepción en el hecho de que los perjuicios alegados por la convocante, no tienen relación con la gestión de Telefónica.

7. Inexistencia de prueba sobre los perjuicios alegados.

Alega que los perjuicios solicitados por la actora son inexistentes, por cuanto corresponden a cargas propias de su actividad valoradas en el marco del riesgo que el agente decidió asumir al contratar créditos, préstamos y no pagos de aportes parafiscales y otros.

8. Cumplimiento del contrato:

Expresa que Telefónica entregó al agente la información acordada, así como toda aquella adicional que de tiempo en tiempo se le solicitó, por lo que su decisión de no otorgar plazos adicionales para la aplicación de descuentos en el mes de marzo del año 2011 no puede ser tenido como base de un incumplimiento.

9. Terminación del contrato por vencimiento del plazo:

Manifiesta que el contrato terminó por el vencimiento del plazo acordado.

10. Aceptación de las obligaciones a su cargo:

Expresa que la convocante siempre reconoció la deuda a su cargo por fraudes y penalizaciones, no objetó las liquidaciones y pidió plazos para pago.

11. Compensación:

Solicita al Tribunal que en el evento en que tanto la convocante como la convocada resulten recíprocamente deudoras, se aplique esta forma de extinguir las obligaciones.

12. Pago:

Sostiene que Telefónica canceló todos los servicios prestados por la convocante, hubo pago total de Telefónica por cualquier concepto relacionado con el contrato cdelebrado.

13. Aceptación de las condiciones de remuneración contractualmente pactadas. Inexistencia de derecho para reclamar. Unilateralismo lícito:

Sustenta esta excepción manifestando que según el contrato el el agente convino con la convocada la posibilidad de que ésta aplicara sanciones por ventas irregulares. Situación que fue conocida, acordada y aceptada con el agente desde un principio.

Por lo anterior manifiesta que las pretensiones de resarcimiento de perjuicios constituyen un ánimo de enriquecerse sin justa causa, en la medida en que de ordenarse dicho pago, éste no tendría justificación.

14. Desconocimiento de actos propios:

Manifiesta la buena fe impone un deber jurídico de respeto y sometimiento a una situación jurídica creada anteriormente por la conducta del mismo sujeto, evitando así la agresión a un interés ajeno y el daño consiguiente.

“Para Telefónica se creó la confianza y la certeza de la legalidad de todos sus contratos y acuerdos, de donde resulta discutible la actitud de la parte convocante de *venire contra factum proprium* muchos tiempo después, a pesar de haber mantenido relaciones comerciales con la convocada que le reportaron utilidades y beneficios”

15. Validez de las cláusulas contractuales o anexos de los contratos.

Expresa que los negocios jurídicos celebrados y ejecutados por las partes llegan a sede judicial o arbitral con la presunción de su validez y eficacia.

Alega que en este caso sometido a decisión del Tribunal, la convocante firmó el contrato y lo ejecutó normalmente durante un tiempo determinado. No existe prueba de que hayan existido vicios del consentimiento de la convocante:

16. Incumplimiento del deber de mitigar el daño o impedir la propagación de sus efectos.

Expresa que durante la ejecución contractual la convocante, no adoptó acciones que impidieran la causación o propagación de los daños presuntamente causados, por lo que, no podría alegar daños cuando no adoptó las acciones encaminadas a evitar la causación de los mismos.

17. La genérica.

Por último solicita al Tribunal declarar cualquier otra excepción que resulte probada en el proceso.

2.- CONSIDERACIONES

Una vez precisada la controversia planteada por las partes, para su decisión en derecho, el Tribunal:

- I. En primer lugar, se referirá a los presupuestos procesales.
- II. En segundo término, se pronunciará sobre la objeción por error grave al dictamen pericial contable.
- III. En tercer lugar, se ocupará de la tacha del testigo **ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CALDERÓN**.
- IV. Como cuarto aspecto, el estudio de las pretensiones de la demanda.
- V. Paso seguido hará referencia a las excepciones planteadas por la convocada.
- VI. Por último, abordará el tema de la liquidación de las costas del proceso

I. LOS PRESUPUESTOS PROCESALES

La totalidad de los denominados "presupuestos procesales"¹⁹ concurren en este proceso, así:

1. DEMANDA EN FORMA

La demanda se ajusta, en lo formal, a la plenitud de las exigencias normativas consagradas por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil. En su oportunidad fue admitida por el Tribunal, sin reparo de la parte demandada.

2. COMPETENCIA

El Tribunal, según analizó detenidamente en la providencia proferida el 10 de abril de 2012, como consta en el Acta No 4, es competente para el juzgamiento y decisión de la controversia planteada en las pretensiones de la demanda, todas de contenido particular, específico y concreto, de naturaleza patrimonial, económica y susceptibles de transacción y disposición entre sujetos plenamente capaces y, por ende, de "pacto arbitral".

¹⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 19 de agosto de 1954.

Las partes de este proceso, en ejercicio del derecho constitucional fundamental de acceso a la Administración de Justicia, al tenor de los artículos 116 de la Constitución Política²⁰, 8 y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia número 270 de 1996, 3 y 111 de la Ley 446 de 1998, y 115 del Decreto 1818 de 1998, están facultadas para acudir al arbitraje como mecanismo judicial de solución de las controversias, y ante la imposibilidad de solucionarlas por la vía del arreglo directo, en efecto han promovido el presente arbitramento y comparecido por conducto de sus representantes legales y apoderados judiciales, con concurrencia de la plenitud de las exigencias normativas para tal efecto, para efectos de someter el conflicto al conocimiento y juzgamiento de árbitros.

Es sabido que la arbitral, como expresión de la jurisdicción del Estado, encuentra reconocimiento y legitimidad constitucional, y por su virtud se confiere transitoriamente la función pública de administrar justicia a sujetos habilitados por las partes y el ordenamiento jurídico, según el artículo 116 de la Constitución Política a cuyo tenor:

"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia, en la condición de conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".

La naturaleza jurisdiccional de la jurisdicción arbitral está consagrada igualmente en los artículos 8 y 13 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia -270 de 1996-, en los artículos 3 y 111 de la Ley 446 de 1998 y ha sido avalada por la jurisprudencia constitucional.²¹

Los árbitros investidos de la función de administrar justicia, por mandato constitucional, en el ejercicio de su actividad integran la jurisdicción del Estado, ostentan para el caso concreto el carácter de juzgadores, están sujetos a idénticos deberes y responsabilidades y como verdaderos jueces con *iurisdictio*, profieren providencias judiciales²², autos de trámite, interlocutorios y una sentencia denominada laudo arbitral.

²⁰ El Artículo 116, inciso 4º, modificado por el artículo 1º del Acto Legislativo Número 003 de 2002, establece: *"Los particulares pueden ser investidos transitoriamente de la función de administrar justicia en la condición de jurados en las causas criminales, conciliadores o en la de árbitros habilitados por las partes para proferir fallos en derecho o en equidad, en los términos que determine la ley".*

²¹ Corte Suprema de Justicia, Sentencia de mayo 29 de 1969, Ponente, Luis Sarmiento Buitrago, G.J. CXXXVII, n. 2338, pp. 58 ss; Sentencia de 28 de julio de 1977, Ponente, Eustorgio Sarria, G.J. CLVI, n. 2396, pp. 210 ss; C-42 de 1991; Corte Constitucional, sentencias T-592/92, C-059/93, C-226/93, T-538/94, C-247/94, T-057/95, C-294/95, SU-342/95, C-431/95, T-544/95, C-451/95, T-268/96, C-037/96, C-242 de 1997, (anotando: "2. El arbitramento es una institución que implica el ejercicio de una actividad jurisdiccional que con carácter de función pública se concreta en la expedición de fallos en derecho o en equidad"); C-160/99; C-163 de marzo 17 de 1999, C-642 de 9 de septiembre de 1999; SU-091 febrero 2 de 2000; C-330 de 22 de marzo de 2000, C-1436 de octubre 25 de 2000, C-60, 24 de enero de 2001; C-1038 de 28 de noviembre de 2002, Ponente, Eduardo Montealegre.

²² Concepto de 24 de septiembre de 1975, la Sala de Consulta y Servicio Civil del Consejo de Estado, Ponente, Samuel Arango Reyes; J. BENETTI S., *El Arbitraje en el Derecho Colombiano*, 2ª éd., Bogotá, Temis, 2001, pp.129 ss; R. BEJARANO G, *Los procesos declarativos*, Bogotá, Temis, 1998, pp. 355 ss.

3. CAPACIDAD DE PARTE

SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S. y TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A. son sujetos plenamente capaces y, por tratarse de un arbitramento en derecho, han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, abogados titulados, debidamente constituidos y, por ende, con "capacidad procesal" o "para comparecer a proceso".

Conviene señalar, por último, que el Laudo que pone fin al litigio, conforme a lo pactado, se profiere en derecho, y dentro del término para su pronunciamiento.

II. LA OBJECCIÓN POR ERROR GRAVE AL DICTAMEN PERICIAL

Al Dictamen Pericial presentado por el Perito designado por el Tribunal, señor JAIRO ABADIA NAVARRO, el día 5 de julio de 2012 y su posterior aclaración de 16 de julio de 2012, se presentaron objeciones por parte de la Convocante y el Convocado.

En primera media se revisarán las objeciones realizada por la Dra. MARÍA DE LOS ANGELES BETTIN SIERRA, en su calidad de apoderada judicial de la parte Convocante, la cual radicó en escrito con fecha 27 de julio de 2012, la que denominó Objeción por Error Grave.

En dicho escrito la parte Convocante objeta el dictamen pericial por error grave, con fundamento en que el "*monto calculado para liquidar la cesantía comercial esta errado, al advertirse que entre el valor afirmado por el auxiliar de la justicia y las pruebas documentales precitadas, arroja una diferencia que asciende a **CUARENTA Y UN MILLONES DOSCIENTOS NOVENTA MIL PESOS (\$41.290.000).***"

La anterior cifra, según la objetante, se deriva de la supuesta falta de apreciación por parte del Perito, de las facturas, cartas de comisiones y certificados de retención en la fuente, para lo cual se recuerda se arrimaron al proceso varios documentos por parte de la Convocante y otros le fueron solicitados por el Tribunal a la Convocada.

Sea lo primero, aclarar y delimitar lo que se entiende por error grave en un dictamen pericial.

Según el artículo 238 numerales 4 y 5 del C.P.C se puede objetar el dictamen por error grave cuando haya sido determinante de las conclusiones a que hubieran llegado los peritos.

Tal error grave debe cumplir con dos características. En primera medida, debe recaer sobre el objeto del dictamen y no sobre las conclusiones que el Perito infiere. Y segundo, el error debe ser de tal entidad o magnitud que inequívocamente conlleve a la inferencia de conclusiones igualmente erróneas, toda vez que el objeto sobre cual se realizó el peritaje tiene base equívocas que conducirían al decreto de un nuevo peritaje.

En palabras de Consejo de Estado:

"En efecto, para que prospere la objeción del dictamen pericial por error grave se requiere la existencia de una equivocación de tal gravedad o una falla que tenga entidad de conducir a conclusiones igualmente equivocadas. Así mismo, se ha dicho que éste se contrapone a la verdad, es decir, cuando se presenta una inexactitud de identidad entre la realidad del objeto sobre el que se rinda el dictamen y la representación mental que de él haga el perito. Sin embargo, se aclara que no constituirán error grave en estos términos, las conclusiones o inferencias a que lleguen los peritos, que bien pueden adolecer de otros defectos.

En otros términos, la objeción por error grave debe referirse al objeto de la peritación, y no a la conclusión de los peritos." (Consejo de Estado, Sección Primera, C.P. Ostau de Lafont Pianeta Rafael, Rad. 25000-23-27-000-2004-02049-01, del 26 de noviembre de 2009)

Una vez establecido en qué consiste el error pasaremos a revisar el peritaje y su objeto.

En efecto, dentro del dictamen pericial realizado con ocasión de este Tribunal, se realizó visita el día 30 de mayo de 2012 a la dirección Carrera 10 No. 32-77, Edificio Comodora, Oficina 20, en la ciudad de Cartagena-Bolívar, con el fin de que el perito designado determinara, con base en los libros de comercio y libros de contabilidad de la Sociedad Sistemas Integrales de Comunicación S.A.S., el monto por concepto de Cesantía Comercia que se le debía pagar a esta.

Dentro de los hallazgos encontrados por el perito, se expresa en su escrito que

"NO fueron presentados los Libros Auxiliares ni Principales de Contabilidad, que permitan evidenciar la historia clara completa y fidedigna de las operaciones realizadas".

"Al indagar sobre los libros de Contabilidad la respuesta suministrada por la representante legal de la demandante fue: "El Contador señor Edison José Durango Baños, se quedo con ellos..."

"Para corroborar la existencia de los libros oficiales de contabilidad, solicite el certificado de registro de los libros de contabilidad emitido por la Cámara de Comercio de Cartagena, en el, no existe registro de libros oficiales de contabilidad del DEMANDANTE..."

"Igualmente se estableció la inexistencia de Comprobantes de Contabilidad, no existen partidas asentadas en los libros de resumen y en aquel donde se asienten en orden cronológico las operaciones, los soportes no están respaldando ningún comprobante de contabilidad, por lo que no existe la debida correspondencia con los asientos en los libros, por su inexistencia, en los cuales hubieran asentado los comprobantes."

El Dictamen Pericial se solicitó con el fin de determinar el monto de la cesantía comercial a favor de la sociedad Sistemas Integrales de Comunicación S.A.S y el objeto de dicho dictamen era sus propios libros comerciales y contables, los cuales no se aportaron. Obviamente, es una obligación de todo comerciante, según lo

dispuesto por el artículo 19 del Código de Comercio, llevar sus libros comerciales y contables de conformidad con la Ley, por su valor probatorio y por ser la única herramienta que tiene el Estado y los terceros para conocer de forma clara, completa y fidedigna, los hechos económicos y financieros de un comerciante.

Con base en lo anterior, el Tribunal solamente puede concluir, que si la contabilidad no es llevada de forma legal o ni siquiera existe, como se probó en el presente caso, no existía objeto de dictamen, los documentos revisados por el perito poco o nada dicen sobre los insumos necesarios para determinar el monto de la cesantía comercial y no pueden ser admitidos por este Tribunal por su falta de coherencia con la ley.

Además de lo anterior, en materia probatoria el artículo 68 del Código de Comercio dispone que "*Los libros y papeles de comercio constituirán plena prueba en las cuestiones mercantiles que los comerciantes debatan entre sí, judicial o extrajudicialmente.*"

Por tanto, la ausencia del objeto del dictamen, deja sin sustento probatorio a la parte que no lleve los libros de comercio y contables y como consecuencia de la falta de libros, el Tribunal deberá aplicar las reglas establecidas en el artículo 70 del Código de Comercio, que establece para el presente caso:

ARTÍCULO 70. Valor Probatorio de Libros y Papeles en Diferencias entre Comerciantes-Reglas. En las diferencias que surjan entre comerciantes, el valor probatorio de sus libros y papeles se determinará según las siguientes reglas:

5) Si una de las partes lleva libros ajustados a la ley y la otra no lleva contabilidad o no la presenta, se decidirá conforme a los de aquélla, sin admitir prueba en contrario.

La Corte Constitucional se pronunció sobre este numeral:

"En la última hipótesis, la que es objeto de esta demanda, uno de los comerciantes lleva cumplidamente sus libros de comercio, mientras el otro no lleva contabilidad de sus negocios o no la presenta. En este caso, el legislador ha previsto la consecuencia más severa para el comerciante que no presenta contabilidad –sea porque no la tiene o no la muestra en el proceso-. La ley aplica el principio general según el cual los libros de comercio debidamente llevados constituyen plena prueba en conflictos entre comerciantes." (Corte Constitucional, sentencia C-062 de 2008. M.P. Monroy Cabra Marco Gerardo)

Esta es exactamente la situación que se presenta en el caso objeto de análisis.

No podría tampoco el Tribunal aplicar la salvedad dispuesta por el artículo 288 del C.P.C. el cual dispone, para los comerciantes que no exhiban sus libros de comercio, lo siguiente: "*...salvo que aparezca probada y justificada la pérdida o destrucción de ellos o que habiendo demostrado siquiera sumariamente una causa justificada de su renuencia, dentro de los tres días siguientes a la fecha señalada para la exhibición, presente los libros en la nueva oportunidad que el juez señale*".

Lo anterior, dado que la parte Convocante ni siquiera trató de probar su pérdida o destrucción, toda vez que no tenía libros comerciales y contables.

Por lo anterior, el objeto del dictamen y la base con la cual se debe tomar la decisión sobre el monto de las cesantías comercial a favor de la Convocada, es la contabilidad de la sociedad Telefónica Móviles Colombia S.A. como bien lo hizo el Perito designado por el Tribunal.

El perito, en su escrito de aclaración fechado el 16 de julio de 2012, aclaró lo siguiente: *"Con base en los registros contables de Telefónica Móviles Colombia S.A. certificados por su Contadora Pública, LUZ ESTELLA ESPEJO MOLANO, la base de la liquidación es la siguiente:"*

Por lo anteriormente expuesto, el Tribunal adoptará el Dictamen pericial realizado por el Perito, toda vez que el mismo se realizó siguiendo las disposiciones legales y con fundamento en lo legalmente aportado y declarará inadmisibles las objeciones por error grave presentadas por la apoderada de la Convocante.

En relación con la objeción parcial presentada por la Convocada, en relación con la fórmula que se aplica para la tasación del 12% por concepto de cesantía comercial, el Apoderado señala lo siguiente:

*"...el señor perito calculó la cesantía comercial como un 12% de todo lo recibido, cuando lo correcto es liquidar la doceava parte de todo lo recibido en promedio de lo que la Ley llama comisión, regalía o utilidad (entiéndase lo causado en el gasto), es decir un **%8.33 del promedio de la comisión, regalía o utilidad**, que para este caso son \$ 7.639.011"*

Con el fin de resolver esta objeción parcial, el tribunal recuerda que el artículo 1324 del Código de Comercio dispone:

"...a su terminación el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor."

Lo anterior significa que la tasación de la comisión comercial, es una suma equivalente a la doceava parte del promedio de todo lo recibido, en el evento en que el contrato haya durado menos de tres años.

Es decir, que en el caso objeto de análisis, se tendrán en cuenta *todos* los ingresos recibidos por Sistemas Integrales de Comunicación y de ahí se sacará la doceava parte, sin tener en cuenta el promedio por ser la duración del contrato menor a la establecida en la norma.

Para el presente caso, según el Dictamen Pericial los valores y conceptos devengados fueron:

CONCEPTOS DEVENGADOS	VALOR EN PESOS
Comisión	57.480.259.
Cientela Residual	6.102.759.
Bono Recarga Prepago	7.742.789.
Bonos	5.447.284.
Operaciones Comerciales	14.895.000.
Total Devengado	91.668.091

De este resultado se debería determinar el promedio, pero en este caso, al ser un año el periodo contractual, la cifra no se alterará.

De dicho promedio se deberá sacar lo equivalente a la doceava parte, es decir:
 $\$91.668.091/12 = \$7.639.011$

Por lo anterior, el valor a pagar por concepto de la cesantía comercial sería de Siete Millones Seiscientos Treinta y Nueve Mil Cero Once pesos (\$7.639.011), prosperando así la objeción parcial presentada por la Convocada, en relación con la fórmula que se aplica para la tasación del 12% por concepto de cesantía comercial.

En ese sentido habrá de pagarse solamente el 90% de los honorarios del perito.

III. LA TACHA DEL TESTIGO ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CALDERÓN

En audiencia del nueve (9) de mayo de 2012, conforme a las reglas previstas en el artículo 218 del Código de Procedimiento Civil y cuya declaración se decretó a instancia de **TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA** el apoderado de la parte convocante formuló la tacha contra el testigo **ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CLADERÓN**, en los siguientes términos:

"DR. SILVA: Habiendo conocido cuál es la experiencia y el vínculo que tiene el doctor... como testigo, me permito hacer la petición a ustedes, tachar al testigo como sospechoso para que con posterioridad ustedes evalúen si la tacha tiene o no fundamento según la declaración que dé en este momento frente a las preguntas que hace el apoderado de la parte convocada".

DR. GIL: Doctor Silva, ¿la prueba de la tacha cuál es?

DR. SILVA: La dependencia que tiene por más de 4 años con Telefónica Móviles.

DR. GIL: Se tomará nota por secretaría para determinarlo en el momento correspondiente. Doctor SÁCHICA, tiene la palabra".

Sobre el particular, el apoderado de **TELEFÓNICA MÓVILES** hizo la siguiente manifestación:

"DR. SÁCHICA: Voy a preguntarle simplemente dos precisiones en relación con la tacha, obviamente la dependencia laboral o de servicios de una persona... las partes en el proceso, es conocido por la jurisprudencia como que no hace presumir motivos de sospecha, y dos, para que el testigo quede tranquilo, no es que lo tachen a él de

sospechoso, sino a su declaración porque es que eso genera cierto impacto psicológico frente a lo que usted ha mencionado”.

Consideraciones del Tribunal

El artículo 218 del C.P.C dispone:

ARTÍCULO 218. TACHAS. Cada parte podrá tachar los testigos citados por la otra parte o por el juez. La tacha deberá formularse por escrito antes de la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de ella, presentando documentos probatorios de los hechos alegados o la solicitud de pruebas relativas a éstos, que se practicarán en la misma audiencia. Si el testigo acepta los hechos, se prescindiera de toda otra prueba.

Cuando se trate de testigos sospechosos, los motivos y pruebas de la tacha se apreciarán en la sentencia, o en el auto que falle el incidente dentro del cual se solicitó el testimonio; en los casos de inhabilidad, el juez resolverá sobre la tacha en la audiencia, y si encuentra probada la causal, se abstendrá de recibir la declaración.

El juez apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso.

Según la Corte Constitucional en sentencia C-790 de 2006:

“Por su lado, aquella parte contra quien se opone el testigo, tendrá la posibilidad de ejercer sus derechos de contradicción y defensa y para ello podrá advertir al juez que se ha citado a un testigo inhábil (sin capacidad para declarar) o a uno afectado con una mancha de sospecha, derivada del interés, parentesco, dependencia u otra razón que lo liga con la contraparte. En este sentido, para identificar a los testigos inhábiles y sospechosos, el legislador no acudió a una lista taxativa, sino que dejó un amplio margen de valoración en cabeza del juez (artículos 216 y 217 del C.P.C), de forma que en su función de búsqueda de la verdad, está facultado para impedir la declaración de los primeros o actuar con mayor rigor en la valoración de lo narrado por los segundos.

Respecto de los testigos sospechosos, quienes se encuentran en situaciones que afectan su credibilidad e imparcialidad y cuya declaración, si bien puede recibirse, ha de analizarse con severidad (art. 217 e inciso 3 del art. 218 del C.P.C), la Corte señaló:

“En cuanto al artículo 217 del C.P.C., éste lo que hace es definir como sospechosos a aquellos testigos que se encuentren en circunstancias que puedan afectar su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencia, sentimientos o intereses que tengan con las partes o sus apoderados, de sus antecedentes personales u otras causas que determine el juzgador ; ello por cuanto si bien la sola circunstancia de que los testigos sean parientes de una de las partes, no conduce necesariamente a deducir que ellos inmediatamente falten a la verdad, “...la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al

valorarla se someta a un tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones libres de sospecha., lo que permite concluir que dicha norma no es más que una especificación de las reglas de la sana crítica aplicadas al proceso civil.

No obstante lo anotado, cuando una controversia entre particulares debe ser dirimida por el juez competente, éste deberá definirla, como antes se dijo, a partir del análisis que realice del acervo probatorio, el cual está en la obligación de estudiar de acuerdo con las reglas que le impone el sistema de la sana crítica, lo que implica confrontarlas, permitir que las partes las contradigan y si es del caso las desvirtúen, y ponderarlas en conjunto, a la luz de su saber técnico específico y su experiencia.

En consecuencia, la ponderación de una prueba como el testimonio, obliga al juez a desplegar su actividad con miras a determinar la fuerza de convicción del mismo, para lo cual deberá remitirse a criterios de lógica y experiencia que le permitan valorarla en su real dimensión, sin que ello implique, como lo afirma el actor, que se quebrante la presunción de buena fe que se atribuye a todas las actuaciones de los particulares. Si ello fuere así, la labor del juzgador se limitaría al registro de la versión, de la cual no podría dudar, lo que dejaría sin sentido su actuación e impediría el objetivo último del proceso, que no es otro que el arribo a la verdad material.”

Al respecto y en el mismo sentido el Consejo de Estado se pronunció en sentencia del Consejero Ponente Marco Velilla Moreno del 2 de septiembre de 2010, radicado número 11001-03-24-000-2007-00191-00:

“Ahora bien, una vez aclarado que para la Sala es pertinente el citado testimonio, procede la Sala a resolver sobre si era posible rechazar el testimonio por ser sospechoso. Al respecto, la Sección Primera de esta Corporación ha dicho lo siguiente sobre los testigos sospechosos:(...) “Respecto del tema de “testigo sospecho”, dentro del sistema que adopta el C.P.C. para la valoración de la prueba, no existe descalificación legal de un testigo que se pueda calificar de “sospechoso”, ya que ello sería incompatible con el principio de la sana crítica que gobierna todo el régimen probatorio en nuestro medio, sin embargo, las razones por las cuales un declarante puede tildarse de sospechoso (amistad, enemistad, parentesco, subordinación, etc.), deben ser miradas por el juzgador como aquellas que pueden colocar al testigo en capacidad de engañar a la justicia; pero para ello, el juez debe hacer uso del análisis de la prueba, en su conjunto, a fin de llegar a una convicción aplicando las reglas de la sana crítica de la prueba. Y no resulta procedente desestimar de plano un testimonio, porque el artículo 218 del C.P.C. establece como norma de conducta para el juez apreciar los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso, y no desecharlos de plano. El calificar como sospechoso un testigo no implica necesariamente que este haya incurrido en un falso testimonio, pues, en la práctica, respecto de testigos que en principio puedan ser calificados sin tacha de sospecha, no puede

presumir el juez que siempre dicen la verdad; su dicho, como todo medio probatorio, debe evaluarse en conexidad con todos los demás medios de prueba aportados dentro de un proceso." En igual sentido, esta Sección ha manifestado que: «"La ley no impide que se reciba la declaración de un testigo sospechoso, pero la razón y la crítica del testimonio aconsejan que se le aprecie con mayor severidad, que al valorarla se someta a un matiz más denso que aquel por el que deben pasar personas libres de sospecha". "El valor probatorio de toda declaración de un testigo sospechoso de antemano se haya contrarrestado por la suposición de que sus afirmaciones no son verídicas y por consiguiente, por sí solos, jamás pueden producir certeza en el juez. Lo cual autoriza a decir que lo más aconsejable es que el testimonio sospechoso deba analizarse de cara a los demás medios de convicción, para así establecer si éstos, ofreciéndole respaldo, hacen evanescente la incredibilidad".» De acuerdo con lo anterior, resalta la Sala que los testigos sospechosos pueden declarar ante el juez, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 217 del C.P.C. y su declaración no puede ser rechazada de plano sino que debe ser evaluada con los demás elementos probatorios arrojados al proceso. En vista de lo anterior, el juez al momento de apreciar la prueba, tendrá que aplicar las reglas de la sana crítica para su estudio y determinar que tan sospechoso puede ser, pero no puede, de forma anticipada, negar la misma. En este mismo sentido, la Corte Constitucional ha sostenido que: (...) « Conforme a la doctrina constitucional el juez no tiene facultad para abstenerse de valorar un testimonio que considere sospechoso. En su lugar, debe efectuar una práctica más rigurosa del mismo y una evaluación detallada de cada una de las afirmaciones que lo compongan. En conclusión el juez, como director del proceso, debe asumir la responsabilidad de valorar bajo parámetros objetivos todas las pruebas allegadas a la investigación. Sólo puede descartar aquellas respecto de las cuales compruebe su ilegalidad o que se han allegado indebidamente o inoportunamente y, en todo caso, cualquiera que se haya obtenido con la vulneración del debido proceso".

La versión que rinde el testigo sobre el cual recae algún viso de sospecha, no tiene porque desecharse de entrada, sino que se le impone al juzgador un mayor cuidado en su valoración, para precisar su causa y el valor del testimonio.

El señor **ANGEL BELEÑO CALDERON**, se desempeña como jefe de pines de la regional Noroccidente de Telefónica Móviles con quién trabaja desde hace 4 años. En su declaración manifestó que manejaba toda en toda la costa el canal agentes con el grupo de comerciales en cada ciudad o de coordinadores. Lo anterior indica, que tiene una posición relevante frente a la relación comercial, que le permite tener una apreciación directa y clara de los hechos y exponerlos ante el Tribunal, como en efecto lo hizo. Encuentra el Tribunal que si bien la condición de empleado de **TELEFÓNICA MÓVILES** del Señor Beleño, podría llegar a afectar la imparcialidad del testigo al declarar, así sea de manera involuntaria e inconscientemente, sin que esta afirmación implique juicio alguno respecto de las calidades profesionales y éticas del testigo, 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 nuestro estatuto procesal, su testimonio merece credibilidad.

Por lo anterior, considera el Tribunal que la tacha formulada por la parte convocante no tiene vocación de prosperidad.

IV. EL ESTUDIO DE LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA

1. El Contrato

De acuerdo con lo expresado por la convocante en el hecho primero de su demanda, las partes celebraron el contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10 en el cual se dispuso que empezaría a regir a partir del 1º de octubre del año 2010 y terminaría, de no ser prorrogado, el 30 de septiembre del año 2011.

Por su parte, la convocada, al momento de contestar la demanda, acepta como parcialmente cierto dicho hecho y se refiere a los vínculos contractuales sostenidos entre las partes con anterioridad al contrato objeto de la controversia, es decir, el contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10.

Se hace entonces necesario resaltar que el contrato suscrito entre las partes, el cual obra a folios 28 a 75 del Cuaderno de Pruebas No. 1, recibió el nombre de Contrato de Agencia Comercial y en su cláusula primera se dispuso que el objeto del contrato consistía en:

"Por el presente contrato, las partes se obligan recíprocamente, el Agente a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la comercialización de los Productos y Servicios a terceras personas, actuando como agente de Telefónica Móviles, y Telefónica Móviles a pagar por dicho encargo la remuneración (...) estipulada en la Cláusula Cuarta."²³

En ese sentido, para el Tribunal es claro que en cuanto a la naturaleza del contrato no existe disconformidad entre las partes en el sentido de que se trata de un contrato de agencia mercantil. Tampoco existe duda alguna de que dicho contrato corresponde al tipificado en el artículo 1317 del Código de Comercio, en el que se define el contrato de agencia comercial de la siguiente manera:

*"Por medio del contrato de agencia, un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo.
La persona que recibe dicho encargo se denomina genéricamente agente."*

Ahora bien, frente a la vigencia del contrato objeto de controversia, en la cláusula novena, las partes pactaron que:

"El término de duración inicial del presente contrato irá desde el primero (1º.) de octubre de dos mil diez (2010) y se extenderá hasta el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011); además será

²³ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 29

prorrogable automáticamente por períodos sucesivos de un (1) año contado a partir de la fecha de vencimiento del período inmediatamente anterior, a menos que una de las partes avise a la otra por escrito, con una anticipación no menor de tres (3) meses, su decisión de no prorrogar."

Es de anotar que frente a la fecha en la que empezó a regir el contrato C-0651-10, no existe controversia pues ambas partes coinciden en que el contrato tenía vigencia a partir del 1º de Octubre de 2010. Sin embargo, frente a la fecha de terminación del contrato, la cuestión no parece tan clara. Aún cuando ambas partes manifestaron que inicialmente el contrato tenía vigencia hasta el 30 de septiembre de 2011, no existe claridad sobre la fecha en la que efectivamente terminó el contrato.

Así, en el hecho 15 de la demanda, la convocante afirma que el 28 de julio de 2011, Telefónica le informó su decisión de no prorrogar el contrato, por lo cual dicho vínculo debía terminar el 31 de octubre de 2011. Frente a este hecho, la convocante considera que no se cumplió con lo pactado en la cláusula novena, toda vez que el preaviso no se dio con la antelación mínima de tres meses, por lo cual el contrato fue prorrogado automáticamente.

Dice el citado hecho:

"DECIMO QUINTO : *Para la fecha del 28 de julio del año que avanza, Telefónica Móviles, le informó a la convocante su decisión de no prorrogar el contrato No.0651-10, razón por la cual dicha vinculación terminara el 31 de octubre de 2011.*

Con base en la clausula novena del precitado contrato de agencia comercial, el mismo se extendía hasta el 30 de septiembre de 2011, y en el evento de que una de las partes decida no prorrogarlo, deberá dar aviso a la otra por lo menos con tres (3) meses de anticipación.

Lo anterior se presta para dos interpretaciones, la primera, por ser esa realmente la fecha de vencimiento del contrato, es decir el 31 de octubre de 2011, el contrato vence este día y la segunda, que de no ser esta la fecha de terminación del contrato sino el 30 de septiembre del año en curso, el contrato se encuentra prorrogado, al haberse dado el aviso en forma extemporánea".

Por su parte, y partiendo del presupuesto de que el contrato se encuentra vigente, en la pretensión primera de la demanda, se solicita lo siguiente:

"PRIMERA.- *Que se dé por terminado el contrato de agencia comercial. No. C-0651-10, suscrito con **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S,** dado el incumplimiento de **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.,** en sus obligaciones contractuales".*

En síntesis, en el hecho 1º de la demanda, se afirma que el contrato se terminó el 30 de Septiembre de 2011; en el hecho 15 se afirma que la terminación ocurrió el 31 de Octubre de 2011, y en la pretensión primera, por el contrario, se solicita al Tribunal que se decrete la terminación del contrato. Tal antinomia parece

acentuarse con lo expresado por la convocante en la contestación a las excepciones previas, pues al referirse a la excepción **9-Terminación del contrato por vencimiento del plazo**, expresó:

"Lo que manifiesto es que independientemente, de cómo Telefónica quiera considerarlo, prorrogado o no, para nosotros la terminación del contrato se da en razón, con ocasión, y en virtud del incumplimiento de esta, al omitir el agotamiento del pluricitado procedimiento contenido en el numeral 5 (página 28) del Anexo No.4, alusivos al Trámite de objeciones a penalizaciones según políticas de Fraude, así como su incumplimiento no solo en el cierre injustificado de las operaciones comerciales sino del término de los 90 días, establecidos en la cláusula Décima, nral 10.1 del contrato y no por ninguna otra causal como ahora se pretende hacer ver, buscando la exoneración de los perjuicios aduciendo Culpa de la víctima, amén de que la demanda arbitral fue presentada antes del 31 de octubre de 2011".(Se subraya).

La insistencia, en el sentido de que lo que se pretende es que el Tribunal decrete la terminación del contrato por incumplimiento de TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA, aparece patente en el siguiente hecho de la demanda:

"DECIMO SEXTO: *En todo caso, como se pretende la terminación del contrato, dado el incumplimiento de Telefónica Móviles S.A., ella también dará lugar al pago de la Cesantía Comercial, a favor de la convocante, equivalente a la doceava parte del promedio de lo que la Ley".*

Así las cosas, el Tribunal, atendiendo a su obligación de interpretar la demanda y de conformidad con los criterios establecidos por la Corte, que predicen la prevalencia del derecho sustancial en la labor hermenéutica de descubrir la verdadera voluntad del demandante, confusamente expresada, concluye que para la convocante, el contrato está vigente y se debe dar por terminado por el incumplimiento contractual de Telefónica, tal como se reitera en el hecho 16 de la demanda. (Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, Sentencia 2002-08463 de Diciembre 14 de 2010 y Sentencia de Agosto 01 de 2001, Exp. 5975).

Por su parte, la convocada considera que no existe duda sobre la fecha de terminación del contrato, pues al contestar el hecho 15 de la demanda, afirma que:

"Telefónica notificó oportunamente su intención de no acceder a una prórroga del contrato a su vencimiento al año 2011. Este es un hecho claro que no admite discusión y que si el actor quiere promover un debate en torno a él, falta a su deber de lealtad y corrección y buena fe, pues por lo relatado en los hechos anteriores, su estructura administrativa y de ventas se vio afectada ante su bajo apalancamiento de caja y de recursos, por lo que ahora no puede insinuar que el contrato no terminó o que se prorrogó hasta por un año más, con la única intención de reclamar unos perjuicios inexistentes en tanto que operativamente dejó de actuar como agente comercial durante el año 2011."

Así mismo, la convocada propone una excepción denominada "*Terminación del contrato por vencimiento del plazo*", en la cual asegura que:

"La actora solicita que se de fin al contrato judicialmente desconociendo que el mismo feneció por vencimiento del plazo acordado."

En ese orden de ideas, el Tribunal debe determinar si el contrato ya se encuentra terminado, tal como afirma la convocada, o si, por el contrario, el contrato fue prorrogado y, por tanto, se debe declarar su terminación, tal como lo pretende la convocante dentro del presente trámite.

Se hace entonces necesario resaltar que el 28 de julio de 2011, la señora Martha Elena Ruíz Díaz Granados, representante legal de Telefónica envió una comunicación a la señora Claudia Pérez Milanés, representante legal de la convocante, en la cual le manifestó que:

"De acuerdo con lo dispuesto en la Cláusula Novena del Contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10 suscrito con la sociedad por Usted representada, nos permitimos notificarle con la antelación prevista en el Contrato, nuestra intención de no prorrogar dicho Contrato. En consecuencia, el Contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10 terminará el día treinta y uno (31) de octubre de dos mil once (2011)."²⁴

Sin embargo, para el Tribunal resulta evidente que la comunicación enviada por Telefónica el día 28 de julio de 2011, contrario a lo allí manifestado por su representante legal, no dio cumplimiento a lo pactado en la cláusula novena, toda vez que no se dio un preaviso con tres meses de antelación. Así pues, si el contrato vencía el 30 de septiembre de 2011, el preaviso debió haberse dado, a más tardar tres meses antes, es decir el día 30 de junio de 2011.

Ahora bien, el planteamiento anterior llevaría a concluir que el contrato se prorrogó automáticamente y no se terminó el día 31 de octubre de 2011, tal como se pretendía con la comunicación antes citada. Sin embargo, es necesario resaltar lo dicho por la representante legal de la sociedad convocante, la señora Claudia Pérez Milanés, al absolver el interrogatorio de parte ante el Tribunal. En dicha oportunidad, al ser interrogada sobre la causal de terminación del contrato de agencia comercial, la señora Pérez Milanés afirmó lo siguiente:

*"DR. SÁCHICA.: **Pregunta No. 1:** ¿Diga cómo es cierto sí o no, que el contrato C-0651 del 2010, terminó por vencimiento del plazo pactado?
SRA. PÉREZ: Aparentemente esa es la causal de terminación o la que ellos dan.
DR. GIL: Si le preguntan sí o no, usted contesta sí o no y da las explicaciones correspondientes, lo que usted considere.
SRA. PÉREZ: Sí, de acuerdo a la manera en que ellos pasaron la carta de cancelación del contrato, pero uno asume y sabe que la cancelación se dio por yo haber tomado la iniciativa de objetar lo que estaba sucediendo ya que me parecía completamente injusto lo que estaban haciendo, no solo conmigo, sino con otros agentes, en el*

²⁴ Cuaderno de Pruebas No. 1, folio 248

*medio todos sabemos que el contrato me lo terminaron porque me puse a pelear con ellos, simplemente por eso, que toman como base la fecha de finalización de contrato, pero ya sabemos que era por eso.*²⁵

En virtud de lo antes expuesto, el Tribunal considera que lo dicho por la señora Claudia Pérez Milanés en su interrogatorio de parte debe ser tenido como confesión, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 194 y 195 del C.P.C. Lo anterior, toda vez que al responder la pregunta antes transcrita, la representante legal reconoció que el contrato ya había terminado. Frente a las razones que según afirma la señora Pérez Milanés llevaron a la terminación del contrato, el Tribunal resalta que se estará a lo que se haya probado dentro del proceso.

Así mismo en comunicación de fecha 29 de septiembre de 2011, suscrita por la representante legal de SIC y dirigida a la señora Jenny Mabel Ardila, se acepta que el contrato terminó el 31 de octubre de 2011 (folio 756 del C de Pruebas No. 2.).

Dicha comunicación, en su parte pertinente, dice:

"Dado que desde el 31 de Octubre de 2010 finalizó mi primer contrato de Agente Comercial..."

Con base en lo anterior, encuentra el Tribunal que la intención de terminar el contrato por parte de la convocada a partir del 31 de octubre de 2010, si bien no cumplió con el término de preaviso pactado en el contrato, dicha terminación fue aceptada por la convocante. Además el hecho de que a partir de esa fecha tanto la convocante como la convocada dejaron de ejecutar el contrato, demuestra que el contrato terminó en dicha fecha y por tanto no tendría sentido pretender que dicho vínculo sigue vigente. Por lo anterior, el Tribunal concluye que el contrato de Agencia Comercial No. C-0651-10 suscrito entre las partes terminó el día 31 de octubre de 2011. En ese orden de ideas, la pretensión primera de la demanda, tendiente a que se declare la terminación del contrato no habrá de prosperar, pues al encontrarse terminado el contrato, resulta imposible declarar su terminación, como lo pretende la demandante.

En efecto, el Tribunal debe resaltar que no es posible decretar judicialmente la terminación de un contrato o negocio jurídico que por voluntad de las partes ya se encuentra terminado, tal y como la sostenido nuestra Corte Suprema de Justicia, así:

"Por esta inteligencia, a más de la imposibilidad lógica y práctica de revisar para corregir o terminar lo que ya no existe, los efectos cumplidos, producidos o consumados en situación de "excesiva onerosidad", no admiten reclamación ni reparación por esta vía (cas. civ. sentencias de 29 de octubre de 1936, XLIV, p. 437 ss; 23 de mayo de 1938, XLVI, p. 544; 23 de junio de 2000, exp. 5475), tanto cuanto más que ello equivale a volver sobre lo extinguido con quebranto de la certeza y seguridad del tráfico jurídico". (C.S.J. Sala civil, sentencia de febrero 21 de 2012) (La subraya es del Tribunal)

²⁵ Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 76

"2. Al margen de lo anterior, pertinente advertir la improcedencia de la resolución de un contrato terminado y de las prestaciones consecuenciales, por cuanto para "resolver", terminar, extinguir, cesar, fenecer o concluir una relación jurídica contractual, es menester el vigor o existencia del vínculo.

Por consiguiente, resulta evidente la imposibilidad de declarar la terminación del contrato, aún por causa diferente al incumplimiento, cuando ya está terminado, según concluyó el sentenciador de segunda instancia." (C.S.J, Sala civil, sentencia de diciembre 16 de 2010, Rad. 2003-00123-01).

2. Incumplimiento

Aún cuando la pretensión primera de la demanda no esté llamada a prosperar en lo que tiene que ver con la declaratoria de terminación del contrato, por ya encontrarse éste terminado, el Tribunal pasa a analizar los supuestos incumplimientos en los que, según la convocante, incurrió Telefónica durante la ejecución del contrato No. C-0651-10.

Según lo expuesto en los hechos tercero, quinto, sexto, séptimo, octavo, décimo y décimo tercero de la demanda, el incumplimiento por parte de Telefónica se hace consistir en que no se dio el trámite o procedimiento previsto en el Anexo No. 4 (Anexo Prevención de Irregularidades en las ventas) y por razones de fraudes e irregularidades, arbitrariamente se le descontó a la convocante la suma de \$33.491.826. Tal consideración se reitera en la oposición de la convocante a la excepción denominada "*Terminación del contrato por vencimiento del plazo*", donde se asegura que:

"Lo que manifiesto es que independientemente, de cómo Telefónica quiera considerarlo, prorrogado o no, para nosotros la terminación del contrato se da en razón, con ocasión, y en virtud del incumplimiento de esta, al omitir el agotamiento del pluricitado procedimiento contenido en el numeral 5 (página 28) del Anexo No.4, alusivos al Trámite de objeciones a penalizaciones según políticas de Fraude..."

En especial se alega que en este caso en particular no se dio aplicación al numeral 5° del mencionado Anexo No. 4, el cual ordenaba hacer unas publicaciones previas, antes de proceder a los descuentos por fraude, (listado de las posibles ventas fraudulentas), con el fin de que la convocante pudiera realizar las objeciones del caso y presentar las pruebas pertinentes para aclarar las ventas realizadas. De acuerdo con lo pactado en dicho numeral, el trámite de objeciones a penalizaciones debía ser el siguiente:

*"La Gerencia de Control Fraude de **Telefónica Móviles** publicará y/o enviará al Agente, en forma mensual y por los medios dispuestos, el listado de los servicios, productos o conductas en los cuales se detectó cualquier comportamiento de posible conducta irregular o constitutiva de fraude."*

En ese mismo numeral, las partes se encargaron de hacer una clasificación de gran importancia para el presente caso. Por un lado, se definió la liquidación temporal en los siguientes términos:

"Liquidación Temporal: a partir de la fecha de comunicación de los casos de posible conducta irregular o constitutiva de fraude, el **Agente** tendrá la oportunidad de presentar las pruebas necesarias para evitar la penalización y el descuento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación y/o envío de la misma. Si pasado este tiempo el **Agente** no envía las pruebas que acrediten la calidad del cliente, y/o la Nueva Conexión y/o Transacción, se darán por aceptados y será penalizada según el procedimiento convenido con **Telefónica Móviles.**"

Por otro lado, la liquidación definitiva fue definida de la siguiente manera:

"Liquidación Definitiva: Telefónica Móviles enviará la liquidación final al **Agente**, la cual será remitida al área de liquidación de comisiones para que se incluya en dicho procedimiento, bien sea, la aplicación de la sanción o el reintegro de los valores correspondientes a las objeciones determinadas como procedentes."

En este caso particular, la convocante, en el hecho séptimo de su demanda asegura que Telefónica incumplió lo dispuesto en el numeral 5 del Anexo No. 4 puesto que:

"...no se realizaron las publicaciones respectivas, en el que supuestamente se relacionaban los servicios, productos o conductas en las cuales se detectaba cualquier comportamiento de posible conducta irregular o constitutiva de fraude..."

En ese orden de ideas, la convocante es reiterativa al afirmar que Telefónica incumplió el contrato de agencia comercial al no haber dado cumplimiento al procedimiento acordado para la imposición de penalizaciones por fraude puesto que omitió enviar o publicar en varias oportunidades las llamadas liquidaciones temporales, con lo cual no permitió que la convocante presentara las oposiciones que considerara pertinentes.

Por su parte, Telefónica al contestar la pretensión primera de la demanda es enfática al afirmar que:

"Telefónica desconoce y niega haber incumplido sus obligaciones, y de cualquier manera, que tales incumplimientos en caso que resulten probados, hubieran sido graves, o hubieren sido la causa eficiente y determinante que llevó a la crítica situación financiera de la que la convocante ha expuesto y que según su dicho, le llevó a la inactividad como agente comercial."

Así mismo, dentro de las excepciones propuestas por la convocada, aparece una denominada *"Inexistencia de los incumplimientos alegados"*, en la que se asegura que:

"Tal como se demostrará en el curso del proceso, los incumplimientos que aduce la demandante, vinculados a la aplicación de las penalizaciones y los descuentos, son inexistentes. Telefónica honró el

contrato y todos sus términos, desde que comenzó su vigencia hasta el final de ella.”

En ese sentido, los argumentos de Telefónica pretenden mostrar que los incumplimientos alegados no existieron y que los perjuicios sufridos por la convocante, de haber existido, no fueron causados por un incumplimiento sino por culpa de la propia víctima, al respecto Telefónica asegura que:

“...de probarse la existencia de perjuicios, afirmo que los mismos tienen origen en la gestión del propio agente, que primero faltó a sus deberes de prudencia al no tomar las medidas adecuadas para legalizar ventas de terceros sin controles de fraudes, sin prever además, las consecuencias de ello, en el marco de una estructura financiera, de caja y disponibilidad de recursos, cuya fragilidad se puso a prueba sin posibilidad de salir a avente, ante la causación legítima de sanciones y descuentos bajo el contrato de agencia comercial.”²⁶

Pasa entonces el Tribunal a determinar si Telefónica incumplió con las obligaciones acordadas en el contrato de agencia mercantil, tal como lo afirma la convocante.

Encuentra el Tribunal que dentro del presente trámite arbitral no se probó el incumplimiento de Telefónica con respecto al trámite de las penalizaciones y los descuentos efectuados por fraude. En efecto, en comunicación de febrero 11 de 2011, la señora Claudia Pérez Milanés, representante legal de la sociedad convocante, dirige una comunicación a Ramón Laspriella, Director Regional de Telefónica, en el siguiente sentido:

“Quiero exponer ante ustedes la situación con la cual se han originado la mayoría de estos fraudes que hoy me tienen en un gran apuro económico ya que no tengo grandes capitales de trabajo como pueden tenerlo otras agencias y cualquier descuento aplicado por fuera de lo normal realmente me coloca en aprietos.

En el mes de Agosto recibí en mi oficina ubicada en la Calle segunda de Badillo N.36 – 13 al Señor Yuris Solano que venía en representación de Comunisander...”

“...empezaron a llegar las ventas y me inquiete un poco con el volumen que estaba manejando, informé lo que estaba sucediendo al coordinador y este a su vez se dirigió en varias ocasiones a Yuris Solano preguntándole si se estaban llevando a cabo todos los controles necesarios para que yo no me fuera a ver perjudicada en algún momento y nuevamente aseguró que no nos preocupáramos que en su oficina se aplicaban todos los filtros necesarios antes de activar las líneas”.

“Hasta el momento no he recibido ninguna respuesta de parte de Yuris Solano quien representa a Comunisander, ni de Jarsi Barboza quien estuvo en mi oficina conversando acerca de esta situación, a pesar de haber recibido los reportes con las líneas suspendidas y el archivo de las que ya han sido descontadas”. (La subraya es del Tribunal)

²⁶ Cuaderno Principal No. 1, folio 119

De acuerdo con lo expresado por la representante legal de la convocante en la anterior comunicación, se concluye que Sistemas Integrales de Comunicación aceptó la realidad de los fraudes y, además, confirma que sí se recibieron los reportes con las líneas suspendidas, contrario a lo expresado en la demanda, donde se indicaba que tal formalidad nunca se cumplió.

Posteriormente, mediante comunicación de fecha febrero 18 de 2011, la señora Claudia Pérez Milanés, representante de la convocante le expresa a Ramón Laspriella, Director Regional de la convocada, lo siguiente:

"En mi comunicación anterior te expuse claramente la situación por la que estoy atravesando en estos momentos, debido a los fraudes cometidos en mi agencia comercial por parte de otro agente..." (La subraya es del Tribunal)

Esta nueva comunicación resulta elocuente para el Tribunal, toda vez que en ella se reitera lo expresado en la comunicación del 11 de febrero, en el sentido de que efectivamente sí se presentaron fraudes, pero se anotó que los realizó otro agente que desafortunadamente no cumplió los protocolos.

Tan consciente era la convocante que los fraudes se habían cometido y que la penalidad aplicada por Telefónica era justificada, que pidió que la suma correspondiente a los descuentos se le difiriera en varios meses, para poder continuar con el negocio, solicitud a la cual accedió Telefónica, tal como consta en el e-mail enviado el 1º de marzo de 2011 por la señora Jenny Mabel Ardila, Gerente Soporte a Canales de Telefónica, a la representante legal de la sociedad convocada, donde le comunica que:

"Claudia buenos días, respecto a tu solicitud de diferir cartera esta no fue aprobada ya el mes pasado se había presentado la misma solicitud y fue aceptada, lo que significa que actualmente hay cartera diferida." (La subraya es del Tribunal)

Con respecto a los asuntos anteriores, en la declaración de la representante legal de la sociedad convocante, la señora Claudia Pérez Milanés, dijo:

*"DR. SÁCHICA: **Pregunta No. 13:** ¿Diga cómo es cierto sí o no, que la empresa que usted representa solicitó a Telefónica Móviles que se le concediera un plazo adicional para pagar los descuentos que dicha empresa le reportaba por ventas irregulares?*

SRA. PÉREZ: Sí se solicitaron plazos porque en el momento con los descuentos que me estaban haciendo ya estaba viéndome afectada económicamente, para uno ser agente a pesar de no tener un capital tan alto que es de conocimiento de ellos, sí hay que cumplir una serie de requisitos y una serie de obligaciones, nada más con tener un establecimiento de comercio". (La subraya es del Tribunal)

Por tanto, del análisis de las comunicaciones citadas y de la declaración de la señora Claudia Pérez Milanés, encuentra el Tribunal que al haberse aceptado la realidad de los fraudes y al haber aceptado los descuentos realizados por tal motivo, al punto que sobre dichas sumas se solicitó que se aplicaran cuotas diferidas, nada diferente puede recalcarse, salvo que el reconocimiento expreso de

la deuda y de los hechos que la originaron, confirman que no hubo incumplimiento por parte de Telefónica, con respecto a la aplicación del manual o del Anexo No. 4 de prevención de fraudes.

Lo anterior lleva al Tribunal a concluir que efectivamente se presentó una situación de ventas irregulares y fraude al interior de la sociedad convocante. Si bien dicha situación coincidió con la canalización de ventas de un tercero a través de la sociedad convocante, es ésta quien debía responder frente a Telefónica. Sobre este punto se pronunciaron varios testigos a la hora de rendir su declaración ante el Tribunal. Así, el señor Ángel Beleño, Gerente del Canal de Agentes de Telefónica para el momento de los hechos, reconoció que los indicadores de calidad de la sociedad convocante eran generalmente buenos, por lo cual la caída en dichos indicadores resultó sorpresiva:

"SR. BELEÑO: Esos indicadores de calidad y de fraude fueron constantes en el agente comercial hasta finales del último trimestre del año 2010 donde comenzaron a tener unos picos de ventas altos por una relación comercial que habían establecido con el señor Yuris Solano quien tenía una fuerza de ventas freelance externa y canalizaba todas las ventas de ese grupo freelance a través del agente Sistemas Integrales de Comunicación.

Ahí comenzaron tanto como el comercial como mi persona, comenzamos a hacerle seguimiento a ese volumen, a ese pico en ventas, no era normal que el agente tuviera ese pico en ventas, a hacerle seguimiento y ahí descubrimos que efectivamente las ventas no eran tan sanas, sino que había clientes con 2 – 3 líneas activadas, el mismo comercial o coordinador del agente. Llamamos a muchos clientes, las líneas estaban apagadas, le dimos las alertas al agente comercial de esta situación y fue cuando ella comenzó a hacerle seguimiento a este grupo importante de ventas que había comenzado a ingresar esta relación comercial que había establecido con el señor Yuris Solano, ahí comienzan a dispararse los indicadores de fraude de calidad del agente."

En ese mismo sentido se pronunció el señor John Cabra, quien para el momento de los hechos se desempeñaba como profesional de control de fraude en Telefónica, al afirmar que:

"SR. CABRA: A ella le fue muy bien hasta cuando en agosto/10, obviamente de esta información me enteré después, en agosto/10 ella acepta, hace un acuerdo comercial, por llamarlo de alguna manera, con Comunisander y con la persona comercial, con el director comercial en Cartagena de Comunisander, él lo que hizo fue proponerle que Comunisander aún no tenía todos los códigos y toda la infraestructura ni todos los procedimientos avalados por nosotros para que pudiera entrar a vender, pero que él ya tenía la fuerza de ventas vendiendo, entonces que si le podía traer las ventas a ella y que ella las metiera con código y con sus servicios a nombre de Sistemas Integrales, a lo cual ella desafortunadamente accedió.

Eso es una práctica indebida, uno de los mandamientos si lo podemos llamar, dentro de la actividad comercial en los agentes nunca se deben hacer ventas con códigos de otras personas y mucho menos

ventas de otro agente porque finalmente quien las avala y quien responde por ellas es usted y si usted no hizo el proceso de control, el proceso de que el asesor va y visita el cliente, lo geo referencia, revisa si es el cliente, cómo para qué va usar el servicio y demás, es un alto riesgo traer ventas que no sé, recibir ventas y radicarlas a mi nombre sin saber de dónde provienen, eso es un riesgo muy grande que es conocido por todos agentes.

Ella accedió a eso y producto de eso y así como le crecieron las ventas en esos primeros meses de agosto, septiembre y octubre, posteriormente esas ventas fueron detectadas como fraude y obviamente eso generó un inconveniente muy grande para Sistemas Integrales porque ellos venían en un media promedio de ventas, por decir algo, 50, 100 ventas al mes y pasar a 300 ventas, no recuerdo bien las métricas, creo que eso está en los informes que nosotros pasamos, ellos crecieron mucho en ventas, se duplicaron sus ingresos, pero cuando esas ventas caen en fraude y son detectadas como fraude esos ingresos se caen, ella tuvo un problema financiero muy delicado porque se quedó sin flujo de caja."

Resulta entonces claro que la sociedad convocante estaba al tanto de la situación de ventas irregulares, por más de que éstas fueran realizadas, supuestamente, por un tercero, el señor Yuris Solano. Lo anterior fue reconocido por la señora Lilieth Zurita, quien para el momento de los hechos desempeñaba funciones administrativas en la sociedad convocante, pues al momento de rendir su declaración afirmó que:

"DR. SILVA: ¿Conoce usted o sabe si la señora Milanés le informó en algún momento al señor Yuri Solano de alguna irregularidad en las ventas que llevó a cabo él, en el corto período que estuvo vinculado con la empresa que usted trabajó?

SRA. ZURITA: Ella le indicó para el segundo pago, porque a nosotros nos llegó la información en la carta de que se iba a realizar un descuento por ventas que presentaban inconvenientes."

En virtud de los argumentos anteriormente expuestos, resulta claro para el Tribunal que la pretensión primera de la demanda no está llamada a prosperar, no sólo porque el contrato de agencia comercial objeto del litigio terminó en el año 2011 y por tanto no es posible declarar su terminación, sino que además, no se probó dentro del presente proceso incumplimiento alguno por parte de Telefónica. Por el contrario, la propia representante legal de la sociedad convocante, la señora Claudia Pérez Milanés, confirmó lo dicho por varios testigos frente al Tribunal, es decir que ella misma aceptó que la situación de ventas irregulares y de fraude era una realidad y que tuvo conocimiento de ello, tal como se había pactado en el Anexo No. 4 del Contrato No. 0651-10, suscrito entre las partes.

3. De las pretensiones segunda y tercera:

Resuelta la pretensión primera, pasa el Tribunal a estudiar las pretensiones segunda y tercera, consecuenciales de la primera, que tienen como fin obtener la indemnización de perjuicios en su modalidad de daño emergente y lucro cesante, y de conformidad con los valores estimados en las mismas pretensiones:

Dichas pretensiones dicen así:

"SEGUNDA.- Que como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento se condene a **TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.**, en razón de los perjuicios materiales y morales causados a **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S.**, a título de indemnización.

TERCERA.- Que dichos perjuicios se estiman razonadamente y bajo la gravedad del juramento, en la siguiente cuantía, clasificados así:

3.1. -Perjuicios Materiales

Daño emergente:

- Por concepto de descuentos efectuados a la convocante por supuestos fraudes en las ventas, por valor de TREINTA Y TRES MILLONES CUATROCIENTOS NOVENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS VEINTE PESOS (\$33.491.826.00).
- Por concepto de préstamos bancarios por valor de CIENCUENTA Y DOS MILLONES CIENTO SESENTA Y DOS MIL TRESCIENTOS TREINTA Y OCHO PESOS (\$52.162.338.00) por lo que debió solicitar créditos a título personal y solo uno de ellos a nombre de la sociedad, ante el Banco de Bogotá (No. 4599190005977366) Banco Santander (No.820000161739, el No. 161751, No. 746522 y No.986811) y Falabella (No.003852 y No.383800), como quiera que la agencia ya no podía demostrar ingresos como persona jurídica, para poder sostener el negocio durante los meses de enero a septiembre del año que avanza, en la suma de SETENTA Y CINCO MILLONES CUATROCIENTOS SETENTA Y UN MIL SEISCIENTOS CUARENTA Y UN PESOS (\$75.471.641.00) – VER CUADRO ANEXO –
- Por concepto de Cesantía Comercial, cuyo valor habrá de establecerse pericialmente, figura jurídica contenida en el artículo 1324 del Código de Comercio y contemplada en el numeral 5.1 de la cláusula quinta del contrato de agencia suscrito entre las partes, como prestación mercantil especial.

Lucro Cesante: En razón de los ingresos dejados de percibir por mi representada desde el mes de enero hasta el mes de octubre del año en curso, equivalente a la suma de veinte millones de pesos mensuales (\$20.000.000.00) que corresponden al promedio de la facturación correspondiente a los últimos seis (6) meses (julio a diciembre) del año dos mil diez (2010), comparados con los primeros seis (6) meses del

año que avanza (enero a junio) para un total de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000.00).

3.2. – Perjuicios inmateriales o morales”

Por ser aquellos que vulneran los derechos de la personalidad, tales como la integridad, imagen comercial, honorabilidad, derecho al nombre su intachable reputación crediticia, en el evento de ser reportada en Centrales de Riesgo, o libertades individual, como el derecho a desarrollar empresa, la convocante tiene derecho a que le sean resarcidos los mismos, por valor de cincuenta salarios mínimos legales vigentes, equivalentes a VEINTISEIS MILLONES OCHOCIENTOS VEINTICINCO MIL PESOS (\$26.825.000.00)”

Observa el Tribunal que dichas pretensiones están planteadas como consecuencias de la declaratoria de incumplimiento. Tal y como ya lo ha establecido el Tribunal, habrá de decidirse que las mismas no podrán prosperar por cuanto la convocante no demostró el nexo de causalidad entre los daños alegados y el accionar del demandado. En este sentido, al no haberse acreditado el incumplimiento aducido no hay lugar a decretar ningún tipo de perjuicios.

Ahora bien, en lo atinente a la solicitud del pago de la cesantía comercial que es presentada por la convocante como parte de sus “perjuicios materiales”, el Tribunal encuentra que el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio consagra esta figura como un derecho del agente, mas no como una indemnización, respecto del cual es acreedor por la mera terminación de contrato en los siguientes términos:

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

En el presente caso, tal y como se ha indicado en los puntos anteriores, se ha establecido que el contrato de agencia suscrito entre Sistemas Integrales de Comunicación y Telefónica, se dio por terminado por decisión del agenciado, terminación aceptada por el agente.

La terminación del contrato, tal y como lo indica el artículo atrás citado, constituye el supuesto de hecho de dicha norma, la que a su vez prevé como consecuencia jurídica la configuración de un derecho en cabeza del agente, denominado jurisprudencial y doctrinalmente como la “cesantía comercial”. Este derecho se configura automáticamente por la terminación del contrato y su cálculo está sujeto a la duración que haya tenido la agencia.

En efecto, cuando la agencia se ha prolongado por tres o más años, la cesantía comercial se calcula a partir de la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida por el agente durante los últimos tres años y es pagadera por cada año de vigencia del contrato. Si el término del contrato resulta inferior a tres años la cesantía consistirá en la doceava parte del promedio de la comisión recibida durante toda la vigencia del contrato.

En el presente caso toda vez que el contrato tuvo una duración de un año, entre el primero (1º) de octubre de dos mil diez (2010) y el treinta (30) de septiembre de dos mil once (2011), la cesantía comercial corresponderá a la doceava parte del promedio de las comisiones, regalías o utilidades recibidas por el agente durante ese lapso de tiempo.

Como ya se vio, encuentra el Tribunal que le asiste razón a la convocada en su objeción al dictamen toda vez que el cálculo efectuado por el perito no es correcto por haberse apartado de los lineamientos establecidos en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, norma donde se consagra lo referente a la cesantía comercial. Al respecto valga recordar que lo que allí se indica es que la cesantía comercial se calcula con base en una doceava parte de las utilidades o regalías recibidas (según la duración del contrato) y no al doce por ciento, conceptos que difieren en gran medida.

Como quiera que el monto total que fuera recibido por la parte convocante en su relación como agente de la convocada, tal y como indicó el perito, equivale a noventa y un millones seiscientos sesenta y ocho mil noventa y un pesos (\$91.668.091), para calcular la cesantía comercial, de este valor se toma una doceava parte, lo cual corresponde a siete millones seiscientos treinta y nueve mil siete pesos (\$7.639.007).

A pesar de lo anterior, no puede olvidarse que el laudo constituye una providencia judicial a la cual es aplicable el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil de conformidad con el cual:

"La sentencia deberá estar en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este Código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley.

"No podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta.

"Si lo pedido por el demandante excede de lo probado, se le reconocerá solamente lo último.

"En las sentencias se tendrá en cuenta cualquier hecho modificativo o extintivo del derecho sustancial sobre el cual verse el litigio, ocurrido después de haberse propuesto la demanda, siempre que aparezca probado y que haya sido alegado por la parte interesada a más tardar en su alegato de conclusión, y cuando éste no proceda, antes de que entre el expediente al despacho para sentencia, o que la ley permita considerarlo de oficio".(se subraya)

Por consiguiente, la actividad del juez, en este caso de los árbitros, al proferir el laudo está delimitada por los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y por las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley. No puede entonces el Tribunal pronunciarse sobre pretensiones que no fueron formuladas ni tener en cuenta para decidir éstas hechos que no fueron incluidos en la demanda presentada, so pena de incurrir en incongruencia.

En relación con este punto el que puede considerarse el fundamento de esta regla la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en sentencia del 28 de noviembre de 1977, había dicho²⁷:

"La sentencia para ser congruente debe decidir sólo sobre los temas sometidos a composición del juez y con apoyo en los mismos hechos alegados como causa petendi, pues si se funda en supuestos fácticos que no fueron oportunamente invocados por las partes, lesionaría gravemente el derecho de defensa del adversario, al sorprenderlo con hechos de los que, por no haber sido alegados, no se le habría dado la oportunidad de contradecirlos, Tal el fundamento para afirmar que igual da condenar a lo no pedido, que acoger una pretensión deducida, pero con causa distinta a la invocada, es decir, con fundamentos de hecho no alegados."

Así mismo, en providencia del 22 de febrero de 2002 (Expediente N. 6666) la Corte Suprema de Justicia expresó:

"1. Se sabe que en virtud del principio de la congruencia, la sentencia debe estar "en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda" (art. 305 C.P.C.), motivo por el cual no se le permite al juzgador desbordar cualitativa o cuantitativamente la pretensión y sus fundamentos, como tampoco dejar de resolver sobre lo que fue solicitado o debió ser objeto de pronunciamiento, de donde se colige que habrá incongruencia "si el fallo resulta omiso o diminuto (citra petita), o cuando se excede sobre el thema decidendum, cual sucede si el fallo se profiere sobre lo que jamás se reclamó de la jurisdicción (extra petita), o cuando se concede más de lo pedido (ultra petita)" (cas. civ. de 28 de junio de 2000; exp: 5495).

"Trátase, entonces, de un principio limitativo de la función jurisdiccional, por definición "reglada y, por contera, limitada, no sólo por obra de la ley, sino también con arreglo al pedimento de las partes, concretamente del actor, artífice señero del marco dentro del cual, a posteriori, deberá el fallador inscribir su resolución" (cas. civ. de 4 de septiembre de 2000; exp: 5602), la que, importa destacarlo, debe contener un pronunciamiento que le ponga fin al litigio, tal como fue planteado, lo que impone respetar los supuestos fácticos inmersos en la demanda, en la medida en que es sobre esa realidad vertida en el proceso, que el fallador, inexorablemente, deberá hacer operar el derecho (narra mihi factum, dabo tibi ius)."

Así mismo en sentencia de julio 18 de 2008, estableció :

"En fin, lo que aquí se quiere significar es que cuando el actor ha explicitado de manera unívoca y contundente la especie de responsabilidad que quiere hacer valer contra el demandado, no le es dado al fallador desdeñar esa elección ni alterar a su gusto, sin importar los móviles que lo alienten, la clara y

²⁷ Citada por Humberto Murcia Ballén. Recurso de Casación Civil. 5ª Ed. Gustavo Ibáñez. Bogotá 1999, página 493.

expresa decisión del demandante” (Cas. Civ., sent. jul. 16/2008, Exp. 1997-00457-01).

Y en otra sentencia reiteró que:

“... De otro lado, parece conveniente señalar que la actividad del juez, en punto de resolver la causa litigiosa, debe enmarcarse dentro de los límites previstos por el legislador, de manera que no le es dado deducir arbitrariamente cualquier hecho, ni pronunciarse sobre cualquier efecto jurídico, si no han sido afirmados previamente por las partes, a menos claro está, que el ordenamiento le conceda una potestad oficiosa al respecto. No admite discusión, por consiguiente, que la actividad cumplida por dicho funcionario no es ilimitada, de modo que el campo de acción en el que puede desplegar su obrar no es otro que el entorno dentro del cual gira la controversia cuyo conocimiento ha asumido, vale decir, los términos de la confrontación surgida, esto es, lo que pide el actor y excepciona el demandado, sin dejar de lado, por supuesto, las facultades oficiosas que explícitamente le son conferidas” (Cas. de dic. 16/2010, Exp. 1997-11835-01).

En el caso que ocupa al Tribunal, teniendo en cuenta el contenido expreso y claro de la demanda, en el cual, de manera explícita e inequívoca, se solicita la condena a TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA por concepto de cesantía comercial, como parte del daño emergente (3.1 perjuicios materiales) y como consecuencia de los perjuicios originados por el incumplimiento de la convocada, y a título de indemnización, según lo reclamado en las PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA, el tribunal no podrá decretar condena alguna, pese a haberse acreditado que la cesantía comercial no ha sido pagada.

En efecto, la pretensión segunda y tercera, son consecuenciales de la primera en la cual se solicita decretar la terminación del contrato, por incumplimiento de Telefónica Telecom, razón por la cual en la pretensión segunda se solicitó como consecuencia de la declaratoria de incumplimiento, la condena al pago de la indemnización de perjuicios, a título de indemnización; y, en la pretensión tercera se discriminan los perjuicios, incluyendo la cesantía comercial.

Que la cesantía comercial se reclame a título de indemnización de perjuicios y como consecuencia del incumplimiento de Telefónica Telecom, se reitera por lo expresado en el Hecho DECIMO SEXTO de la demanda, que es el único hecho que hace referencia a la cesantía comercial, en los siguientes términos:

“En todo caso, como se pretende la terminación del contrato, dado el incumplimiento de Telefónica Móviles S.A., ella también dará lugar al pago de la cesantía comercial (...) la cual deberá ser cancelada a la convocante, por concepto de indemnización.”

En relación a dicho hecho, en la contestación de la demanda se expresó:

“No es un hecho sino una aspiración legítima del actor que Telefónica no discute, sino en tanto la apoderada la funda en la terminación del contrato por incumplimiento de Telefónica.”

En resumen, si bien la prestación relativa a la cesantía comercial se debe y Telefónica Telecom confiesa que la debe pagar, el tribunal no puede proferir condena al respecto, so pena de incurrir en un fallo incongruente, lo cual no impide que la convocante pueda reclamar en otro proceso este concepto.

4. Pretensiones cuarta y quinta

La convocante solicita en las pretensiones cuarta y quinta lo siguiente:

"CUARTA: *Que se condene a TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., al pago de los intereses corrientes causados a partir de la fecha de cada descuento efectuado a la sociedad SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S., así como los moratorios a partir de la fecha de constitución de la mora (artículo 90 del C. de P.C.), es decir de la notificación de la admisión de solicitud de convocatoria arbitral, de acuerdo a las fluctuaciones que mes a mes certifique la superintendencia Financiera de Colombia."*

"QUINTA: *Que se condene TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A., al pago de la indexación de las sumas que hay lugar, resultante de la condena aquí impuesta a favor de SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN E.U. HOY S.A.S."*

Teniendo en cuenta que el Tribunal ha encontrado que no prosperan las pretensiones relativas al incumplimiento de la convocada respecto de los descuentos por fraudes, tampoco habrá entonces lugar a reconocer intereses o indexación alguno por este concepto.

V. EXCEPCIONES

Como quiera que las pretensiones de la demanda no prosperaron no es necesario estudiar las pretensiones de mérito formuladas por la parte convocada.

VI. COSTAS Y SU LIQUIDACIÓN

Conforme a lo dispuesto por los artículos 392 y 393 de C.P.C., en concordancia con el artículo 154 del Decreto 1818 de 1998 (texto del artículo 33 del decreto 2279/89), considerando que no prosperaron ninguna de las pretensiones de la demanda, se condenará a **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S** a pagar el cien (100%) de las costas a favor de **TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.**, señalándose como agencias en derecho la suma de cinco millones doscientos cincuenta mil pesos (\$5.250.000), tomando como parámetro la tarifa señalada para un árbitro, suma que habrá de tenerse en cuenta en la liquidación que a renglón seguido se efectúa:

Concepto	MONTO
Honorarios totales de los árbitros	\$15.750.000
IVA sobre honorarios de los árbitros	\$2.520.000
Honorarios de la Secretaria	\$2.625.000

**TRIBUNAL DE ARBITRAMIENTO DE SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN
S.A.S. CONTRA TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.**

IVA sobre los honorarios de la Secretaria	\$420.000
Gastos de funcionamiento y administración del Centro de Arbitraje y Conciliación con IVA	\$3.045.000
Protocolización, registro y otros	\$1.260.000
100% pagado por la parte convocada	\$25.620.000
Honorarios del Perito con IVA pagados	\$3.480.000
50% pagado por cada parte	\$1.740.000
Gastos del perito	\$784.000
50% pagado por cada parte	\$392.000
Agencias en Derecho	\$5.250.000
TOTAL	\$35.134.000
Total Suma adeudada por SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S a favor de TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.	\$33.002.000

Ha debido, entonces, **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, pagar el 50% de la suma establecida en la mencionada Acta No. 3 es decir, la suma de \$12.810.000 que incluye el valor del IVA. Empero, como no lo hizo, tiene derecho la Convocada, a que le sean reembolsados dichos gastos y honorarios a cargo de **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S.**, y que se le reconozca en su favor la sanción moratoria contemplada en la mencionada norma, o sea los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, que se liquidarán desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que tenía dicha parte para consignar, es decir del 16 de marzo de 2012 hasta el momento en que efectivamente cancele la totalidad de las sumas liquidadas a su cargo.

Los intereses a la fecha de este Laudo, según cuadro que se presenta a continuación, ascienden a la suma de \$2.551.230 para un total por capital e intereses de **\$15.361.230**

Período			Interés Anual Efectivo			Capital	Intereses	Interés acumulado
			No. Resol Superba	Interés Cte. Bancario (1)	Interés Moratorio			
Inicio	Final	No. de días						
16/03/2012	31/03/2012	16	2336	19,92%	29,88%	12.810.000	147.652	147.652
01/04/2012	30/04/2012	30	465	20,52%	30,78%	12.810.000	285.674	433.327
01/05/2012	31/05/2012	31	465	20,52%	30,78%	12.810.000	295.306	728.633
01/06/2012	30/06/2012	30	465	20,52%	30,78%	12.810.000	285.674	1.014.307
01/07/2012	31/07/2012	31	984	20,86%	31,29%	12.810.000	299.639	1.313.946
01/08/2012	31/08/2012	31	984	20,86%	31,29%	12.810.000	299.639	1.613.584
01/09/2012	30/09/2012	30	984	20,86%	31,29%	12.810.000	289.864	1.903.449
01/10/2012	31/10/2012	31	1528	20,89%	31,34%	12.810.000	300.020	2.203.469
01/11/2012	30/11/2012	30	1528	20,89%	31,34%	12.810.000	290.233	2.493.702
01/12/2012	06/12/2012	6	1528	20,89%	31,34%	12.810.000	57.528	2.551.230

FUENTE: Tasas de Interés Certificadas por la Superfinanciera.

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 las partes en la misma proporción en que se impuso la condena en costas.

4. PARTE RESOLUTIVA

Por las razones expuestas en las consideraciones precedentes, el Tribunal de Arbitramento conformado para resolver en derecho las controversias suscitadas entre Arbitramento conformado para dirimir en derecho la controversia suscitada entre **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN SAS y TELEFÓNICA MÓVILES COLOMBIA S.A.** con el voto unánime de sus miembros, en cumplimiento de la misión encomendada por las partes para tal fin, administrado justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE:

PRIMERO. Declarar que prospera la objeción parcial que por error grave en contra del dictamen pericial rendido por el perito **JAIRO ABADIA NAVARRO**. En consecuencia habrá de reconocerle al perito el 90% de sus honorarios. El saldo se devolverá a las partes, junto con la rendición de cuentas que habrá de presentar el Presidente del Tribunal.

SEGUNDO: Declarar que no prospera la tacha por sospecha al testigo **ÁNGEL RAFAEL BELEÑO CALDERÓN**.

TERCERO. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, declarar que no prosperan las pretensiones de la demanda.

CUARTO: Condenar a **SISTEMAS INTEGRALES DE COMUNICACIÓN S.A.S** a pagar a **TELEFÓNICA MÓVILES DE COLOMBIA S.A.,** la suma de **TREINTA Y CINCO MILLONES QUINIENTOS CINCUENTA Y TRES MIL DOSCIENTOS TREINTA PESOS (\$35.553.230)**, por concepto de costas y agencias en derecho.

QUINTO: Ordenar que se rinda por el Presidente la cuenta razonada a las partes de lo depositado para gastos de funcionamiento y protocolización y que se proceda a la devolución a las partes de las sumas no utilizadas, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

SEXTO: Declarar causado el saldo final de los honorarios de los árbitros y de la secretaria del Tribunal y ordenar su pago.

SÉPTIMO: Ordenar que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley, con destino a cada una de las partes, y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

OCTAVO: Disponer la entrega del expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE.

JORGE HERNÁN GIL ECHEVERRY
Presidente

CAMILA DE LA TORRE BLANCHE
Árbitro

CÉSAR TORRENTE BAYONA
Árbitro

JEANNETTE NAMÉN BAQUERO
Secretaria

