CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ

CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

BRM S.A.

VS.

YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA.

BOGOTÁ D.C. TRES (3) DE OCTUBRE DE DOS MIL ONCE (2011)

L A U D O A R B I T R A L

Bogotá D.C., tres (3) de octubre de dos mil once (2011)

Cumplido el trámite legal y dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal Arbitral a pronunciar el Laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral entre las sociedades BRM S.A. (en adelante BRM o la demandante), como parte convocante, y YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA (en adelante YOUNG & RUBICAM o la demandada), como parte convocada, relacionadas con el *"ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA"* de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y de su otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

A. ANTECEDENTES

1. El Contrato origen de las controversias.

Las diferencias sometidas a conocimiento y decisión de este Tribunal se derivan del *"ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA"* de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y de su otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

2. El Pacto Arbitral.

Obra a folios 1 a 18 del Cuaderno de Pruebas No. 1 copia del denominado *"ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA"* de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y de su otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005), en el primero de estos, en la Cláusula XIII (folio 11 del Cuaderno de Pruebas No. 1) se encuentra contenida la cláusula compromisoria, que a la letra señala:

*"**XIII. LEY APLICABLE Y SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS.***

Este Acuerdo y las relaciones entre las Partes en conexión con el mismo, se reirán por las leyes de la República de Colombia.

*Excepto para la ejecución de obligaciones que consten en un titulo ejecutivo o que no sea susceptible de transacción, toda controversia o diferencia entre las Partes que surja en relación con el presente Acuerdo, que no pueda resolverse directamente entre las Partes durante un término de treinta (30) días calendario desde la fecha en que una parte ponga en conocimiento de la otra parte dicha situación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por las partes de común acuerdo. En el evento de no llegarse a un acuerdo dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ocurrencia del hecho, el Tribunal de Arbitramento será designado por las partes de la lista oficial de la Cámara de Comercio de Bogotá. El Tribunal se regirá por las disposiciones y reglamentaciones del Código de Procedimiento Civil, el Código de Comercio, el Decreto 2279 de 1989, la Ley 23 de 1991, el Decreto 2651 de 1991, la Ley 446 de 1998, el Decreto 1818 de 1998 y todas las demás leyes y regulaciones que las complementen o modifiquen y se ceñirán a las siguientes reglas: a) El Tribunal estará integrado por un (1) árbitro, quien será ciudadano colombiano y abogado en ejercicio**;** b) la organización interna del Tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de Bogotá**;** c) El Tribunal decidirá en derecho**;** d) El Tribunal funcionará en Bogotá en el Centro de Arbitraje y Conciliación Mercantiles de la Cámara de Comercio de esta ciudad**;** y e) la parte vencida en el arbitramento sufragará todos los costos derivados del proceso".*

3. El trámite del proceso arbitral.

3.1. La convocatoria del Tribunal Arbitral: El trece (13) de agosto de dos mil diez (2010), BRM S.A., solicitó a través de apoderado judicial, la convocatoria de Tribunal Arbitral, con el fin de resolver las diferencias surgidas con la sociedad YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA surgidas del

"*ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA"* de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y de su otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005), el apoderado de la convocante dentro de la oportunidad legal correspondiente, sustituyó la demanda el día trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010) tal como obra a folios 50 a 66 del Cuaderno Principal No.1.

3.2. Designación de los Árbitros: En atención a lo dispuesto en la cláusula compromisoria las partes de común acuerdo, designaron como árbitro el día veinticuatro (24) de agosto de dos mil diez (2010), al doctor ERNESTO RENGIFO GARCIA y como suplente al doctor FERNANDO SILVA GARCÍA; el Centro de Arbitraje informó al árbitro nombrado quien aceptó de manera oportuna.

3.3. Instalación: Una vez realizadas las citaciones que por ley corresponden, el Tribunal de Arbitramento se instaló el día seis (6) de septiembre de dos mil diez (2010) en sesión realizada en las instalaciones de la Sede Salitre del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá en donde se fijó su sede (Acta Nº 1, folios 47 a 49 del Cuaderno Principal No. 1). En el desarrollo de la audiencia se inadmitió la demanda por no haberse dado cumplimiento al artículo 10 de la Ley 1395 de 2010, que modificó el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil y en el desarrollo de la misma fue designado como Secretario el doctor **CARLOS MAYORCA ESCOBAR**.

3.4. Admisión de la demanda y notificación: El apoderado de la parte demandante encontrándose dentro de la oportunidad para hacerlo, sustituyó integralmente la demanda el día trece (13) de septiembre de dos mil diez (2010) (folios 50 a 66 del Cuaderno Principal No. 1), la cual fue admitida mediante Auto de fecha diecisiete (17) de septiembre de dos mil diez (2010) (folios 67 a 69 del Cuaderno Principal No. 1) en esta providencia se ordenó correr traslado en los términos de los artículos 428 y concordantes del Código de Procedimiento Civil, decisión que en la misma fecha fue notificada personalmente al apoderado de la demandada tal como consta en el acta correspondiente (folio 70 del Cuaderno Principal No. 1). Contra el auto admisorio de la demanda el apoderado de la demandada interpuso recurso de reposición

el día veintidós (22) de septiembre de dos mil diez (2010) (folios 71 y 72 del Cuaderno Principal No. 1), del recurso se corrió traslado el día veintitrés (23) de septiembre de dos mil diez (2010) (folio 73 del Cuaderno Principal), la parte demandante descorrió el traslado en tiempo mediante escrito de fecha veinticuatro (24) de septiembre de dos mil diez (2010), el cual obra a folios 74 y 75 del Cuaderno Principal No. 1. Mediante Auto de fecha veintiocho (28) de septiembre de dos mil diez (2010), el Tribunal decidió no reponer el Auto admisorio de la demanda (folios 76 a 84 del Cuaderno Principal)

3.5.Contestación de la demanda y demanda de reconvención: El diecinueve (19) de octubre de dos mil diez (2010), encontrándose dentro del término establecido en la ley, **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** a través de su apoderado judicial, contestó la demanda, presentó demanda de reconvención, propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas (folios 86 a 135 del Cuaderno Principal No.1).

3.6. Admisión y notificación de la demanda de reconvención: Por Auto de fecha veintiuno (21) de octubre de dos mil diez (2010), (Acta No. 4 folios 137 a 138 del Cuaderno Principal No. 1), se admitió la demanda de reconvención presentada por la sociedad **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** y se ordenó correr traslado por el término establecido en el artículo 428 del C. de P.C.

3.7. Contestación de la demanda de reconvención: Encontrándose dentro del término de traslado, el apoderado de la parte demandante contestó la demanda de reconvención el día ocho (8) de noviembre de dos mil diez (2010), en la cual propuso excepciones de mérito y solicitó pruebas.

3.8. Traslado de las excepciones: Esté se realizó mediante fijación en lista surtida el día doce (12) de noviembre de dos mil diez (2010). Los apoderados de las partes el día veintidós (22) de noviembre de dos mil diez (2010) presentaron sendos escritos mediante los cuales solicitaron pruebas adicionales (folios 167 a 172 del Cuaderno Principal No. 1).

3.9. Audiencia de conciliación y fijación de honorarios: La audiencia de conciliación se fijó por Auto de veinticuatro (24) de noviembre de dos mil diez (2010) (Acta No. 5 folios 175 y 176 del Cuaderno Principal No.1), y se surtió el día trece (13) de diciembre de dos mil diez (2010) (Acta No. 6 folios 177 a 179 del Cuaderno Principal No. 1) declarándose concluida por el Tribunal en esta misma fecha. A continuación se realizó la fijación de honorarios, los cuales fueron cancelados por ambas partes dentro del término previsto en el artículo 144 del Decreto 1818 de 1998.

3.10. Primera audiencia de trámite: El día treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) se dio inició a la primera audiencia de trámite (Acta No. 7 folios 182 a 200 del Cuaderno de Pruebas No. 1), en la cual el Tribunal asumió competencia, fijó el término de duración del proceso y ordenó continuar el proceso, profirió el auto de decreto de pruebas y así mismo declaró finalizada la primera audiencia de trámite. El apoderado de la parte demandante interpuso recurso de reposición parcial contra el auto de decreto de pruebas, del mismo se corrió traslado al apoderado de la parte demandada, quien solicitó aclaración del auto de decreto de pruebas, mediante decisión de la misma fecha se rechazaron el recurso interpuesto así como la solicitud de aclaraciones presentada.

3.11. Instrucción del proceso:

3.11.1 Prueba documental: Con el valor que la ley les confiere, se agregaron al expediente los documentos aportados por la parte convocante con el escrito de demanda, folios 1 a 188 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y las aportadas con la contestación de la demanda de reconvención que aparecen a folios 369 a 511 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y 1 a 238 del Cuaderno de Pruebas No. 2, así como las aportadas con el escrito mediante el cual descorrió traslado de las excepciones de mérito que obran a folios 239 a 286 del Cuaderno de Pruebas No. 2. Así mismo los documentos aportados por el apoderado de la parte convocada que se relacionan en la contestación de la demanda que obran a folios 180 a 303 del Cuaderno de Pruebas No. 1., en la demanda de reconvención que obran a folios 304 a 368 del Cuaderno de Pruebas No. 1 y con el

escrito mediante el cual descorrió el traslado de las excepciones de mérito que obra a folio 173 del Cuaderno Principal No. 1.

3.11.2 Inspecciones judiciales: La inspección judicial con exhibición de documentos solicitada por la parte convocante, se inició el día ocho (8) de febrero de dos mil once (2011) (Acta N. 8 folios 201 a 208 del Cuaderno Principal No. 1) y se continuó en audiencia de fecha quince (15) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 13 folios 281 a 289 del Cuaderno Principal No. 1), y se cerró con la incorporación de los documentos aportados al expediente y enlistados por las partes el día veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 14 folios 291 a 312 del Cuaderno Principal No. 1)

La inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de perito solicitada por la parte demandante, se inició el día ocho (8) de febrero de dos mil once (2011) (Acta N. 8 folios 223 a 227 del Cuaderno Principal No. 1) y se continuó en audiencia de fecha quince (15) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 13 folios 281 a 289 del Cuaderno Principal No. 1), y se cerró con la incorporación de los documentos aportados y enlistados por las partes el día veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 14 folios 291 a 312 del Cuaderno Principal No. 1)

3.11.3. Testimonios: En audiencia de diciembre dieciséis (16) de febrero de dos mil once (2011), rindieron testimonio los señores **ADELA BLANCO ARENAS, ERNESTO GUTIERREZ HENAO, DAVID ARMANDO NIETO PLAZAS MARCO LLINÁS VOLPE y FRANCISCO JOSE ESLAVA BOTERO**, quien presentó documentos en atención a lo dispuesto en el artículo 228 del Código de Procedimiento Civil y de los cuales se corrió traslado a las partes**.** (Acta No. 10 folios 228 a 236 del Cuaderno Principal No. 1), siendo presentado un escrito por el apoderado de la parte demandada tal como obra a folio 290 del Cuaderno Principal No. 1., de **JUAN SEBASTIAN BONILLA,** el cual se recibió el día dos (2) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 11 folios 243 a 247 del Cuaderno Principal No. 1). De **MANUEL SEGIMON,** el cual se recibió el ocho (8) de marzo de dos mil once (2011) (Acta No. 22 folios 278 a 280 del Cuaderno Principal No. 1). De

ANDRÉS ROBLEDO ABAD, el cual se practicó el día siete (7) de abril de dos mil once (2011) (Acta No. 15 folios 307 a 313 del Cuaderno Principal No. 1).

De las respectivas transcripciones se corrió traslado a las partes, siendo presentadas correcciones a las transcripciones por el apoderado de la parte demandada, las cuales fueron revisadas por la secretaria.

El día dieciséis (16) de febrero de dos mil once (2011), el apoderado de la parte demandada desistió del testimonio de la señora **MARIA DEL SOCORRO JARAMILLO,** mediante auto de la misma fecha se aceptó el desistimiento. (Acta No. 10 folios 228 a 236 del Cuaderno Principal No. 1). El día siete (7) de abril de dos mil once (2011), el apoderado de la parte demandada presentó desistimiento del testimonio del señor **MAURICIO RESTREPO**, así mismo el apoderado de la demandante desistió de los testimonios de los señores **ANDRÉS VIVEROS RUBIANO** y **JOSÉ FERNANDO DURÁN,** en las misma fecha se aceptaron los desistimientos presentados. (Acta No. 15 folios 307 a 315 del Cuaderno Principal No. 1)

3.11.4. Dictamen Pericial: El dictamen pericial fue rendido por la perito **GLORIA ZADY CORREA**, el día veintiséis (26) de abril de dos mil once (2011), el apoderado de la parte demandante, dentro del término de traslado solicitó aclaración y complementación del dictamen pericial. Las aclaraciones y complementaciones del dictamen pericial fueron rendidas el día diecinueve (19) de mayo de dos mil once (2011), el día veinte (20) de mayo siguiente se corrió traslado de estas, guardando silencio ambas partes.

3.11.5 Interrogatorios de parte: El interrogatorio de parte del representante legal de la sociedad demandada se practicó el día siete (7) de abril de dos mil once (2011) (Acta No. 15 folios 307 a 313 del Cuaderno Principal No. 1), en la fecha anterior el apoderado de la parte demandada desistió del interrogatorio de parte de la representante legal de la parte demandante, siendo aceptado el desistimiento en la misma fecha.

3.11.6. Experticias.

3.11.6.1. Experticias aportadas por la parte demandante:

3.11.6.1.1. Experticia aportada con la demanda sustituta.

De acuerdo con lo establecido en los artículos 183 del Código de Procedimiento Civil, 10º de la ley 446 de 1998 y 116 de la Ley 1395 de 2010, fue tenido como prueba, con el valor que legalmente le correspondía, la experticia entregada por la parte demandante con el escrito de demanda sustituta elaborado por la sociedad AXIA IB S.A. que obra a folios 72 a 146 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, de oficio, el Tribunal citó al representante legal de la firma AXIA IB S.A., para que, como autor de la referida experticia ilustrara al Tribunal de un lado sobre la experiencia de su firma y de otra sobre los detalles y conceptos contenidos en la experticia aportada por la convocante. Dicha audiencia se surtió el día veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011), tal como consta en el Acta No. 14 folios 291 a 297 del Cuaderno Principal No. 1. El árbitro, así como los apoderados de las partes preguntaron a las personas que atendieron la diligencia en representación de la empresa que rindió la experticia.

3.11.6.1.2. Experticia aportada con la contestación de la demanda de reconvención.

Conforme los artículos 183 del Código de Procedimiento Civil, 10º de la Ley 446 de 1998 y 116 de la Ley 1395 de 2010, se tiene como prueba, con el valor que legalmente le corresponde, la experticia entregada por la parte demandante con el escrito de contestación de la demanda elaborado por la firma KPMG que obra a folios 86 a 238 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, de oficio, el Tribunal citó al representante legal de la firma KPMG ADVISORY SERVICES LTDA., para que, como autor de la referida experticia ilustrara al Tribunal de un lado sobre la experiencia de su firma y de otra sobre los detalles y conceptos contenidos en la experticia aportada por la demandante. Dicha audiencia se surtió el día veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011), tal como consta en el Acta No. 14 folios 291 a 297 del Cuaderno Principal No. 1. El árbitro, así como los apoderados de las partes preguntaron a los expertos que atendieron la diligencia en representación de la empresa que rindió la experticia.

3.11.6.2. Experticia aportada por la parte demandada.

De acuerdo a lo dispuesto en los artículos 183 del Código de Procedimiento Civil, 10º de la Ley 446 de 1998 y 116 de la Ley 1395 de 2010, se tiene como prueba, con el valor que legalmente le correspondía, a la experticia entregada por la parte demandada con el escrito de contestación de la demanda elaborado por la firma DESARROLLO EMPRESARIAL LTDA que obra a folios 86 a 238 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

De conformidad con lo previsto en el artículo 116 de la Ley 1395 de 2010, de oficio, el Tribunal citó al representante legal de la firma DESARROLLO EMPRESARIAL LTDA, para que, como autor de la referida experticia ilustrara al Tribunal de un lado sobre la experiencia de su firma y de otro sobre los detalles y conceptos contenidos en la experticia aportada por la demandada. Dicha audiencia se surtió el día veintinueve (29) de marzo de dos mil once (2011), tal como consta en el Acta No. 14 folios 291 a 297 del Cuaderno Principal No. 1. El árbitro, así como los apoderados de las partes, interrogaron al experto que suscribió el documento en representación de la firma que rindió la experticia.

3.12. Cierre etapa probatoria: Por auto de fecha diez (10) de junio de dos mil once (2011), por haberse practicado la totalidad de las pruebas, se decretó el cierre de la etapa probatoria,

guardando las partes silencio, se fijó fecha para surtir la audiencia de alegatos de conclusión para el día dos (2) de agosto de dos mil once (2011).

3.13. Alegatos de Conclusión: Una vez recaudado el acervo probatorio, el Tribunal en sesión del día dos (2) de junio de dos mil once (2011), surtió la audiencia de alegatos de conclusión, en la que cada uno de los apoderados de las partes formularon oralmente sus planteamientos finales y entregaron un memorial con el resumen de los mismos los cuales forman parte del expediente (Acta Nº 21 folios 401 a 574 del Cuaderno Principal No. 1). Este laudo se referirá, en el análisis de cada tema, a las argumentaciones expuestas por las partes en esta oportunidad y las pretensiones y excepciones contenidas en la demanda y su contestación, así como en la demanda de reconvención y su contestación.

4. Término de duración del proceso.

Conforme lo dispuso el Tribunal al asumir competencia, el término de duración de este proceso es de seis (6) meses contados a partir de la fecha de finalización de la primera audiencia de trámite, según lo dispone el artículo 19 del Decreto 2279 de 1989 modificado por el 103 de la Ley 23 de 1991.

La primera audiencia de trámite se realizó el treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) (Acta No. 7 folios 182 a 200 del Cuaderno de Pruebas No. 1) Por solicitud de las partes el proceso se suspendió durante las siguientes fechas:

Entre el 17 de febrero de 2011 y el 1 de marzo de 2011 (13 días)
Entre el 3 de marzo de 2011 y 7 de marzo de 2011 (5 días)
Entre el 16 de marzo de 2011 y el 28 de marzo de 2011 (13 días)
Entre el 30 de marzo y 6 de abril de 2011 (8 días)
Entre el 8 de abril de 2011 y el 26 de abril de 2011 (19 días)
Entre el 11 de junio de 2011 y el 1 de agosto de 2011 (52 días)

Entre el 3 de agosto de 2011 y el 2 de octubre de 2011 (32 días)

Total suspendido: 142 días.

En total el proceso se ha suspendido durante 142 días, con lo cual el término se extiende hasta el veinte (20) de diciembre de dos mil once (2011), por tanto el Tribunal se encuentra dentro de la oportunidad legal para proferir el presente laudo.

5. Presupuestos procesales y nulidades sustanciales.

El Tribunal considera que se ha cumplido con todos los requisitos necesarios para la validez del proceso arbitral ya que las actuaciones procesales se surtieron con observancia de todas las disposiciones legales, por lo cual no advierte causal alguna de nulidad y, por ello, puede proceder a dictar Laudo de mérito en derecho. En efecto, de los documentos aportados al proceso y examinados por el Tribunal se estableció:

5.1. Demanda en forma: La demanda cumplió los requisitos exigidos por el artículo 75 del Código de Procedimiento Civil y normas concordantes, y por ello, en su oportunidad, el Tribunal la admitió y la sometió a trámite.

5.2. Competencia: Conforme se declaró por Auto de treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) proferido en la primera audiencia de trámite, el Tribunal asumió competencia para conocer y decidir en derecho las controversias surgidas entre las partes referidas.

5.3. Capacidad: Las partes son sujetos capaces de comparecer al proceso y tienen capacidad para transigir, por cuanto de la documentación objeto de estudio no se encuentra restricción alguna al efecto; las diferencias surgidas entre ellas, sometidas a conocimiento y decisión del Tribunal, son de carácter disponible y, además, por tratarse de un arbitramento en derecho,

han comparecido al proceso por conducto de sus representantes legales y de sus apoderados, debidamente constituidos y así reconocidos.

6. Partes procesales.

6.1. Demandante: BRM S.A., sociedad colombiana que de conformidad con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el dieciocho (18) de junio de dos mil diez (2010), que obra a folios 11 a 12 del Cuaderno Principal No. 1 del expediente, es una sociedad mercantil del tipo de las anónimas. Esta empresa fue constituida mediante Escritura Pública Nº 3839 del veintitrés (23) de diciembre de dos mil cuatro (2004) de la Notaría 25 del Círculo de Bogotá. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y su representante legal es el gerente MARIA DEL PILAR JARAMILLO ESCALANTE, tal como consta a la fecha de la certificación antes referida.

6.2. Demandada: YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, sociedad colombiana que de acuerdo con el Certificado de Existencia y Representación Legal expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá el veinticinco (25) de junio de dos mil diez (2010), que obra a folios 13 a 16 del Cuaderno Principal No. 1, es una sociedad mercantil del tipo de las limitadas. Esta empresa fue constituida mediante Escritura Pública Nº 1.372 del doce (12) de mayo de dos mil novecientos noventa y tres (1993), sus estatutos fueron modificadas en varias ocasiones siendo adoptado el nombre actual de la compañía mediante escritura pública de dieciocho (18) de agosto de dos mil cuatro (2004) de la Notaría 6ª del Círculo de Bogotá. Tiene su domicilio en la ciudad de Bogotá D.C. y su representación legal a la fecha de la certificación la desempeña HELENA BOTERO GUTIERREZ, ALEJANDRO MAXIMO HELLMAN, GUSTAVO ALBERTO LENIS STEFFENS y CAMILO MUTIS JARAMILLO.

7. Apoderados judiciales.

Por ser un proceso arbitral de mayor cuantía y en derecho, por cuanto así se estipuló en la cláusula compromisoria, las partes comparecen al proceso arbitral representadas judicialmente por abogados; la convocante por el doctor **FERNANDO ALARCON ROJAS** y posteriormente por el doctor **FELIPE NAVIA ARROYO**, según poderes especiales conferidos, y la parte convocada por el doctor **JUAN PABLO RIVEROS LARA,** quien para algunas audiencias sustituyó al doctor **WILLIAM JAVIER ARAQUE JAIMES**. La personería de estos mandatarios fue reconocida oportunamente por el Tribunal.

8. Pretensiones de la parte Demandante.

La parte demandante en la demanda sustituta estableció sus pretensiones declarativas, siendo estas las pretensiones:

"PRETENSIONES PRINCIPALES

PRIMERA: DECLARAR *que el contrato que celebró la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *con la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cuatro (2004) adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, es un contrato de agencia comercial aunque las partes lo hayan denominado "****ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA****".*

SEGUNDA: DECLARAR *que la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA incumplió*** *el contrato de agencia comercial que celebró con la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el treinta y uno de diciembre (31) del año dos mil cuatro (2004), adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, al darlo por terminado de manera unilateral y sin justa causa.*

TERCERA: *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***CONDENAR*** *a la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *a pagar a la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el valor de la cláusula penal pactada, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de* ***QUINIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS ($515.000.000).***

CUARTO: CONDENAR *a la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *a pagar a la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *una suma de dinero equivalente a la doceava parte del promedio de la utilidad percibida por* ***BRM S.A.*** *en los últimos tres años por cada uno de vigencia del contrato, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de* ***TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($350.415.533).***

QUINTA: CONDENAR *a la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *a pagar a la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *la indemnización equitativa prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio como retribución por los esfuerzos de ésta para acreditar la marca* ***WUNDERMAN*** *y, en general, por acreditar los servicios que fueron materia del contrato, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de* ***DIECINUEVE MIL SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($19.072.000.000).***

SEXTA: DECLARAR *que por haber terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de agencia comercial que celebró con* ***BRM S.A.*** *el 31 de diciembre de 2004, adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, la convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *no puede derivar en su favor provecho alguno de la obligación prevista en el literal d) de la cláusula II.*

SÉPTIMA: CONDENAR *a la convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *al pago de las costas procesales".*

"PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: DECLARAR *que la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA incumplió*** *el contrato de afiliación y licencia de marca que celebró con la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cuatro (2004), adicionado con el "otro si" suscrito el veintiocho (28) de julio de 2005, al darlo terminado de manera unilateral y sin justa causa.*

SEGUNDA: *Como consecuencia de la anterior declaración,* ***CONDENAR*** *a la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *a pagar a la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el valor de la cláusula penal pactada, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de* ***QUINIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS ($515.000.000).***

TERCERA: CONDENAR *a la sociedad convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *a pagar a la sociedad convocante* ***BRM S.A.*** *el valor de los perjuicios causados con el incumplimiento del contrato cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de* ***NUEVE MIL OCHOCIENTOS NOVENTA Y OCHO MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y CUATRO MIL DOSCIENTOS SESENTA Y TRES PESOS ($9.898.264.263)****.*

CUARTA: DECLARAR *que por haber terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de agencia comercial que celebró con* ***BRM S.A.*** *el 31 de diciembre de 2004, adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, la convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *no puede derivar en su favor provecho alguno de la obligación prevista en el literal d) de la cláusula II.*

QUINTA: CONDENAR *a la convocada* ***YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA*** *al pago de las costas procesales"*

9. Hechos de la demanda.

La parte demandante fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión, los cuales obran a folios 52 a 57 en relación con las pretensiones principales y 58 a 63 del Cuaderno Principal No. 1, respecto de las pretensiones subsidiarias.

10. Excepciones de mérito formuladas por la parte demandada contra la demanda.

El apoderado de la demandada en la contestación de la demanda, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. **LA INTENCIÓN DE LAS PARTES AL SUSCRIBIR EL CONTRATO DE AFILIACIÓN EL 31 DE DICIEMBRE DE 2004 NO CONSISTÍA EN CELEBRAR UN CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.**
2. **LAS PARTES NO EJECUTARON UN CONTRATO DE AGENCIA MERCANTIL.**
3. **NO ES NECESARIO INTERPRETAR EL CONTRATO DE AFILIACIÓN.**
4. **REGULAR, OPORTUNA Y JUSTIFICADA TERMINACIÓN DEL CONTRATO DE AFILIACIÓN**
5. **EXCEPCIÓN DE CONTRATO NO CUMPLIDO**
6. **COMPENSACIÓN.**
7. **TEMERIDAD.**

11. Pretensiones de la demanda de reconvención

La parte demandante en la demanda de reconvención estableció sus pretensiones así:

*"I. **PRETENSIONES***

***PRIMERA:** Declarar que la sociedad BRM S.A. incumplió el contrato de AFILIACION Y LICENCIA DE MARCA (en lo sucesivo El Contrato de Afiliación o simplemente el Contrato) de fecha 31 de diciembre, convenido entre BRM S.A. y YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA. en virtud del cual la afiliada BRM S.A. se comprometió a prestar bajo la marca Wunderman a todos aquellos clientes de Y&R que Y&R le refiera o remita los servicios denominados Customer Relationship Management, adicionado por el Otrosí suscrito el 28 de julio de 2005 y complementado con el contrato de Licencia de uso de la marca Wunderman suscrito por las partes el 25 de enero de 2008.*

***SEGUNDA:** Declarar que la terminación del Contrato ejercida por Y&R mediante comunicación escrita el día 17 de agosto de 2010, y como consecuencia la terminación del contrato de Licencia de uso de la marca Wunderman suscrito por las partes el día 25 de enero de 2008, fue válida por basarse en el grave incumplimiento de obligaciones del Contrato por parte de BRM S.A.*

***TERECERA:** En consecuencia, condenar a BRM S.A. a pagar a Y&R, dentro de los cinco días siguientes al pronunciamiento del laudo, el valor de los perjuicios causados por el incumplimiento del Contrato, tasados bajo la gravedad de juramento y de manera anticipada en la cláusula penal del Contrato en la suma de TRESCIENTOS SALARIOS MINIMOS MENSUALES LEGALES (300 SMLV).*

***CUARTA:** Declarar que BRM S.A debe a Y&R las comisiones por concepto de los ingresos operacionales "volúmenes de producción", generados en la ejecución del Contrato de Afiliación y que no fueron pagadas por BRM S.A.*

QUINTA: *Condenar a BRM S.A. a pagar a Y&R la comisión establecida en el Contrato por concepto de los volúmenes de producción que dejó de cancelar durante la ejecución de la totalidad del Contrato, suma que bajo la gravedad de juramento estima Y&R en CUARENTA MILLONES DE PESOS ($40.000.000), junto con los intereses de mora a la tasa máxima autorizada por la Ley, desde el momento de la omisión del pago de cada comisión y hasta que el pago efectivo de la misma se verifique a favor de la demandante en reconvención.*

SEXTA: *Condenar a BRM S.A. a pagar las costas del proceso."*

12. Hechos de la demanda de reconvención.

La parte demandante en reconvención fundamenta sus pretensiones en los hechos que relaciona en la demanda, a los cuales se referirá el Tribunal al estudiar los temas materia de decisión, los cuales obran a folios 120 a 131 del Cuaderno Principal No. 1.

13. Excepciones de mérito formuladas por la parte demandada en reconvención contra la demanda en reconvención.

El apoderado de la reconvenida en la contestación de la demanda, formuló las siguientes excepciones de mérito:

1. **PAGO O INEXISTENCIA DE INCUMPLIMIENTO POR BRM S.A.**
2. **INEXISTENCIA DE LA OBLIGACIÓN DE LIQUIDAR COMISIONES SOBRE LOS VOLUMENES DE PRODUCCIÓN Y POR CONSIGUIENTE, TERMINACIÓN ILEGAL DEL CONTRATO SUSCRITO EL 31 DE DICIEMBRE DE 2001.**
3. **MALA FE Y ABUSO DEL DERECHO POR PARTE DE Y & R.**

14. Audiencia de Laudo.

La audiencia de laudo se fijó, mediante auto proferido en la audiencia de dos (2) de agosto de dos mil once (2011), para el día tres (3) de octubre de dos mil once (2011).

B. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

Procede el Tribunal Arbitral a efectuar el estudio de los temas propuestos en la demanda y su contestación, para resolver las pretensiones y excepciones de las partes a la luz de las normas jurídicas aplicables y de las pruebas aportadas al proceso, previas las siguientes consideraciones:

A. DE LA TACHA FORMULADA CONTRA EL TESTIGO MARCO LLINÁS.

Procede el Tribunal a resolver la tacha de sospecha formulada por el apoderado de la convocada en la audiencia del dieciséis (16) de febrero de 2011 contra el testigo MARCO LLINÁS, por ser cónyuge de uno de los accionistas y administradora de la sociedad convocante (BRM)[1].

Sobre los testigos sospechosos consagra el artículo 217 y 218 del Código de Procedimiento Civil, lo siguiente:

> *"Artículo 217: Son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.*

[1] Como el mismo lo puso de presente en su declaración. Ver reverso folio 346 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Artículo 218: (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".

Para el Tribunal, como lo ha señalado la doctrina[2] y la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en reiteradas ocasiones[3], las personas que tengan relación de parentesco, dependencia o sentimientos con alguna de las partes vinculadas al proceso pueden ser tildadas de sospechosas para rendir su declaración, ello no significa que por el solo hecho de que dichos sujetos procesales se encuentren unidos por un vínculo social, afectivo o jurídico, el juzgador

[2] CFR. HERNAN FABIO LÓPEZ BLANCO. Instituciones de Derecho procesal Civil. Tomo III. Edit, Dupré. 2009. Bogotá D.C., página 271*: "Infortunadamente, dentro del exceso de formalismo que aún aqueja al Código de Procedimiento Civil, se establece en el artículo 218 un tortuoso trámite en orden a demostrar el motivo de sospecha todo para determinar que si se llega a establecer, conclusión de Perogrullo, el juez "apreciará los testimonios sospechosos, de acuerdo con las circunstancias de cada caso", con lo que queda claro que la sospecha no es motivo que impida recepcionar la declaración".*

[3] Cfr. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 12 de febrero de 1980, Magistrado Ponente: José María Esguerra Samper: *"Si existen o no esos motivos de sospecha es cosa que debe indagar el juez a través del interrogatorio que debe formularse de conformidad con la primera parte del 228 – 1 ibídem, pues de haberlos lo probable, lo que suele ocurrir es que el testigo falté a la verdad movido por los sentimientos que menciona la norma arriba transcrita. 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 tamiz más denso de aquel por el que deben pasar las declaraciones de las personas libres de condena".* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 16 de mayo de 2002, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez Gómez. Exp. 6228.

deba prescindir sin mayores miramientos de su versión, pues, es al juez, en este caso a un árbitro, a quien le corresponde establecer en el caso concreto la veracidad del relato; por supuesto, realizando con mayor cautela y rigor su valoración.

Analizado el testimonio del señor LLINÁS, encuentra el Tribunal que es el mismo declarante quien pone de presente que tiene una relación personal con *"la presidenta de BRM"*, que está casado con ella, cuestión que por obvias razones tuvo en la cuenta el Tribunal al abordar el análisis del relato junto con otros medios probatorios.

No observa el Tribunal que el testimonio rendido por el señor LLINÁS tenga visos de engaño o esté ausente de credibilidad; es más, es citado por el apoderado de la parte que formuló la tacha en varios apartes de sus alegatos de conclusión[4], lo cual pone de presente la espontaneidad del testigo al exponer su dicho, razón por la cual se declarará que no prospera la tacha y se le dará credibilidad a la declaración del testigo.

B. PRINCIPIO DE CONGRUENCIA

Frente al impedimento alegado por la convocada para entrar a examinar "*cualquier hecho o afirmación relacionada con la ejecución del contrato"*[5], el Tribunal de entrada debe aclarar que lo que realmente le estaría vedado por el ordenamiento jurídico es desfigurar la realidad de las circunstancias y pretensiones formuladas en la demanda, y no la posibilidad de poderla interpretar a efectos de establecer con claridad la esencia y el fundamento de las mismas; por supuesto, sin suplantar el interés y el sentido que el demandante le quiso dar al libelo al momento de presentarlo[6].

[4] Ver folios 517, 518 y 522, entre otros del Cuaderno Principal No. 1.

[5] Véase páginas 10 y 11 de los alegatos de conclusión que pueden ser ubicados a folios 515 y 516 del Cuaderno Principal No. 1.

[6] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Cesar Julio Valencia Copete, sentencia 6 de julio de 2007, G.J., t. CCXLIII, página 112 y 113.

Para el Tribunal varias de las pretensiones de la demanda, como por ejemplo: la pretensión primera dirigida al reconocimiento de un agencia comercial; la pretensión cuarta referida al reconocimiento de la cesantía comercial (art. 1324 del Código de Comercio) y la pretensión quinta referida al pago de la indemnización equitativa por el esfuerzo en la consolidación de la clientela, se sostienen en hechos relacionados de manera inexorable con la ejecución del contrato.

El hecho de que en ninguna de las pretensiones se haya mencionado la palabra "ejecución", no es razón suficiente para despachar de manera desfavorable las súplicas de la demanda, que en puridad encuentran soporte en dicho episodio contractual. Máxime si revisada la demanda, la contestación y los alegatos de conclusión, se observa que los argumentos propuestos por la demandante y repelidos por la demandada, frente al tema de la agencia, giran en torno de la teoría del contrato realidad, esto es, a establecer de la ejecución práctica que las partes le dieron al mismo, la naturaleza jurídica del reglamento negocial que gobernó sus relaciones jurídicas.

Sobre el principio procesal de la congruencia, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> *"La congruencia, bien se sabe, es una regla de actividad en cuanto le impone al juez la obligación de proferir la sentencia en <<consonancia con los hechos y pretensiones aducidos en la demanda y en la demás oportunidades que este código contempla, y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieren sido alegadas si así lo exige la ley>> (artículo 305 del Código de Procedimiento Civil).*
>
> *Por esto, la trasgresión de esa pauta de procedimiento no puede edificarse sobre la base de controvertirse el juzgamiento del caso, porque el error se estructura, únicamente, tratándose de la incongruencia objetiva, cuando se peca por exceso o*

por defecto (ultra, extra o mínima petita), y si de los hechos se trata, cuando el sentenciador los imagina o inventa, pero no cuando los tergiversa"[7].

En sentencia del ocho (8) de abril de dos mil tres (2003), sobre el particular, la Corte precisó:

"Pero tal conducta reprochable como constitutiva de error in procedendo, se detecta cuando el fallador, sin referirse a los términos ni al contenido de la demanda, esto es sin mediar ningún juicio sobre la misma ni sobre la interpretación que debe dársele, decide el litigio a partir de peticiones no formuladas en la demanda, ni expresa ni implícitamente, a las cuales alude el fallo de sopetón y de modo inopinado para las partes, revelándose allí un proceder que, por abrupto, muestra inmediatamente la trasgresión de los límites que configuran el litigio llevado a conocimiento de la jurisdicción.

Si, por el contrario, el sentenciador se pronuncia en un determinado sentido como consecuencia de haber apreciado e interpretado la demanda, a raíz de lo cual fija los hechos y peticiones de la misma que en su sentir estructuran la disputa judicial de que conoce, y como consecuencia de ese ejercicio cae en la equivocación consistente en considerar uno o varios hechos ajenos a la causa o en definir una petición que no le ha sido formulada, deviene la ocurrencia de un error de juicio -error in judicando-, como que en tal caso el fallador no ha obrado de manera impensada, para cuya enmienda se halla establecida la causal primera de casación"[8].

En el presente caso, el Tribunal observa una perfecta sincronía entre las pretensiones relacionadas con la ejecución del contrato y los hechos y afirmaciones expuestos en los numerales 10, 11, 12, 16, 19, 20, 21 y 22 de la demanda, los cuales se refieren *grosso modo* a la

[7] Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Jaime Alberto Arrubla Paucar, sentencia del 12 de diciembre de 2007.
[8] Corte Suprema de justicia, Sala de Casación Civil, M.P. Silvio Fernando Trejos, sentencia del 8 de abril de 2003, expediente No. 7844.

prestación de servicios de CRM tanto a clientes remitidos como propios de BRM, mediante órdenes de trabajo, promoción y posicionamiento de la marca WUNDERMAN.

Lo anterior le permite inferir al Tribunal que en ningún momento la demandante circunscribió sus pretensiones a los hechos ocurridos durante la celebración del contrato; y que por el contrario, en diferentes piezas procesales se hace elocuente su intención de someter al trámite arbitral, todas las controversias suscitadas con ocasión al comportamiento visto por las partes en la ejecución del mismo.

Es más, la línea argumentativa y las pretensiones expuestas por YOUNG & RUBICAM en la demanda de reconvención, giran en torno del comportamiento de las partes visto en la ejecución del contrato, lo cual demuestra que la controversia sometida a consideración del Tribunal no estaba circunscrita únicamente al momento de la celebración del *"Acuerdo de afiliación y Licencia de Marca".*

Aquí valga la pena recordar que las partes en la cláusula XIII de su reglamento contractual, a propósito de la "ley aplicable y solución de controversias", indicaron: "*[…] Excepto para la ejecución de obligaciones que consten en un título ejecutivo o que no sea susceptible de transacción,* ***toda controversia o diferencia entre las Partes que surja en relación con el presente Acuerdo****, que no pueda resolverse directamente entre las partes durante un término de treinta (30) días calendario desde la fecha en que una parte ponga en conocimiento de la otra parte dicha situación, se resolverá por un Tribunal de Arbitramento designado por las partes de común acuerdo […]*". (Destacado y subrayas del Tribunal).

Así mismo, en el acta No. 7 de treinta y uno (31) de enero de dos mil once (2011) en donde consta la asunción de competencia del Tribunal para dirimir este litigio, después de leída la cláusula y las respectivas consideraciones, se profiere un auto en donde se lee: "*PRIMERO: Declárese competente para conocer de las controversias suscitadas entre la sociedad BRM S.A., como parte convocante, y la sociedad YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, como parte*

convocada, con fundamento en la Cláusula Compromisoria contenida en la cláusula XIII del ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA" de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004). Las cuestiones sobre las que resolverá el Tribunal son las contenidas en la demanda, la demanda de reconvención y sus respectivas contestaciones"[9]. (Subrayas del Tribunal).

Y una vez notificada la decisión, se lee en la parte final del auto lo que sigue: "*Las partes manifestaron no tener reparos sobre el Auto de su competencia, ni sobre la forma de distribución de honorarios, por lo cual no interpusieron recurso de reposición"*[10].

Decantado lo anterior, pasa el Tribunal a estudiar los diferentes problemas jurídicos planteados por la demandante respecto del negocio jurídico intitulado *"contrato de afiliación y licencia de marca"*.

C. PROLEGÓMENOS DEL CONTRATO

El Tribunal debe referirse, de manera preliminar, a las relaciones contractuales que precedieron el contrato de afiliación y licencia de marca celebrado por las partes de este proceso arbitral el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), y a su otrosí del veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005), complementado mediante el contrato de licencia de marca del veinticinco (25) de enero de dos mil ocho (2008), a fin de determinar sus orígenes y el verdadero interés final que llevó a los extremos negociales a contratar.

[9] Folio 189, Cuaderno Principal No. 1.

[10] Folio 190, Cuaderno Principal No. 1.

1. Contrato de colaboración empresarial.

El primer antecedente que encuentra el Tribunal es un "Contrato de Colaboración Empresarial" del primero (1) de octubre de dos mil dos (2002), celebrado entre YOUNG & RUBICAM LTDA y DIRECTA S.A.

Dentro del acápite denominado "considerando" de dicho contrato, se lee:

> *"Que es intención de Y&R en desarrollo de este contrato ofrecer los servicios de CRM a sus clientes actuales, así como a otras persona jurídicas y/o naturales (los "clientes") de manera que los servicios de CRM sean prestados a los clientes de manera conjunta por las Partes y en los términos y condiciones previstos en este contrato. Sin embargo Y&R no garantiza a Directa la contratación de los servicios de CRM por parte de los clientes y demás personas a las cuales Y&R y Directa ofrezcan la prestación de estos servicios".*

El Tribunal tiene 2 cosas que resaltar del anterior texto:

1. Que los contratantes prestaban de manera conjunta servicios de Costumer Relationship Management o CRM a los clientes, es decir, que tanto YOUNG & RUBICAM como DIRECTA sabían de mercadeo relacional y eran unos profesionales en la prestación de estos servicios[11].

2. Que YOUNG & RUBICAM de ningún modo le aseguraba a DIRECTA que los clientes suyos e incluso los clientes que consiguiera en la ejecución del contrato, la contratarían para que les

[11] Ver folio 182 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

prestara servicios de CRM, lo que le permite inferir al Tribunal que DIRECTA tenía que ganarse con su esfuerzo y dedicación a los clientes[12].

Otros aspectos del contrato que llaman la atención del Tribunal, de manera especial, son:

1. En el numeral 2.2 del contrato se lee: *"DIRECTA manifiesta que cuenta con la infraestructura adecuada, con el recurso humano suficiente e idóneo y con el Know - How requerido para llevar a cabo las diferentes actividades que constituyen los servicios de CRM".*

2. En el numeral 2.4 se consagra como obligación de DIRECTA la de desarrollar la administración comercial y estratégica del contrato, esto es, en palabras sencillas, capacitar personal para la prestación de servicios de CRM, tanto a clientes propios como de YOUNG & RUBICAM.

3. Es por lo anterior que en el numeral 3.1 del contrato se lee: *"Y&R, durante la vigencia de este contrato, se obliga a dar a conocer y promocionar entre los Clientes, en los términos y condiciones previstos en este Contrato, la disponibilidad y la capacidad de Y&R y de Directa para prestar los servicios de CRM, apoyándose en el personal, en la infraestructura y en el Know – How de Directa".*

4. YOUNG & RUBICAM era la encargada de llevar la contabilidad del contrato, la facturación de los servicios y el recaudo del estipendio causado por la prestación de los servicios de CRM. Dichas actividades denominadas *Back Office*[13] eran realizadas de manera exclusiva e independiente por la demandada[14].

[12] Ibídem.
[13] El testigo FRANCISCO ESLAVA define el *back office* como: "*toda la parte administrativa y financiera que soporta esa operación, generación de facturas, recuperación de cartera, giros y todo esto*". Ver reverso del folio 337 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[14]Ver folios 184 y 185 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

5. A la clientela le era imposible saber o distinguir quien le prestaba los servicios de CRM, habida cuenta que tanto YOUNG & RUBICAM como DIRECTA se identificaban ante ella como "WUNDERMAN – DIRECTA" o con la expresión "WUNDERMAN"[15].

6. El precio por los servicios de CRM era fijado por el Comité de Coordinación, que estaba conformado por seis (6) miembros, tres (3) de los cuales eran elegidos por YOUNG & RUBICAM con sus respectivos suplentes, y tres (3) más elegidos por DIRECTA, también con sus respectivos remplazos.

7. Las utilidades obtenidas por la ejecución del contrato eran distribuidas en una proporción del 51% para YOUNG & RUBICAM y 49% para DIRECTA, siempre y cuando las mismas fueran superiores a doce millones de pesos ($12.000.000.oo).

8. YOUNG & RUBICAM le garantizaba a DIRECTA, mientras despegaba en el negocio, una utilidad mínima que liquidaba restándole a los $12.000.000.oo que debía obtener de ganancia el 49% de las utilidades mensuales que hubiera obtenido de llegar el contrato a facturar dicha suma. En otras palabras, así DIRECTA no facturara los $12.000.000.oo pactados para ganar la comisión, YOUNG & RUBICAM siempre le iba a pagar la utilidad.

2. Contrato de prestación de servicios.

El dos (2) de mayo de dos mil tres (2003), WUNDERMAN LTDA[16] contrata a DIRECTA S.A. para la prestación de servicios de CRM a los clientes de su matriz YOUNG & RUBICAM y sus filiales, con lo cual deja sin valor y efecto el contrato celebrado el dos (2) de octubre de dos mil dos (2002).

[15] Léase el artículo 4 de este contrato visto a folio 185 del Cuaderno de Pruebas No. 1
[16] De la contestación de la demanda y el alegato de conclusión de la demandada, el Tribunal puede inferir que en un comienzo YOUNG & RUBICAM quiso que la marca la explotara una sociedad donde ella fuera socia y tuviera el control, esta sociedad fue WUNDERMAN LTDA.

En este nuevo acuerdo negocial, se cambia el sistema de facturación empleado en el anterior contrato y DIRECTA pasa a facturar a WUNDERMAN LTDA, YOUNG & RUBICAM y a cualquiera de sus filiales, los servicios de CRM prestados.

Aquí destaca el Tribunal que en la cláusula séptima del contrato intitulada "especial", DIRECTA estaba facultada para descontar su utilidad si facturaba $12.000.000.oo o más en servicios de CRM[17]; sin embargo, en el evento en el que no alcanzara a generar dicho monto, estaba eximido de facturar por los servicios prestados, por cuanto ella era la encargada de llevar la contabilidad del contrato.

3. Otrosí del contrato.

El siete (7) de junio de dos mil tres (2003), WUNDERMAN LTDA y DIRECTA S.A. suscriben un otrosí del contrato celebrado el dos (2) de mayo de dos mil tres (2003), donde se lee:

> *"Si por cualquier motivo todas las conversaciones informales sostenidas entre las partes a una posible negociación futura que ha conducido a las compañías a adelantar estrategias conjuntas así como a compartir informaciones confidenciales de mercado, no llegasen a un acuerdo definitivo cuyos términos se encuentran estipulados en otras documentos para la compra de activos, de establecimiento de comercio, fusión, integración, reorganización empresarial o cualquier forma que pueda implementarse entre DIRECTA S.A y WUNDERMAN LTDA., todos los contratos cedidos por DIRECTA S. A. a WUNDERMAN LTDA., serán cedidos a DIRECTA S.A. una vez cubierto el anticipo".*

[17] Ver folio 297 del Cuaderno de Pruebas No. 1: *"DIRECTA S.A. facturará a WUNDERMAN, YOUNG & RUBICAM o cualquiera de sus filiales el valor correspondiente al servicio prestado a los cinco (5) días de la culminación del mismo y no será responsable de los saldos insolutos de deuda de los deudores. De igual manera facturara los $12 millones de pesos mensuales a los que hace referencia la cláusula tercera del presente contrato descontando de ella la utilidad que haya percibido por los contratos de los clientes de Y&R o sus filiales. Si dicha utilidad iguala o supera los $12 millones de pesos mensuales no facturará".* (Subraya es nuestra).

4. Convenio del veintiuno (21) de enero de dos mil cuatro (2004).

WUNDERMAN LTDA asumió los pagos de unos gastos causados por DIRECTA durante la ejecución del contrato de prestación de servicios de CRM en el año dos mil tres (2003)[18], frente a los cuales esta última se comprometió a reembolsar dichos dineros con las utilidades que le correspondieran por campañas futuras. Para formalizar dicho arreglo los representantes legales de ambas sociedades suscribieron el acuerdo de veintiuno (21) de enero de dos mil cuatro (2004), de donde se extracta, por la claridad que aporta al tema, el cuarto punto que dice:

> *"En caso de que a Diciembre 31 de 2004 DIRECTA S.A. no se hagan socios de WUNDERMAN LTDA o ENERGIA Y&R LTDA., o que dicha(s) sociedad(es) no de(n) utilidades, no reparta(n) utilidades o las utilidades que les lleguen a corresponder no sean suficientes para cubrir la suma de SESENTA MILLONES DE PESOS M/cte ($60.000.000.oo), o la suma que definitivamente resulte de acuerdo con lo pactado en el parágrafo de la cláusula segunda, tanto DIRECTA S.A. como cualquiera de sus accionistas que fundaran una sociedad con idéntico objeto social o similar al que actualmente desarrolla, responderán por el pago del total o el saldo insoluto de la deuda antes referida. En todo caso el pago de la suma adeudada por DIRECTA S.A. a WUNDERMAN LTDA. se debe efectuar a más tardar el 31 de marzo de 2005"* (Subraya del Tribunal).

Es decir, que desde la relación negocial celebrada con WUNDERMAN LTDA se vislumbraba la posibilidad de que los accionistas de DIRECTA (hoy BRM) pudieran constituir una nueva sociedad con objeto social similar o idéntico al que desarrollaba, circunstancia que no era vista entre las partes como una conducta ilegal o tendenciosa.

[18] Siendo más específicos, Wunderman Ltda asumió el pago de unas facturas de servicios públicos (energía y teléfono) y de personal. Ver folio 216 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

D. ASPECTOS RELEVANTES DEL ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA.

De la anterior reconstrucción, concluye el Tribunal que el acuerdo de afiliación y licencia de marca suscrito entre YOUNG & RUBICAM y BRM, no surgió del azar, ni mucho menos fue el resultado de un actuar desprevenido de las partes, sino que se enmarcó en los negocios jurídicos que precedieron su celebración.

En efecto, comparando el clausulado del contrato que nos ocupa con los contratos que lo anteceden, el Tribunal encuentra que:

(i) El objeto del contrato es casi el mismo pactado en el denominado "contrato de colaboración empresarial" de primero (1) de octubre de dos mi dos (2002), esto es, la prestación de servicios de Costumer Relationship Management o CRM bajo la marca WUNDERMAN, pero esta vez no de manera conjunta, sino de manera independiente. En el evento en que los mismos clientes hubieren exigido que los servicios de CRM fuesen prestados directamente por YOUNG & RUBICAM, BRM debía ser informado para poder emitir una orden de trabajo.

(ii) Se sigue el modelo de facturación y recaudo establecido en el contrato de prestación de servicios celebrado el dos (2) de mayo de dos mil tres (2003), es decir, que en este caso, la encargada de llevar la contabilidad de las actividades de mercadeo relacional era BRM; sin embargo, YOUNG & RUBICAM conservaba la posibilidad de realizar *Back Office* al contrato.

(iii) Se revive el pacto de exclusiva consagrado en el denominado "Contrato de Colaboración Empresarial" que había sido excluido del contrato de prestación de servicios de dos (2) de mayo de dos mil tres (2003)[19], pero esta vez en doble vía, como se puede observar en el punto 2 del contrato, que a la letra señala:

[19] Frente al cual recuerda el Tribunal que dicho contrato había dejado sin valor y efecto el de colaboración empresarial y nada se dijo de la exclusividad. Véase del folio 206 al 208 del Cuaderno de Pruebas No. 1

"a) Y&R acuerda que: (i) La prestación de los servicios CRM a sus clientes se realizará única y exclusivamente a través de la Afiliada, siempre y cuando dichos Clientes estén de acuerdo en que la afiliada les preste tales servicios. (ii) No celebrará ningún tipo de acuerdo de asociación o afiliación para la prestación de los servicios CRM, substancialmente similar al presente Acuerdo, con empresa o sociedad alguna que opere en el territorio de la República de Colombia y que realice las mismas o similares actividades que la Afiliada.

b) La Afiliada acuerda que: (i) No celebrará ningún tipo de acuerdo de asociación o afiliación substancialmente similar al presente Acuerdo con ninguna empresa o sociedad que realice actividades iguales o similares a las realizadas por Y&R. (ii) Identificará los servicios CRM que prestará a los clientes y a terceras personas única y exclusivamente con la marca WUNDERMAN".

(iv) Según el punto 3 del contrato, BRM estaba autorizada para ser reconocida frente al público en general, y por obvias razones frente a la clientela[20], como "afiliada" o "asociada" de YOUNG & RUBICAM COLOMBIA LTDA" o "en cooperación con YOUNG & RUBICAM COLOMBIA LTDA".

(v) YOUNG & RUBICAM brindó fuentes de información, entrenamiento y apoyo técnico al personal de BRM para la prestación eficiente y de calidad de los servicios de CRM (ver puntos 5 y 6 del contrato).

(vi) El contrato celebrado entre YOUNG & RUBICAM y BRM el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), fue un contrato a término indefinido, en el cual se consagró la siguiente cláusula de resolución contractual:

[20] El Tribunal también infiere que BRM se podía presentar frente a la clientela como miembro de la demandada, por cuanto los más interesados en saber del acuerdo de afiliación son los mismos clientes.

"Cualquiera de las partes podrá dar por terminado el presente Acuerdo en caso de incumplimiento de la otra, siempre que dicho incumplimiento no sea remediado por la Parte incumplida dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que la Parte cumplida haya notificado por escrito a la Parte incumplida los hechos o circunstancias que constituyen el incumplimiento".

(vii) A reglón seguido, se consagran varias justas causas a favor de YOUNG & RUBICAM, para dar por terminado el contrato sin indemnización y de manera inmediata; es decir, sin otorgar la oportunidad de remediar la situación de incumplimiento:

"(i) Cuando la Afiliada suscriba con cualquier persona que sea competidora de Y&R, un acuerdo de asociación o afiliación substancialmente similar al presente acuerdo;
(ii) Si la Afiliada se disuelve o entra en proceso de liquidación obligatoria o voluntaria o se declara insolvente o incapaz de cumplir con sus obligaciones;
(iii) Si la afiliada pierde la administración o el manejo de o la propiedad o el control de su negocio por virtud de cualquier ley, decreto, orden, regla, regulación o cualquier otra causa;
(iv) Si cualquiera de los socios o administradores de la Afiliada realiza cualquier acto ilegal, delictuoso o fraudulento que ponga en riesgo o deteriore la imagen comercial o el prestigio de la Afiliada".

(viii) A su turno, la cláusula novena del contrato fijó los criterios de liquidación de las regalías por la prestación de servicios de CRM, así:

"Como contraprestación por la remisión de los Clientes que hará Y&R a la afiliada con el fin de que la Afiliada preste los servicios de CRM a tales Clientes, la Afiliada se obliga a pagar a Y&R una comisión equivalente al cinco por ciento (5%) del total de la facturación (income) de clientes provenientes de Y&R siempre y cuando esta facturación sea superior a treinta millones de pesos $30.000.000 mensuales e

inferior a $60.000.000 de pesos mensuales, y una comisión del siete por ciento (7%) del total de la facturación (income) de clientes provenientes de Y&R siempre que esta facturación sea superior o igual a sesenta millones ($60.000.000.oo) de pesos mensuales, (excluyendo el impuesto sobre las ventas (IVA), cualquier otro impuesto indirecto que grave la prestación de servicios CRM y los descuentos no condicionados otorgados por la Afiliada a los Clientes).

La afiliada de igual manera, reconocerá el tres por ciento (3%) mensual una vez alcanzada la facturación (income) mínima de clientes provenientes de Y&R treinta millones ($30.000.000.oo) de pesos sobre el total de la facturación (income) de sus clientes propios excluyendo aquella facturación que provenga de la unidad de negocio de telemercadeo.

Para efectos de este pago la Afiliada se obliga, dentro de los primeros cinco (5) días calendario de cada mes, a informar por escrito a Y&R el valor total de la facturación emitida por la Afiliada a los Clientes en el mes inmediatamente anterior, por concepto de las prestación de los Servicios CRM a dichos Clientes, discriminando el valor de los servicios, los descuentos no condicionados concedidos a tales clientes y el valor del impuesto sobre las ventas (IVA) y cualquier otro impuesto indirecto que grave la prestación de los Servicios CRM facturado por la Afiliada a los Clientes.

Con base en el anterior informe, Y&R elaborará y entregará a la Afiliada una factura mensual por concepto de la comisión aquí prevista, cuyo valor deberá ser pagado por la Afiliada a Y&R dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha de presentación de cada factura por Y&R. El IVA que se cause sobre la comisión aquí prevista, será facturado por Y&R a la Afiliada y pagado por ésta (…)"

En cuanto a la remuneración del contrato el Tribunal quiere precisar, lo que sigue:

- El hecho de que BRM se haya comprometido a pagar a YOUNG & RUBICAM una comisión como contraprestación de la remisión de clientela, no afecta la onerosidad del contrato, toda vez que BRM estaba facultada para descontar la remuneración que le correspondía por la prestación de servicios de CRM; es decir, que BRM no estaba desarrollando una labor gratuita a favor de YOUNG & RUBICAM.

- Obsérvese, pues, que en un principio YOUNG & RUBICAM (contrato de colaboración) era la encargada de facturar y recaudar la utilidad causada por la prestación de servicios de CRM, en ese entonces realizados por DIRECTA (hoy BRM).

- Posteriormente, en vigencia del contrato de prestación de servicios del dos (2) de mayo de dos mil tres (2003), la forma de remuneración cambió por completo. DIRECTA pasó a facturar los servicios de CRM, a recaudar los dineros causados por la labor de mercadeo relacional, a pagar mes vencido a YOUNG & RUBICAM la comisión a la que tenía derecho y a descontar la utilidad que le correspondía por su labor.

- Vistas así las cosas, el Tribunal considera que la onerosidad del contrato de afiliación y licencia de marca, no se diluye por el hecho de que BRM le tenga que pagar una comisión a YOUNG & RUBICAM, menos cuando revisada la cláusula de remuneración de dicho contrato y su preludio contractual, el Tribunal encontró que lo que pagaba BRM era un porcentaje del total de la facturación de los servicios de CRM prestados, y que lo restante, era descontado directamente por BRM para obtener su utilidad.

- El Tribunal anota, además, que la comisión del 5% se pagaba *"siempre y cuando esta facturación sea superior a treinta millones de pesos $30.000.000 mensuales e inferior a $60.000.000 de pesos mensuales"*, es decir, que cuando no se facturaba por encima de

$30.000.000.oo BRM no estaba en la obligación de pagar dicho estipendio, pero seguía estando facultada para descontar su remuneración.

- Sobre la forma de remuneración del contrato es bastante diciente el dicho del señor FRANCISCO ESLAVA, quien frente a la pregunta de cómo facturaba BRM los servicios de mercadeo relacional, respondió: *"La compañía, nosotros Wunderman BRM tenemos el back office, es decir, nosotros expedimos la factura y cobrábamos la cartera, recibimos esos ingresos de tal forma que nosotros cuando recibimos los recursos, 45, estamos girando la utilidad por el porcentaje que dice el acuerdo para Young & Rubicam y nos quedamos con la comisión que también está estipulada en el acuerdo. Caso contrario sería, como en el acuerdo también se menciona, si Young & Rubicam tuviera el back office, si lo tuvieran ellos tendrían que recuperar la cartera y darnos la comisión a nosotros, por facilidad, por comodidad, por políticas de la empresa la empresa asumió el back office"*[21].

- Todas las comisiones que se pagaban, fueran del 5% por una facturación superior de $30.000.000.oo, del 7% por una facturación superior a $60.000.000 o del 3% del total de la facturación de los clientes propios, siempre estaban excluidas de cualquier impuesto indirecto, así mismo, de cualquier descuento no condicionado otorgado por BRM a los clientes o de cualquier ingreso proveniente de la unidad de negocio de telemarketing.

- Al preguntársele a la Gerente Financiera de BRM por la manera como se maneja el ingreso cuando el cliente es propio o referido, la testigo respondió: *"Si trabajamos bajo contrato de mandato toda la parte que subcontratamos ahí no hay ingreso para nadie porque tengo como respaldo una factura, pero por haber hecho ese trabajo CITIBANK de los $100 me paga el 7%, sobre ese valor que me da el 7% de los $100 es lo que a mí CITIBANK me paga y es el ingreso para BRM, sobre esos $7 yo le pago a YOUNG & RUBICAM el 7%; si fuera propio de*

[21] Ver reverso del folio 337 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

este 7% que CITIBANK me paga yo le pago a YOUNG & RUBICAM el 3% porque es cliente mío"[22].

- Teniendo en la cuenta que YOUNG & RUBICAM era quien elaboraba y entregaba la factura para el pago de su comisión, BRM debía informarle: *i.)* El total de la facturación emitida por BRM; *ii.)* El valor de los servicios de CRM prestados; *iii.)* El valor de los descuentos no condicionados concedidos a los clientes y *iv.)* El valor del IVA y de cualquier otro impuesto indirecto que hubiera gravado los servicios de mercadeo relacional prestados.

- En el contrato se contempló la posibilidad de que en la liquidación de las comisiones se presentaran inconsistencias, frente a lo cual se dijo: *"[e]n el evento en que como consecuencia de una revisión o auditoría efectuada por Y&R, se determine la obligación de la Afiliada de pagar comisiones o regalías adicionales, la Afiliada estará en la obligación de pagar a Y&R las comisiones o regalías adicionales que surjan de la revisión o auditoría realizada por Y&R o sus representantes junto con sus intereses de mora, y rembolsar a Y&R los honorarios y gastos que tal auditoria o revisión haya generado".*

(ix) Por último, el Tribunal pudo advertir de la lectura del contrato que nada se dijo acerca de la relación de BRM con los proveedores que se necesitaban para la prestación de servicios de BRM; en cambio, si se pactó que BRM *"dispone de autonomía y libertad técnica, administrativa y directiva para la ejecución del presente Acuerdo y será el único responsable por la vinculación del personal encargado de prestar los servicios CRM, la cual realizará por su propio nombre, por su cuenta y riesgo"*[23].

En este orden de ideas, la subcontratación que BRM tuviera que hacer para la ejecución del contrato con terceros no podía afectar el tema económico del contrato, máxime teniendo en la

[22] Folio 294 del Cuaderno de Pruebas No. 2.
[23] Ver cláusula decimoséptima del contrato.

cuenta que la facturación era realizada mes vencido con base en los ingresos generados por la prestación de servicios de CRM, y no sobre los descuentos otorgados por los proveedores.

Es por lo anterior por lo que cuando se le pregunta al Gerente de procesos de BRM por la manera como una agencia de publicidad y una empresa dirigida a prestar servicios de CRM factura, responde:

> "*Aquí obviamente eran $170 millones que eran los ingresos y eso era lo que hacía la compañía, estos eran sus ingresos operacionales, BRM es de CRM que es esa relación directa con el consumidor, no es una agencia que paute, es de mercadeo relacional, es uno a uno, es con una persona directamente trata de hacer ese vínculo.*
>
> *Esta compañía para poder hacer ese vínculo lo que hace es vender páginas web, lo que hace es montar campañas que sean a través de la página web o de telemercadeo o que tengan relación directa con el consumidor, es decir, para hacer eso necesita esto, una grilla, y esta grilla que es exactamente lo que veíamos anteriormente es la que factura, y ya, eso es sus ingresos, es una grilla"*[24].

De las diferencias surgidas en la relación contractual así originada, pasa a ocuparse enseguida el Tribunal.

E. PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

[24] Ver folio 339 del Cuaderno de Pruebas No. 2

PRETENSIÓN PRIMERA

Pretende la demandante, BRM, que se declare que entre ella y la sociedad demandada, YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, se celebró un contrato de agencia comercial, por cuanto en su criterio de la ejecución práctica del contrato es fácil advertir los elementos estructurales de dicha figura negocial, muy a pesar de haber sido intitulado *"Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca"*[25].

Por su parte, la demandada, niega la existencia de un contrato de agencia comercial con base en los siguientes argumentos:

1. A la luz del principio de buena fe y de la teoría de los deberes secundarios de conducta, la pretensión dirigida a obtener el reconocimiento de una relación de agencia, no está llamada a prosperar, como quiera que las partes del presente proceso arbitral *"nunca prestaron su consentimiento para que así fuera"* y el vínculo contractual celebrado siempre se caracterizó por un elemento filial.

2. En sentir de la demandada, desde el inicio de la relación contractual las partes no tuvieron la intención de celebrar un contrato de agencia, y además, "*La esencia de las prestaciones bajo el Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca celebrado el 31 de diciembre de 2004 no cambió respecto a los contratos que se venían ejecutando anteriormente. Como consecuencia, tampoco varió su naturaleza jurídica. Sólo hubo algunos cambios sobre*

[25] De los alegatos de conclusión de la demandante se destaca, por su pertinencia, el siguiente párrafo: "*El argumento, a primera vista, pareciera contundente, aplastante e incontrovertible. No obstante, nada más engañoso. En realidad, y esto se encuentra ampliamente demostrado en el expediente, lo que BRM S.A hizo para Y&R fue precisamente eso: abrir un mercado (servicios CRM); conquistar una clientela (apenas referida, pero a la que había que trabajar para ganársela para el servicio de CRM); consolidar ese mercado en Colombia, todo ello por medio de la marca Wunderman, para Y&R y para Wunderman. Se insiste: de lo que se trataba era de conquistar para Y&R (en últimas Wunderman, del grupo WPP, al que también pertenece Y&R) un mercado, el de CRM, todavía incipiente en Colombia y al que Young & Rubicam Brands Limitada no podía atender, simplemente porque no contaba, in situ, ni con la gente ni con la capacidad técnica para hacerlo".* Folio 412 del Cuaderno Principal No. 1.

elementos accidentales que per se no constituyen elementos de la esencia de un contrato de agencia comercial"[26].

3. Adicional a ello, es evidente para la convocada que la actitud silente de BRM frente a la naturaleza jurídica del contrato, refuerza su tesis, según la cual "*La claridad de las palabras empleadas por las partes al redactar el Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca y los antecedentes contractuales permiten inferir nítidamente que el nuevo Contrato no tenía como finalidad remplazar la naturaleza jurídica de los anteriores, ni su objeto, ni las prestaciones a cargo de las Partes".*

4. Así pues, la falta de exteriorización del designio negocial por parte de BRM, tanto en etapa de tratativas como de ejecución del contrato, configuraría en concepto de la demandada, un elemento de juicio determinante para desestimar la pretensión de reconocimiento de agencia mercantil. Máxime en razón a que las cláusulas del contrato fueron discutidas "cláusula por cláusula" y en esas tratativas "*BRM <u>nunca</u> formuló reclamo <u>ni</u> elevó a Y&R solicitud alguna orientada a que le fuera reconocida la calidad de un agente comercial de ésta, ni de Wunderman ni de ninguna otra compañía o sociedad, nacional o extranjera que formara parte del grupo WPP".*

5. Agrega la demandada que la finalidad del contrato de afiliación y licencia de marca no era la de promover negocios a su favor, sino que el propósito común de los contratantes era "*el de obtener un lucro a partir de la explotación de la marca Wunderman, más propio de los denominados contratos de colaboración que de cualquiera otro"*[27].

6. De este modo concluye la demandada que la labor de BRM se limitaba a prestar un servicio ya promocionado por YOUNG & RUBICAM, desde antes de poner en contacto a sus clientes con su afiliada en Colombia.

[26] Ver folios 518 y 519 del Cuaderno Principal No. 1.
[27] Ver folio 528 del Cuaderno Principal No. 1.

7. Del tema económico del contrato la demandada dijo: "*La forma como pactaron las partes la remuneración de la afiliación y el licenciamiento de la marca, según la cual BRM pagaría a Y&R una comisión sobre facturación o ingresos (income) no es de la esencia, ni de la naturaleza del contrato de agencia mercantil, porque es conocido que en el contrato de agencia comercial quien paga la remuneración es el empresario y no el agente comercial*".

8. Para la demandada al pretender BRM obtener el reconocimiento de una relación de agencia, se hace patente la vulneración del principio *pacta sunt servanda,* toda vez que el desconocimiento *a posteriori* de la naturaleza jurídica del contrato atípico, en su opinión fue celebrado, implicaría el rompimiento de la ley del contrato.

9. Por último, afirma la demandada que de la falta de inscripción de la agencia en el registro mercantil se puede inferir un comportamiento ajeno a la buena fe, por cuanto si su intención era celebrar un contrato de agencia mercantil era su deber publicitar o exteriorizar su voluntad, conforme lo previsto en el artículo 1320 del Código de Comercio.

Sobre los argumentos precedentes pasa el Tribunal a hacer las siguientes consideraciones:

Contrato Realidad.

Al derecho actual, en línea de principio, le interesa, más que la forma, el fondo como los contratantes disciplinan sus relaciones jurídicas. La primacía de la realidad sobre las formas es hoy un principio que ha invadido el Derecho privado para abrir paso a un análisis pragmático de la manera como los contratantes ejecutan las prestaciones a su cargo. La interpretación que del contrato haga el Juez no tiene porque verse maniatada por efectos de una redacción conspicua o engalanada del contenido contractual; el jurista debe ir más allá de lo evidente y escudriñar lo que la fluidez gramatical puede esconder.

Establecer la común intención de los contratantes es la tarea que se le ha encomendado al Tribunal, a fin de determinar el verdadero alcance, no solo de las manifestaciones de voluntad vertidas en el texto del contrato, sino además, de los comportamientos negociales vistos en la ejecución del contrato.

A este respecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha enfatizado:

> *"La calificación que los contratantes den a un contrato, motivo de litigio, no fija definitivamente su carácter jurídico; mejor dicho, las partes no pueden trocar ese contrato por otro por el mero hecho de darle un nombre"*[28].

En sentencia del primero (1) de agosto de dos mil dos (2002), sobre la labor interpretativa del Juez en los contratos la Corte Suprema de Justicia, explicó:

> *"Sin embargo, se repite que si se conoce la intención común, es ella la que prevalece sobre el tenor literal del contrato. Es menester precisar, además, que ese "sentido claro" de las palabras, como regla general, se refiere en primer término al sentido natural y obvio que ellas tienen en el lenguaje común y en el idioma castellano (a semejanza de lo que se prevé en materia de interpretación de la ley en el artículo 28 del Código Civil y se precisa en el artículo 823 del Código de Comercio), sin que por el mero hecho de que ese sentido sea claro, quede proscrita toda investigación de la intención común de las partes, pues puede ocurrir por ejemplo, que las palabras hayan tenido en el contexto espacio temporal en el que el contrato se discutió y nació, un sentido propio y distinto del general, natural y obvio, o que tengan diversas acepciones, o que sea equívoca una palabra determinada mirado el contexto del contrato, o que tenga un significado técnico preciso, o que de entrada al intérprete se le ofrezca, a más del texto claro, una intención común diversa de*

[28] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de septiembre de 1929, (G.J. Tomo XXXVII, página 128).

aquel. En fin, no ha de limitarse siempre el exégeta a una interpretación gramatical por claro que sea el tenor literal del contrato, pues casos hay en los que debe acudir a auscultar la intención común, de lo que han querido o debido querer los contratantes[29], sobre todo si se tiene en cuenta que es la voluntad interna y no la declarada la que rige la hermenéutica contractual. Y a ese propósito se encaminan las reglas que siguen al mencionado artículo 1618, la principal de ellas, contenida en el artículo 1622, alusivo a lo que las mismas partes contractuales han entendido con las palabras utilizadas en el contrato de cuya interpretación se trata"[30].

Así pues, le corresponde al Tribunal auscultar las bases del negocio jurídico sometido a consideración, a fin de determinar si el *nomen iuris* utilizado en el contrato de afiliación y licencia de marca, riñe con la común intención de los contratantes.

De la reserva mental o inercia negocial

Sabido es que la reserva mental al lado de la simulación y la representación teatral, por enseñanza o juego, son hipótesis tradicionales de divergencia entre la declaración de voluntad y el designio negocial. Dicha desarmonía entre lo manifestado y lo realmente querido, debe ser premeditada y estar dirigida a la liberación del compromiso contractual de quien se comporta de manera silente o con reservas[31].

[29] Citado en la sentencia: Dice Messineo que "no se trata de que no deban tomarse en cuenta las palabras, sino de que ellas hayan de *corregirse*, en su caso, a la luz de la efectiva voluntad común". Doctrina General del Contrato, Ed. Jurídicas Europa América, Buenos Aires, 1952, T II, página 103.

[30] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 1 de agosto de 2002, Magistrado Ponente: Jorge Santos Ballesteros. Exp. 6907.

[31] Cfr. LINA BIGLIAZZI GERI, UMBERTO BRECCIA, FRANCESCO D. BUSNELLI, UGO NATOLLI, Derecho Civil, Tomo I, Volumen 2, Hechos y Actos Jurídicos, Trad. Fernando Hinestrosa, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, Primero edición en español, 1992, página 813: *"la divergencia consiste en que el sujeto no quiere que dicha manifestación produzca sus efectos".*

En palabras de BETTi: *"El efecto vinculante del silencio, en tales casos, encuentra su justificación en el marco de las circunstancias en que el silencio se encuadra. Ante todo, dicho efecto es conforme con el propósito práctico que normalmente determina la inercia consciente y es independiente de una conciencia específica del valor concluyente de ésta; además, constituye la lógica consecuencia del incumplimiento de una carga que responde a las exigencias del tráfico y de la buena fe"*[32].

Con el propósito de abordar el análisis de la relevancia jurídica que pueda llegar a tener el silencio de BRM en la pretendida declaración de agencia comercial, el Tribunal tomará excertas del interrogatorio de parte y de las versiones de algunos de los testigos:

Del interrogatorio de parte del representante legal de YOUNG & RUBICAM, GUSTAVO ALBERTO LENIS, se extrae por su pertinencia, lo que sigue:

> *"DR. NAVIA:* ***Pregunta No. 4:*** *Cuéntenos qué tipo de contrato negoció usted con el doctor Marco Llinás y cómo fue el proceso de negociaciones?*
>
> *Primero quiero aclarar que nunca negocie ningún contrato con el doctor Marcos Llinás, al señor Marcos Llinás lo conocí en Avianca, él fue subalterno mío, únicamente llamé una vez a Marcos Llinás, lo llamé para tratar de arreglar una situación con Pilar, que había llegado a un punto donde el tema era absolutamente inmanejable, ni siquiera conmigo, debo aclarar, Pilar tuvo algunos problemas con Andrés Robledo, llegó un momento que era imposible, no se entendían, no podían hablar porque estaban en dos posiciones diferentes, dije, bueno, yo arreglo el problema; fue la única vez que me senté con el doctor Marcos Llinás.*

[32] EMILIO BETTI, *Teoría general del negocio jurídico,* Trad. A. Martín Pérez, Granada, Editorial Comares, reimpresión 2010, página 128.

Es más la cosa tiene su anécdota porque terminamos firmando el acuerdo en una servilleta, llegó un momento en el que le dije, Marco disciplinemos aquí, porque Andrés lleva tratando de arreglar estas cuentas con Pilar, que además se nos quedaron con una plata, llevaban como 3 meses, nosotros fuimos a BRM, a mí de pronto me dicen hay que conseguir quien haga CRM, en ese tiempo era Directa, porque ese expertise no lo tenemos, el trabajo de Andrés era conseguir unos prospectos y yo iba y los visitaba, es curioso, porque los tipos que tenían la peor localización, las peores oficinas, los peores computadores, la cosa más horrible, eran ellos, dije, estos señores son los que yo quiero, porque el señor Juan Pablo es un tipo bueno, a mí me impresionó la presentación de él, me pareció que es un tipo con un potencial tremendo"[33].

A lo cual agregó:

"Después aparecieron los informes de auditoría y hubo uno en especial, que me acuerdo, la verdad fue que los vi todos, me acuerdo el día que vi la fotocopia del tema de volúmenes y ese me pareció muy grave, porque esos contratos no los negociamos nosotros, esos contratos se negocian a nivel mundial y usted simplemente los conoce, conoce los términos porque es una negociación mundial, infringir un contrato de esos es muy grave, no tengo muy claro, aún ahora no tengo muy claro, que ni siquiera me puse a investigarlo, como le digo siempre me asuste un poco"[34]. (Subrayado del Tribunal)

A su turno, ANDRÉS ROBLEDO frente a la pregunta formulada por la convocante referida a las razones que llevaron a celebrar el contrato de afiliación y licencia de marca, respondió:

[33] Folio 522 del Cuaderno de Pruebas No.2.

[34] Folio 524 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

"Básicamente los contratos eran lo mismo porque es un contrato de afiliación de marca donde uno entregaba una marca para que ellos pudieran explotar bajo unos condicionamientos, por qué no podía ser Directa, que hubiera sido lo ideal, porque Directa venía con unos pasivos muy grandes, Directa estaba en causal de liquidación y tenía mal nombre, ellos lo sabían y ellos habían ya puesto en liquidación esa compañía, no podía ser Directa, les dije: -móntense una, cualquiera-; entonces pusieron BRM, que significa Business relationship management o algo así me contaron en su momento, les dije: -no me importa cómo se llama, ustedes siguen teniendo la marca de Wunderman que es conocida, muy valiosa y todo lo demás...

<u>En la negociación que se hizo nunca fue objeto de discusión el objeto del contrato</u>, lo que sí fue objeto de discusión y difícil discusión fue el manejo de las platas que nosotros le habíamos puesto a ellos, que nosotros habíamos desembolsado y los entiendo, nosotros Rubicam, WPP, al principio de la primera pregunta dije que de más o menos 500, si tengo que decir la cifra son 516, $518 millones que se habían desembolsado a ese negocio y cuando entonces cambian las condiciones de que ya no me va a comprar, obvio ellos negocian y son buenos negociantes y le dicen: -yo no registro eso porque eso esa plata es esto, lo otro-; empieza a negociar y se empiezan a vencer los tiempos, nosotros empezamos en una carrera contra el tiempo para poder hacer las cosas, lo difícil de la negociación fue más bien eso, por eso le digo, el objeto del contrato, como objeto no debe tener cambio, lo que sí cambió fue en unas cosas de negociación, Rubicam, estarán en los libros y se pueden mirar, le tocó castigar $200 millones"[35]. (Subrayado del Tribunal)

Del acervo probatorio recaudado, el Tribunal pudo establecer que las partes no discutieron la naturaleza jurídica del contrato; o mejor: por ninguna parte se vislumbra que hubiera sido objeto de discusión o de negociación, la figura contractual elegida por YOUNG & RUBICAM para disciplinar su relación jurídica con BRM.

[35] Folio 494 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Visto así, el *propósito in mente retenti*[36] invocado por la demandada para enervar la pretensión de declaración de agencia, no puede ser acogido por el Tribunal, por cuanto como quedó demostrado en el proceso, BRM jamás negoció bajo qué contrato prestaría los servicios de CRM, las únicas glosas que le pudo hacer al contrato estuvieron referidas a aspectos económicos del mismo y a nada más.

Es por lo anterior que en la declaración del testigo MARCO LLINÁS referida a las razones por las cuales no hicieron explícito en el contrato los elementos que caracterizan el contrato de agencia, se encuentra la siguiente manifestación:

> *"No, pero quiero realmente comunicarles la razón por la cual no la hicimos, a diferencia de lo que sucede entre las compañías nacionales, son formatos muy distintos a los que vienen de compañías internacionales que realmente son unos formatos que no permiten mucha movilidad en términos de meterle uno la mano, por eso nos concentramos en lo que considerábamos esencial para nosotros pero el contrato tal como venía, es un contrato de agencia comercial, era la única manera que podíamos actuar a nombre de ellos, que tuviéramos un territorio, una estabilidad, que pudiéramos promocionar sus marcas y adquirir un mercado y una clientela y la estabilidad era fundamental porque venían volúmenes de inversión".* (Subrayado del Tribunal)

Y más adelante dice:

> *"Una compañía multinacional puede decidir con quién se contrata y se hace un contrato global, ese contrato global si llega a Colombia y llega a mi oficina, yo*

[36] Denominación utilizada por la Corte Suprema de Justicia para referirse a la reserva mental. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 2 de febrero de 2006, Magistrado Ponente: Octavio Munar Cadena. Exp. 16971.

puedo tomar la decisión de trabajar o no con él (…) lo que hacía en su momento BRM a nombre de Wunderman era que una vez se le abría esa puerta, tenía que presentar las credenciales, tenía que convencer al cliente que era el mejor en el mercado y que tenía las calidades suficientes para poder atenderlo"[37].

Para el Tribunal, es claro que la denominación de contrato de afiliación y licencia de marca, nunca fue puesta a consideración de BRM, y que por el contrario, el *nomen iuris* que aparece en el contrato fue predispuesto por YOUNG & RUBICAM; razón por la cual, la aludida reserva mental despunta irrelevante para efectos de evitar el análisis y el estudio de los elementos esenciales de la agencia mercantil.

Distinto sería si los contratantes hubieran dicho, por ejemplo, lo que sigue: *"las partes del presente contrato declaran expresamente que mediante este documento no están celebrando un contrato de agencia mercantil"* o *"las cláusulas pactadas en el presente acuerdo negocial excluyen por completo la relación de agencia".* Ahí sí se podría, en un principio, poner en entredicho la buena fe de los sujetos contractuales o de uno de ellos, por cuanto como lo enseña RENATO SCOGNAMIGLIO:

"En el fondo todo se reduce a establecer si se celebró o no se celebró el contrato, teniendo presente la perplejidad de la posición del contratante. Y de este modo resulta muy sencillo explicar, obviamente haciendo a un lado la teoría de la voluntad, que a una decisión no manifestada, en abierta oposición con el comportamiento desarrollado por el agente, no se le puede reconocer ningún influjo sobre el valor del negocio. Por el contrario, cuando esa decisión opuesta a la conducta se manifiesta en forma de protesta, con actos reconocibles, la práctica exige, conforme el criterio de la valoración social del contenido, una solución

[37] Folio 351 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

diferente, que no es otra que la negación del contrato, que en concreto no se realizó"[38].

En el presente caso, no hubo negación del verdadero reglamento contractual celebrado entre las partes. Como lo manifestaron varios de los testigos, el reglamento correspondía en esencia a los *"contratos globales"* a que se refirieron; sin embargo, valga la siguiente precisión: no obstante la internacionalización de los contratos celebrados entre YOUNG & RUBICAM y su red prestadora de servicios de CRM, dicha condición no convierte *per se* e *in se* a los instrumentos negociales celebrados entre ellos, en contratos de o por adhesión. Simplemente se trata de relaciones contractuales que se pueden adaptar a la realidad económica de cada país, pero que a la vez, contienen un *nomen iuris* y unas cláusulas estándar que enmarcan la relación negocial y que, sobre algunas de ellas, no hay posibilidad de negociación.

Al efecto, bastante ilustrativa resulta la declaración del señor MANUEL SEGIMON, quien al responder una pregunta realizada por el Tribunal referida a la aplicación de cláusula tercera del contrato[39], dijo:

"Esa cláusula es bastante estándar, podemos sacar varios contratos de afiliación, los contratos de afiliación por lo general no tienen un interés económico muy fuerte, es decir, el dinero de las regalías no supone un tema material, supone un tema que ayuda a mantener los gastos de estructura y de mantener esas compañías metidas en la red, pero la estrategia del contrato de afiliación no es el dinero detrás de ese contrato"[40].

[38]RENATO SCOGNAMIGLIO, *Teoría general del contrato,* Publicaciones de la Universidad Externado de Colombia con la autorización de la Casa Editorial Dr. Franceso Vallardi, Milán, 1961, página 52.

[39] Cláusula que reza así: *"la licenciataria podrá incluir en su denominación por razón social la marca, sin embargo, se obliga a la terminación de este contrato por cualquier causa a cambiar su denominación o razón social en forma inmediata, con el fin de excluir de la misma la marca o cualquier otra expresión similar o confundible".*

[40] Folio 462 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

En este orden de ideas, prosigue el Tribunal con el estudio de los elementos esenciales del contrato de agencia mercantil en la relación comercial suscitada entre YOUNG & RUBICAM y BRM.

Agencia mercantil

Se ha dicho que de la regulación de la agencia surgen como elementos principales los siguientes: a) constituye una forma de intermediación; b) el agente tiene su propia empresa y la dirige independientemente; c) la actividad del agente se encamina a promover o explotar negocios en determinado territorio, esto es, a conquistar, ampliar o reconquistar un mercado en beneficio del principal, pudiendo no solamente, relacionar al empresario con clientes o consumidores de sus productos, sino inclusive actuar como su representante, como fabricante o como distribuidor, pero en uno y otro evento sus gestiones tienen que estar inequívocamente acompañadas de la actividad esencial consistente en la promoción o explotación de los negocios del empresario[41]; d) requiere de una estabilidad en el desempeño de esa labor; e) el agente tiene derecho a una remuneración[42]. Así mismo, se ha agregado como elemento esencial de la agencia la actuación por cuenta ajena, en la medida en que el agente es un comerciante que actúa para el empresario.

El objeto de la agencia no es otro que el de promover o explotar los negocios del agenciado, trátese de un empresario nacional o uno extranjero, en una zona geográfica preestablecida, labor que presupone un trabajo de intermediación entre este último y los consumidores, enderezado a crear, aumentar o mantener una clientela para el empresario; es decir, que el agente cumple una función facilitadora de los contratos celebrados por aquél con terceros; desde esa perspectiva le corresponde conseguir propuestas de negocios y ponerlas en conocimiento del agenciado para que sea éste quien decida si ajusta o no el negocio, ya sea directamente o a través del agente, cuando tenga la facultad de representarlo.

[41] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 31 de octubre de 1995, Exp.4701.

[42] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 4 de abril de 2008, Magistrado Ponente: Ruth Marina Díaz Rueda.

El agente debe emprender una tarea encaminada a crear, mantener y acrecentar la clientela, a proyectar las distintas operaciones y a realizar todas las demás gestiones aptas para la consecución del encargo asumido, esto es, conquistar un mercado para los productos o servicios del agenciado, cuestión que sólo se logra mediante una consistente labor de promoción y mediación, cuya ejecución demanda estabilidad y permanencia.

Por tanto, tal como lo puntualizó la Corte Suprema de Justicia:

> *"[L]a función del agente comercial no se limita, pues, a poner en contacto a los compradores con los vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, desde luego que, a través de su propia empresa, debe, de una manera estable e independiente, explotar o promover los negocios de otro comerciante, actuando ante el público como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos. (...). Esta función específica del agente comercial tiende, como lo ha dicho Pérez Vives, a 'conquistar, conservar, ampliar o recuperar al cliente para el agenciado o empresario'. (…) el agente es un buscador de negocios; su actividad consiste en proporcionar clientes*" (Sentencia de dos (2) de diciembre de mil novecientos ochenta (1980).

> *Si el agente promociona o explota negocios que redundan en favor del empresario, significa que actúa por cuenta ajena, de modo que las actividades económicas que realiza en ejercicio del encargo repercuten directamente en el patrimonio de aquél, quien, subsecuentemente, hace suyas las consecuencias benéficas o adversas que se generen en tales operaciones. De ahí que la clientela conseguida con la promoción y explotación de los negocios le pertenezca, pues, insístase, el agente sólo cumple la función de enlace entre el cliente y el empresario. "El agente comercial, precisó esta Sala en fallo proferido el 2 de diciembre de 1980, en sentido estricto, es el comerciante cuya industria consiste en la gestión de los intereses de otro*

comerciante, al cual está ligado por una relación contractual duradera y en cuya representación actúa, celebrando contratos o preparando su conclusión a nombre suyo… El encargo que asume el comerciante independiente por el contrato de agencia, es promover y explotar negocios que han de ser realizados en beneficio exclusivo del empresario"[43].

Ahora bien, el encargo del agente se proyecta en la promoción o explotación de negocios, fabricación o distribución de productos siempre por cuenta ajena o de su principal, con representación o sin ésta. Su prestación genuina es de *facere* o hacer, consistente en estimular, procurar, atraer, fomentar clientela y mercado, promover negocios cuya celebración decide el empresario salvo que contenga la representación. Esencialmente, la agencia comercial se caracteriza por la promoción de negocios; sin embargo, el agente puede explotarlos por cuenta de su principal, es decir, obtener ganancia, utilidad o provecho para la empresa e industria del agenciado y para él[44].

Sobre la labor de promoción como elemento estructural de la agencia mercantil, la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

"Dicho en otros términos, lo determinante en la agencia comercial no son los contratos que el agente logre perfeccionar, concluir o poner a disposición del agenciado, sino el hecho mismo de la promoción del negocio de éste, lo que supone una ingente actividad dirigida –en un comienzo- a la conquista de los mercados y de la potencial clientela, que debe –luego- ser canalizada por el agente para darle continuidad a la empresa desarrollada –a través de él- por el agenciado, de forma tal que, una vez consolidada, se preserve o aumente la clientela del empresario,

[43] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 15 de diciembre de 2006, Magistrado Ponente: Octavio Munar Cadena.
[44] Cfr. William Namén Vargas, Contrato de Agencia Comercial en Derecho de la Distribución Comercial, Bogotá, El Navegante Editores, 1995, página 211.

según el caso. De allí la importancia que tienen en este tipo de negocios jurídicos las cláusulas que establecen un plazo de duración, pues ellas, amén de blindar el vínculo contractual frente a terminaciones intempestivas, le otorgan estabilidad a la relación, no sólo en beneficio del agente, sino también del agenciado"[45].

El elemento "*por cuenta y en beneficio*" significa que los efectos producidos por la actividad desarrollada por el agente afectan principalmente el patrimonio del agenciado esto es, cuando éste recibe, de manera directa o indirecta, los beneficios que se derivan de tal actividad y asume, consecuencialmente, los riesgos que se desprenden de la misma. Si bien en la definición del artículo 1317 del Código de Comercio no aparece expresamente la actuación por cuenta ajena, esta se deduce de su regulación integral. En efecto, la agencia comercial se configura si la labor de promoción o explotación del comerciante, en forma estable y permanente, se realiza por cuenta del empresario de quien recibe el encargo correspondiente[46].

En este sentido, se pronunció el Laudo arbitral del diecinueve (19) de octubre de dos mil siete (2007), en donde se resolvieron las controversias suscitadas entre Peláez Hermanos S.A. contra Terpel.

"El actuar por cuenta de otro no significa necesariamente representarlo, ni directa ni indirectamente, sino obrar de tal manera que ese otro se favorezca de la conducta respectiva. Esta pretendida exigencia no deriva propiamente de la ley, sino del encuadramiento de la institución dentro de un título referido al mandato, pero entendido éste de una manera amplia, es decir, comprendiendo también toda suerte de actividades que se cumplan ´en interés´, por ´encargo', ´por cuenta', a ´favor´, etc. de otro. Entre otras cosas, el mandato no representativo, expresamente

[45] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 28 de febrero de 2005, Magistrado Ponente: Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Exp. 7504.
[46] Por la ambigua redacción del artículo 1317 del Código de Comercio, el agente en Colombia puede actuar con representación o sin ella, es decir, a nombre y por cuenta de otro o a nombre propio y por cuenta ajena, pero es de advertir que siempre deberá actuar por cuenta ajena.

contemplado por la ley comercial, implica igualmente actuar en interés de otros, pero a nombre propio, sólo que en este caso todos los actos deben trasladarse al mandante, mientras en la agencia solamente se transfieren al denominado empresario los resultados de la actividad comercial del agente, en cuanto se ´promuevan´ o ´exploten´ los negocios de dicho empresario".

Expuesto el marco teórico del contrato de agencia mercantil, pasa el Tribunal a establecer, si en el presente caso, con base en el estudio de los diferentes medios de prueba recaudados en el proceso, se cumplen los requisitos señalados en el artículo 1317 del Código de Comercio para así develar la verdadera naturaleza del acuerdo de afiliación y licencia de marca celebrado el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004)[47].

Estabilidad

Del análisis probatorio, el Tribunal observa que en la relación jurídica ejecutada por las partes hubo estabilidad (más de cinco años), por supuesto respecto de actos materiales de servicios de Costumer Relationship Management o CRM prestados a clientes referidos por YOUNG & RUBICAM, en todo el territorio nacional.

En efecto, el contrato de afiliación y licencia de marca se ejecutó de manera continua e ininterrumpida, desde el treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004) hasta el dieciséis (16) de agosto de dos mil diez (2010), esto es, durante 5 años, 7 meses y 16 días, lo que demuestra a las claras que no se trataba de una labor intermitente o pasajera.

[47]Alentador, por decir lo menos, resulta para emprender la arqueología del contrato, lo que el profesor José Armando Bonivento enseña sobre la prevalencia de los *esentia negotti* sobre la forma: *"Cumplidos los elementos estructurales de la agencia, se imponen todos los efectos jurídicos para ese contrato, así el acuerdo de voluntades no se haya recogido por escrito, o lo haya sido pero sin denominación expresa, o con una nomenclatura diferente":* JOSE ARMANDO BONIVENTO, *"Contratos mercantiles de intermediación",* Bogotá, Ediciones Librería el Profesional, 2ª edición, 1999, página 189.

Del referido elemento esencial de la agencia comercial, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, señaló:

> *"La estabilidad, que es la característica que interesa para el caso sub examine, significa continuidad en el ejercicio de la gestión, excluyente, por ende, de los encargos esporádicos, ocasionales o eventuales. Razones de orden público económico, pero también de linaje privado, justifican y explican esta particularidad, porque al lado de la importancia de la función económica de esta clase de intermediación, aparecen los intereses particulares del agente, quien por virtud de la independencia que igualmente identifica la relación establecida con el agenciado, se ve obligado a organizar su propia empresa, pues la función del agente no se limita a poner en contacto compradores y vendedores, o a distribuir mercancías, sino que su gestión es más específica, pues a través de su propia empresa, debe, de manera estable e independiente, explotar o promover los negocios del agenciado, actuando ante la clientela como representante o agente de éste o como fabricante o distribuidor de sus productos"*[48].

Ahora bien, el contrato celebrado entre YOUNG & RUBICAM y BRM era a término indefinido y fue ejecutado sin cambios intempestivos y de manera estable por un prolongado arco de tiempo.

[48] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 20 de octubre de 2000, Magistrado Ponente: José Fernando Ramírez. Exp. 5497. En este sentido, Sentencia del 28 de febrero de 2005 Referencia, Expediente No. 7504: *"Tan cara es la estabilidad al contrato de agencia mercantil, que no obstante ser una especie de mandato, no es posible finiquitarlo por causa de la revocación que haga el agenciado (arts. 1279 y 1330 C. de Co.), toda vez que se trata de un negocio jurídico que interesa a ambos contratantes. De allí que el legislador, de una parte, se hubiere ocupado de establecer las justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato (artículo. 1325 C. de Co.), y de la otra, que haya establecido el derecho a una indemnización equitativa a favor de aquella parte "agente o agenciado- a quien se revoque o de por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada (inc. 2, artículo. 1324 ib.), previsiones estas que no sólo develan que la estabilidad no es un mero enunciado teórico, sino que, de paso, evidencian también que no se trata de una característica absoluta y, por ende, infranqueable, pues habrá casos en que, pese al plazo de duración que inicialmente haya sido acordado para el agenciamiento, podrán los contratantes ponerle fin a la relación negocial, si se presenta una de las especiales y excepcionalísimas circunstancias que ex lege habilitan la terminación". (Subrayas fuera de texto)*

Independencia

Es de la esencia de la agencia mercantil que la labor del intermediario se desarrolle de manera insubordinada e independiente a la del empresario. Sobre el particular, bastante elocuente resulta la afirmación contenida en la parte final del inciso segundo de la cláusula decimoséptima del contrato que reza así: *"Por tanto, la Afiliada o cualquiera de sus empleados, no podrá anunciarse ante persona alguna como empleado o subordinado de Y&R".*

Para el Tribunal el acatamiento en determinados momentos de ciertas instrucciones del agenciado, no desdibuja la autonomía que le es reconocida a BRM en la precitada cláusula decimoséptima donde se señala: *"La afiliada, dispone de autonomía y libertad técnica, administrativa y directiva para la ejecución del presente Acuerdo y será el único responsable por la vinculación del personal encargado de prestar los servicios de CRM, la cual realizará en su propio nombre, por su cuenta y riesgo. Por tanto serán de su cargo el pago de los salarios, prestaciones sociales de toda índole y cualquier indemnización que de acuerdo con las leyes laborales tengan sus empleados así como el pago de cualquier acreencia de carácter laboral, sin que Y&R adquiera responsabilidad alguna por tales actos o contratos".*

El verdadero interés final del contrato

La finalidad económica que llevó a YOUNG & RUBICAM a celebrar el acuerdo de afiliación y licencia de marca con BRM, se hace patente en la declaración del señor MANUEL SEGIMON quien frente a la pregunta realizada por el apoderado de la demandada, referida a la manera cómo funcionaba la figura del contrato de afiliación con su red prestadora de servicios de CRM en Latinoamérica, respondió:

> *"Básicamente cuando detectas empresas que por determinadas circunstancias pueden atender al cliente de forma correcta y a usted no le interesa por razones económicas entrar a establecer una compañía de nueva creación o incluso tienes un*

conflicto entre clientes como era el caso de Telecom y de Movistar que tiene que solucionar, establece un contrato de afiliación y de uso de marca como tenemos en el Salvador, Guatemala, Costa Rica, Panamá, Paraguay es una forma de integrar dentro de la red o mejorar un servicio en concreto en el cual en ese momento en ese país, en esa ciudad, no somos especialistas y por alguna razón no lo queremos ser, normalmente es muy bien recibido.

Al entrar reciben un nombre, una estructura, tiene email, una imagen corporativa, reciben entrenamientos porque son invitados a la formación, suele ser un win to win interesante para las compañías, en el caso de Young & Rubicam y de Wunderman va mucho en función de qué tan estratégico es en ese momento o en ese mercado la marca o el servicio que se quiere prestar o si se tiene que atender a un cliente y se quiere resolver un conflicto, muchas veces Wunderman tiene una imagen propia y un determinado posicionamiento dentro de la oferta de servicios, pero también sirve dentro de un grupo para manejar cuentas en conflicto, oiga no lo puedo atender porque llevo un competidor, pero la paso a Wunderman, o al revés, no le puedo atender se la paso a Young & Rubicam, ese es el uso que normalmente que se le da a un contrato de afiliación"[49].

A su turno, al preguntársele por la necesidad y urgencia que tenía YOUNG & RUBICAM para comprar a BRM, el señor GUSTAVO ALBERTO LENIS sostuvo:

"Totalmente falso, no es cierto, dentro de la idea de nosotros estaba comprarlos, por supuesto, pero no dije que si rápido, nosotros debíamos comprar esa compañía porque nosotros no hacíamos CRM, no teníamos el expertise ni lo íbamos a tener, en una compañía como Young & Rubicam no puede tener compañías chicas, no, usted tiene una compañía como Wunderman o no tiene, nosotros no íbamos a tener eso,

[49] Folio 442 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

entonces sí creo que nosotros deberíamos comprarlos, es verdad, pero que yo dije que… yo sí creía"[50].

En este sentido, respondió el señor ANDRÉS ROBLEDO frente a la pregunta formulada por el apoderado de la demandante referida a la terminación de la relación comercial con DIRECTA S.A.

"Nosotros arrancamos a buscar un negocio y encontramos un negocio, encontré una persona con la que me sentía muy cómodo, era Juan Pablo, sentía yo que podía manejar bien el tema de CRM, se lo presento a Gustavo Lenis y hago un papel al exterior diciendo: -creo que estos son unos socios, unos partners adecuados-; me preguntan: -por qué-; y les digo: -porque tienen call center-; me dicen: -no nos interesa el call center porque nosotros tenemos call center y hay que meter mucha plata, pero sí nos interesa que sepa algo de mercadeo directo-; porque era una disciplina nueva en el mercado colombiano, nos dan un voto de confianza y nos dicen: -adelante conversaciones con ellos-.

La idea inicialmente era comprar a esas empresas y el esquema inicial de las conversaciones que yo adelanté con Pilar, Juan Pablo y Andrés Uribe, no muchas veces, pero Andrés también participaba ahí, era alrededor de una compra del negocio y organizamos un negocio para llegar, conocerlos y al cabo del tiempo comprarles de acuerdo a una medio fórmula que había ahí, la cosa arrancó bien, me reservé el derecho de manejar toda la parte de lo que llamábamos el back office que es llevar la parte de tesorería, recursos humanos, todas esas cosas administrativas, yo me eché esa carga encima para dejar que ellos pudieran desarrollar su negocio"[51].

[50] Folio 523 del Cuaderno de Pruebas No. 2.
[51] Ver folio 493 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Y sobre la razón de celebrar el contrato de afiliación con BRM, respondió:

> *"Básicamente los contratos eran lo mismo porque es un contrato de afiliación de marca donde uno entregaba una marca para que ellos pudieran explotar bajo unos condicionamientos, por qué no podía ser Directa, que hubiera sido lo ideal, porque Directa venía con unos pasivos muy grandes, Directa estaba en causal de liquidación y tenía mal nombre, ellos lo sabían y habían puesto en liquidación esa compañía, no podía ser Directa, les dije: -móntense una, cualquiera-; entonces pusieron BRM, que significa Business relationship management o algo así me contaron en su momento, les dije: -no me importa cómo se llama, ustedes siguen teniendo la marca de Wunderman que es conocida, muy valiosas y todo lo demás-"*[52].

Nótese de las anteriores declaraciones, la incidencia que tuvo en la decisión de contratar a BRM, su experiencia en la prestación de servicios de CRM y los estándares de calidad y eficiencia que tuvo que demostrar para poder mantener la clientela de YOUNG & RUBICAM, y como se expondrá *infra* para poderla atender y acrecentar.

Como se sabe con la entrada en vigencia del Código de Comercio en Colombia en el año de 1971 se tipificó normativamente el contrato de agencia comercial el cual, antes de esa fecha, ya operaba con intensidad en la práctica (tipicidad social). Dentro de su regulación quedó consignada la norma que permite compensar al agente por sus esfuerzos en el posicionamiento de los productos y los signos distintivos del agenciado, así como indemnizarlo en el caso de terminación unilateral del contrato por causa imputable al empresario o agenciado.

La aplicación del artículo 1324 del Código de Comercio ha sido bastante discutida en la medida en que muchos agentes económicos que ejercen la intermediación, no solo los que desarrollan su actividad bajo relaciones jurídicas gobernadas por el contrato típico de agencia comercial,

[52] Ver folio 494 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

han querido que la norma se les aplique, es decir, se ha pretendido que extienda su ámbito de aplicación a todas aquellas relaciones jurídicas de distribución o intermediación.

Por ejemplo, en el contrato de agencia de seguros respecto de la discusión de si se le aplican las normas de la agencia comercial y, concretamente, la norma que regula la compensación que el agenciado debe pagarle al agente y la indemnización a la terminación del vínculo contractual, la Corte Suprema de Justicia[53] no le halló la razón al Tribunal de instancia por haber aplicado a un contrato de agencia de seguros los criterios indemnizatorios que se tienen para el contrato típico de agencia comercial.

La Corte estimó que en el contrato de agencia de seguros no se tiene certeza de si la conquista del mercado es producto de la labor tesonera de una determinada agencia o si es el resultado de la concurrencia del esfuerzo común de otras o todas las demás agencias; además, porque en el contrato de agencia de seguros la clientela conquistada es propia del agente y no siempre del agenciado.

Así pues, los supuestos del artículo 1324 del Código de Comercio no concurren en esta modalidad de contrato atípico y, en consecuencia, no cabe aplicar por analogía la norma citada a un contrato que pese a ser también de intermediación, difiere en puntos fundamentales del contrato de agencia comercial. En el contrato de agencia de seguros, no se sabe con certeza si la conquista del mercado se debe a la participación de una agencia determinada como causa eficiente del mismo, como tampoco se puede establecer inequívocamente en todos los casos –menos aún en las grandes ciudades- a cuál agente o agencia obedece la acreditación de la empresa, o si ello se debe a la promoción publicitaria que despliega la misma compañía aseguradora.

[53] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 22 de octubre de 2001, M.P.: Jorge Castillo Rugeles.

Por tales razones, la Corte casó la sentencia del Tribunal con fundamento, entre otros argumentos, en que:

> "*[N]o se puede afirmar siempre y tajantemente que cuando una agencia de seguros deja de serlo para determinada compañía, ésta se queda con el territorio donde aquélla radicó su actividad y, por ende, con la clientela que la agencia haya conquistado; cuestión esta última que no es de poca monta para confrontarla con la actividad de desempeña el agente comercial, quien, como fruto del contrato que lo ata con el empresario o agenciado, genera clientela respecto de un producto o un servicio siempre en provecho de los intereses de éste*".

Es decir, que el punto de la clientela fue crucial para que la Corte no extendiera los efectos del artículo 1324 a la agencia de seguros, por cuanto en el proceso no apareció probado que la clientela se hubiera creado para el empresario. Pero además -y esto viene a ser lo relevante para la decisión del presente litigio- es que la participación del agente en la conquista del mercado es un criterio relevante para configurar una relación de agencia.

Sobre el esfuerzo realizado por BRM para sostener y ampliar los clientes referidos por YOUNG & RUBICAM, es bastante diciente el relato del señor DAVID NIETO, quien frente a la pregunta de cómo se ganaba la convocante a la clientela dijo:

> *"Mire la verdad cuando yo entré a Wunderman ya estaban los clientes definidos, cuando yo estuve ahí tuve muchos más clientes pero hay cuentas que son aparte que son de Wunderman que no maneja Young & Rubicam por ejemplo Nokia, Nokia es una cuenta de Wunderman no es de Young & Rubicam, es Wunderman a nivel mundial, hay otras cuentas como las mías Citibank, Coomeva que no tienen nada que ver con Young & Rubicam, esas cuentas se las consiguieron acá Juan Pablo y*

Pilar eran cuentas de ellos, no definidamente las entregó Young & Rubicam a la agencia porque no eran de Young & Rubicam"[54].

Preguntado por los clientes que atendía BRM, el señor JUAN SEBASTIÁN BONILLA respondió:

"DR. NAVIA: ¿Todos los clientes que se manejaban en BRM WUNDERMAN, como usted llama, eran referidos por YOUNG & RUBICAM?

SR.BONILLA: No todos, creo yo en un alto porcentaje, sobre todo los clientes de interactive porque no todos los clientes estaban en la tres unidades de negocio, pero los clientes que yo tenía en su mayoría sí eran referidos pero también teníamos algunos clientes locales"[55].

A su turno, cuando se le pregunta al señor MARCO LLINÁS en qué consistía el encargo encomendado por YOUNG & RUBICAM, el testigo contestó:

"El encargo era el crecimiento del mercado posicionando la marca CRM, acreditando la marca, atendiendo una clientela, creciendo esa clientela concretamente dentro del área de CRM, definición de CRM que estaba tanto en el contrato como en una modificación que hubo para que las partes entendieran exactamente de qué estábamos hablando, del objeto del contrato, de manera que era la promoción dentro de un territorio, la acreditación de una marca atendiendo unos clientes. Había dos tipos de clientes, unos referidos por Y&R, quiero aclarar que el tema referido no quiere decir que el cliente llegara y al otro día se empezaba a facturar, a ese cliente había que presentarle las credenciales de lo que era posible hacer en Colombia a través de la marca Wunderman y obtener algún tipo de contrato. Luego

[54] Folio 328 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[55] Ver folio 366 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

de las presentaciones salía una orden de trabajo pero no era automática, igualmente había otros tipos de clientes donde el esfuerzo era mayor, como caso reciente Nestlé en donde BRM por gestión de superación local adquiere un cliente como una multinacional tan grande que no es un cliente de Wunderman a nivel internacional. Eran dos posibilidades de clientes que se atendían, unos referidos y otros conseguidos en el mercado"[56].

La anterior declaración es analizada en conjunto con los relatos de los señores DAVID NIETO y JUAN SEBASTIÁN BONILLA, toda vez que sobre ella se formuló una tacha de falsedad que exige del Tribunal una apreciación del relato con mayor rigor[57]. De dicho análisis probatorio concluye el Tribunal 2 cosas: *i.)* Que la labor de promoción no se agotaba con las buenas referencias que diera YOUNG & RUBICAM de las aptitudes de BRM y *ii.)* Que la labor de BRM era importante para conservar y acrecentar la clientela de YOUNG & RUBICAM[58].

Adicional a ello, como se dejó explicado al abordar los aspectos relevantes del contrato, YOUNG & RUBICAM no garantizaba que los clientes referidos aceptaran que BRM les prestara servicios de CRM, lo que le permite inferir al Tribunal que de no ser por el esfuerzo y la labor de BRM, muchos clientes hubieran preferido que YOUNG & RUBICAM les prestara directamente los servicios de mercadeo relacional, pero en la práctica no fue así[59].

[56] Folio 350 del Cuaderno de Pruebas No. 2.
[57] Artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

[58] A este respecto el dicho del Gerente de Procesos de BRM, el señor ESLAVA es bastante dicente: "*Encantado, lo que primero a entender Nokia y Diageo fueron clientes referidos por Young & Rubicam y si me permite dar un ejemplo yo a usted le voy a vender un seguro de vida, yo voy y usted está interesado y le digo deme 3 nombres de referidos y yo voy a visitar esas 3 personas, una cosa es que me los refiera y otra cosa es que yo me los gane, en este sentido quiero hacer claridad, sí fueron referidos por Young & Rubicam pero fueron clientes cuya facturación se incrementó a través de todo el acuerdo como decía el acuerdo y como tenía que ser así, pero sí son referidos*": Reverso folio 342 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[59] En los alegatos de conclusión de la demandante se lee: *"Podrá ser cliente de Y&R para publicidad de medios, pero no lo es para CRM".* Folio 413 del Cuaderno Principal No. 1.

Es más, revisado el dictamen pericial rendido por la doctora GLORIA ZADY CORREA, donde se observa el cúmulo de clientes atendidos por BRM, el listado de contratos celebrados y la facturación por servicios de CRM, es evidente la manera como los servicios de mercadeo relacional y el posicionamiento de la marca WUNDERMAN, fueron creciendo de la mano de la labor y el esfuerzo de BRM. Al efecto se observan los siguientes cuadros.

Cuadro de clientes a los cuales BRM prestó servicios de CRM, durante la vigencia del contrato[60]:

CONTRATO	CLIENTE	
	BRM	REFERIDO
ALIANZA TEAM	X	
BCSC	X	
BICOM	X	
COOMEVA	X	
EASY	X	
EMBAJADA DE SUECIA	X	
FUNDACIÓN TERPEL	X	
LA CUN	X	
NESTLE DE COLOMBIA S.A.	X	
PROTABACO	X	
TACT&CO	X	
UNIVERSIDAD LUND	X	
AEROREPUBLICA		X
BANCO DE CREDITO		X
CITIBANK		X
COLFONDOS		X
COLOMBIA TELECOMUNICACIONES		X
COLOMBINA		X
DIAGEO		X
FUNDACIÓN TELEFÓNICA		X
MEDIAEDGE CIA		X
MICROSOFT		X
NOKIA		X

[60] Ver folio 379 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

SODIMAC		X
TELEFÓNICA		X
WYETH		X
Y&R LATINA AMERICA		X

Listado de clientes con o sin contrato[61]:

CLIENTE	**SI**	**NO**
AEROREPÚBLICA	X	
AIG (CITY BANK)		X
BICOM	X	
BMB Producciones		X
CITIBANK	X	
CITROEN		X
COLFONDOS	X	
COLPATRIA		X
COOMEVA	X	
DELL		X
DIAGEO BR	X	
EASY	X	
EMBAJADA DE SUECIA	X	
FUND. ARTE CIENCIA Y TEC		X
FUND. GLOBARTE		X
FUND. TELEFONICA	X	
FUND. TERPEL	X	
GABRIEL ALVARADO		X
GRUPO TPS		X
HEAT MARKETING EMO.		X
HOCOL		X
IMILLA		X
INTEL		X
JWT		X
LIBERTY SEGUROS		X
LIVE EVENTS		X
MAGYA COLOMBIA		X
MAPFRE SEGUROS		X
MICROSOFT	X	

[61] Ver folios 380 y 381, la única aclaración a dicha pregunta puede verse a folio 418 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

MINDSHARE		X
NEXIS		X
NOKIA	X	
ORACLE		X
PARRA ARANGO & CIA		X
PIJAO GRUPO EMPRESARIAL		X
PROTABACO	X	
ROYAL & SUN ALLIANCE		X
SALESFORCE		X
SODIMAC	X	
TACT&CO	X	
TELEFONICA	X	

Sobre el valor de las facturas emitidas por YOUNG & RUBICAM por servicios de CRM, se lee[62]:

"De acuerdo con la contabilidad de BRM S.A., el total de facturas emitidas por Young & Rubicam a cargo de BRM S.A., desde el 1 de enero de 2005 y hasta el 17 de agosto de 2010, ascienden a la suma de $1.565.553.776, discriminada por años, así:

AÑO	**VALOR EN $**
2005	61.103.173
2006	209.491.879
2007	261.117.421
2008	345.490.111
2009	366.065.427
2010	322.285.765
TOTAL	**1.565.553.776**

Nótese la evolución de la facturación por servicios de CRM durante la vigencia del contrato, esto es, del primero (1) de enero de dos mil cinco (2005) al primero (1) de diciembre de dos mil diez (2010), y como en el año dos mil nueve (2009) alcanza su punto más alto.

[62] Ver folio 402 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

El encargo de promover servicios de CRM bajo la marca WUNDERMAN.

Del análisis en conjunto del contrato de afiliación y de los negocios jurídicos que lo precedieron, al igual que de la prueba testimonial recaudada en el proceso[63], el interrogatorio de parte del señor GUSTAVO ALBERO LENIS y el dictamen pericial, el Tribunal concluye que YOUNG & RUBICAM le encargó a BRM la prestación de servicios de CRM a los clientes que por cualquier razón o circunstancia no podía atender directamente[64].

Es palpable la labor de BRM en el posicionamiento de la marca WUNDERMAN y en la prestación de servicios de CRM bajo la denominación de dicho signo distintivo, tal como se deduce, entre otros, de la declaración de ANDRÉS ROBLEDO y del dictamen pericial por los niveles de facturación. El Tribunal infiere que por la labor del agente, la marca WUNDERMAN de "WPP PROPERTIES" fue explotada y difundida en Colombia.

Y es que incluso teniendo establecida una estrategia publicitaria por regiones, la labor de BRM seguía siendo importante para la promoción de servicios de CRM bajo la marca WUNDERMAN, tal como lo pone de presente el testigo JUAN SEBASTIÁN BONILLA, quien al preguntársele por la manera cómo funcionaban los equipos de trabajo o las denominadas "grillas" para la realización de contacto directo, explicó:

> *"Lo que hacíamos, voy a coger el ejemplo de NOKIA que es como el más fácil de ejemplificar, NOKIA tenía toda una estrategia regional digital y lo que hacíamos cada uno de los países era aterrizar esa estrategia regional digital a las necesidades locales del país, como lo hacíamos, por medio de esta grilla que tenía ingenieros, diseñadores, redactores, gente del servicio al cliente etc"*[65].

[63] Los testimonios rendidos por los señores DAVID NIETO, JUAN SEBASTIÁN BONILLA, MARCO LLINÁS Y ANDRÉS ROBLEDO.

[64] Recuérdese aquí el caso entre MOVISTAR y TELECOM, antes de la fusión y como el señor LENIS tuvo que acudir a BRM para no dejar abandonado a su cliente.

[65] Ver folio 368 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Adaptar una política de grupo, un sistema, una red internacional a la realidad de un país, no es una tarea fácil; implica además de ciertas habilidades y aptitudes en el campo de los negocios, experiencia y dedicación en la labor. Ingresar a un mercado, conquistar una clientela, difundir o posicionar una marca, ganar una reputación, darle personalidad a una imagen corporativa, depende en gran medida de la habilidad del intermediario elegido por el grupo para –en lenguaje coloquial- ponerse la camiseta en su nombre y hacer presencia en un determinado territorio.

Frente a la pregunta formulada por el apoderado de la demandante referida al posicionamiento de la marca WUNDERMAN en el mercado colombiano, antes de la celebración del acuerdo de afiliación, el señor ANDRÉS ROBLEDO respondió:

> *"Yo le diría desde antes, desde Directa, qué es lo que pasa, primero cuando yo llego a Rubicam esto era una empresa privada, no era pública, pública es que da bolsa en Nueva York por acciones que un público pueda adquirir participación, en el año 2002 la adquiere WPP que es pública y ese negocio nos entregó a nosotros una cantidad de líneas de negocio que no tenía en su momento Young & Rubicam, dentro de lo que nos entregó en los negocios fue a Wunderman, nosotros nos presentábamos a los clientes con nuestro portafolio, decíamos: -somos esta y ahí está el logo-; los 50, los 60, los ciento logos que tiene el grupo y ahí estaba Wunderman.*
>
> *A uno le podía preguntar el cliente: -esto qué es-; uno contestaba: -nosotros, el grupo tiene agencias en todas partes del mundo y hacemos CRM-; eso un valor que tiene el grupo, el desarrollo de eso, y uno se lo presenta a los clientes, esa es una venta que es válida y cierta, así se hacía, por eso digo desde el momento en que lo compra uno a WPP, qué nos está aportando el negocio, venga para acá qué es lo que está aportando, está aportando una cantidad de marcas que tienen una cantidad de experiencia y un reconocimiento, eso mismo pasaba después de firmado*

el contrato de Directa y después de firmado el contrato de BRM, con BRM uno iba y decía: -esto es el grupo, -ustedes tiene Wunderman, que chévere-, lo atienden allá los señores Pilar Jaramillo y Juan Pablo, allá están-; pero es lo mismo, se hacía exactamente la misma venta porque son cosas que son activos del grupo"[66].

A este respecto, despunta también muy ilustrativo el testimonio del señor DAVID NIETO:

"Sí claro porque la mayoría de esos clientes, el ejemplo que le ponía de Nokia o el de Diageo son clientes regionales, todo es igual, lo que sale acá sale en Argentina y sale en Chile o en Brasil, lo único que cambiará es el leguaje, las palabras y todo eso, hay que tener una alineación y normalmente lo que hacen es que se bajan campañas, Wunderman Argentina sacan una campaña y ellos me llaman a mí, llaman a los de Venezuela y a los de toda Latinoamérica y les dicen mire cómo sacamos la campaña, mire cómo es la estrategia y hay que hacerlo de esta manera, Nokia compró esta campaña o Microsoft compró esta campaña, lo entrenan a uno sobre cómo debe manejar uno la marca o la campaña que ellos hayan creado y de ahí para adelante ya uno hace una tarea que se llama localizar que es lo que le digo yo acá ya le pongo modismos colombianos, fotos de gente de acá, hago que la publicidad parezca de acá de Colombia aunque fue de Wunderman Argentina o Brasil o Venezuela" [67].

No cabe duda que una cosa es hacer CRM en Brasil, México o Argentina, y otra cosa diferente es hacer Mercadeo Relacional en Colombia; ese fue precisamente el *expertise* que YOUNG & RUBICAM adquirió de BRM, aprender a hacer CRM en Colombia.

[66] Reverso folio 499 del Cuaderno de Pruebas No. 2.
[67] Ver reverso folio 328 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

El esfuerzo de BRM por obtener, mantener y acrecentar una clientela en un determinado ramo para su grupo, queda evidenciado en la declaración del señor MANUEL SEGIMON, Director Financiero de la red YOUNG & RUBICAM y la red WUNDERMAN[68].

"DR. NAVIA: Un afiliado como BRM qué debe hacer, ustedes le remiten un cliente, qué debe hacer él con ese cliente?

SR. SEGIMON: Al final BRM o un afiliado dentro de un contrato de afiliación precisamente depende de cuál es la estrategia que se establece en la afiliación, por desgracia o por suerte no estaba en el 2004 por lo cual no sé cuál fue la estrategia, ni la intención, ni que hubo detrás de hacer la afiliación con BRM, no puedo opinar sobre cuál fue el origen de eso, puedo opinar en términos generales por qué tenemos afiliados, en concreto un afiliado puede servir para cubrir un nicho de mercado en el cual yo no tengo expertos y no me resulta ni atractivo, ni rentable generar ese expertise, por ejemplo, dentro del Core de mi negocio está un cliente como Telefónica, puedo tener la parte de ATL que son las campañas, la parte de BTL que es el marketing propiamente dicho que no es en masivo, la parte de digital que acompaña tanto a uno como a otro y la parte de CRM.

Llega un momento en que usted dice: -no tengo especialista en el manejo de bases de datos o de CRM-; puedo afiliar a una compañía que sí tiene esos especialistas y tiene ese expertise para que trabajé conmigo en conjunto con mis clientes para darles ese servicio, qué tiene que hacer esa compañía, respetar la marca y las directrices porque la marca en si es muy importante, es la imagen de la compañía, a nivel global está más que por encima de cualquier mercado sea grande o pequeño, dos, tiene que conocer y establecer las políticas del grupo y específicamente en la

[68] Véase reverso folio 451 y folio 452 del Cuaderno de Pruebas No. 2

atención de ese cliente, en el contrato de ese cliente, ya sea el sistema de compensación y de alinearse con esas políticas.

DR. NAVIA: En ocasiones tiene que ganarse a ese cliente?

SR. SEGIMON: Creo que los clientes siempre se los gana, los tenga por contrato o no realmente se establece una relación correcta de servicio con ellos, por ejemplo, nosotros llamamos al crecimiento orgánico cuando usted crece dentro de un cliente, dice: -empiezo con lo que me da el contrato, pero mañana amplió mis servicios o identifico oportunidades de negocio para mi cliente-; la mejor forma de crecer con un cliente no es ofertarle cualquier cosa, sino identificar, Adidas, Telefónica, Nokia o Diageo, hay una oportunidad de negocio aquí y podemos materializarla o instrumentarla de esa forma, ante esas propuestas proactivas un cliente suele responder de forma muy positiva y se traduce en incrementos adicionales, son los que se llaman incrementos por proyecto, es decir, usted no lo tiene asegurados, tiene que ir a buscarlos, tiene que ganárselos.

Para esos incrementos en proyectos diría que en un 90% es habilidad local, hay veces que se da un proyecto en México, se desarrolla en México, se mete y se puede aplicar, ampliar o reproducir en otro mercado, en este caso puede ser Colombia, ahí está la buena gestión en la habilidad local de crecer dentro de ese cliente, los clientes que transferimos a las afiliadas, éstas tiene que hacer un esfuerzo de originar ese cliente, ese no es el concepto, yo le doy la marca, las directrices, guideline, la formación, la imagen y el cliente, evidentemente si le doy un cliente que vale 100 y usted lo hace valer 150 porque le vende unos proyectos que no estaban establecidos en el plan de trabajo inicial es una buena gestión suya y si el cliente está contento y le gusta se los dará". (Subraya del Tribunal).

El anterior relato es elocuente en demostrar la relación de agencia entre YOUNG & RUBICAM y BRM, no sólo porque desvirtúa el argumento de la demandada (según el cual la labor de BRM en la promoción de campañas de mercadeo relacional entre sus clientes era estéril, por cuanto se trataba de un servicio previamente promocionado por YOUNG & RUBICAM), sino además, porque revela la *intentio* en los contratos de afiliación, que es *grosso modo:* tener agentes o aliados estratégicos que sepan de CRM, en determinados países de la región (Argentina, Brasil, México, Venezuela), cubrir un nicho de mercado hasta ese entonces inexplorado, crecer y mantener la clientela y cosechar una nueva.

Este aspecto de la clientela también fue explicado por DAVID NIETO, en los siguientes términos:

> *"DR. NAVIA: BRM que era una empresa pequeña que arrancó prácticamente de la nada desarrolló un mercado de CRM, cómo lo hizo, cómo arrancó, cómo fue esa tarea a lo largo de los años?*
>
> *SR. NIETO: Consiguiéndose los clientes a pulso, una labor comercial increíble de Juan Pablo y de Pilar, creo que más de Juan Pablo que es un líder comercial.*
>
> *DR. NAVIA: Pero qué trabajo hay en conseguirse un cliente si Young & Rubicam se lo da?*
>
> *SR. NIETO: Pero la mayoría de clientes que nosotros teníamos no era que Young & Rubicam los hubiera entregado.*
>
> *DR. NAVIA: Si Young & Rubicam le daba un cliente, es decir con solo tener el cliente ya estaba hecha la tarea o había que realizar un trabajo, qué tipo de trabajo para convencer a ese cliente, para ganarse a ese cliente?*
>
> *SR. NIETO: Mire la verdad cuando yo entré a Wunderman ya estaban los clientes definidos, cuando yo estuve ahí tuve muchos más clientes pero hay cuentas que son*

aparte que son de Wunderman que no maneja Young & Rubicam por ejemplo Nokia, Nokia es una cuenta de Wunderman no es de Young & Rubicam, es Wunderman a nivel mundial, hay otras cuentas como las mías Citibank, Coomeva que no tienen nada que ver con Young & Rubicam, esas cuentas se las consiguieron acá Juan Pablo y Pilar eran cuentas de ellos, no definidamente las entregó Young & Rubicam a la agencia porque no eran de Young & Rubicam"[69].

Concluye entonces el Tribunal que BRM además de atender, mantener y acrecentar la clientela que le era referida por YOUNG & RUBICAM o WUNDERMAN, debía conseguir con su propio esfuerzo nuevos clientes.

El elemento "*por cuenta de*"

El Tribunal quiere hacer un elenco de ciertos hechos probados que devienen relevantes para demostrar que BRM actuó por cuenta de YOUNG & RUBICAM en la ejecución del contrato de afiliación y licencia de marca:

1. En la sección 3 del contrato se lee: *"Por medio del presente acuerdo, Y&R autoriza a la Afiliada a presentarse frente al público en general, pero únicamente en lo que se refiere al objeto del presente Acuerdo, como "afiliada" o "asociada" de YOUNG & RUBICAM COLOMBIA LTDA" O "en cooperación con YOUNG & RUBICAM LTDA"*.

2. Así mismo, en la sección 9 del contrato, se pactó que BRM le tenía que pagar a YOUNG & RUBICAM una comisión por la remisión de clientes para la prestación de servicios de CRM, lo cual revela que por la gestión de su agente YOUNG & RUBICAM ganaba una buena comisión.

[69] Ver folio 328 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

3. Lo anterior lo corrobora el dictamen pericial, en donde se afirma: *"De acuerdo con la contabilidad de BRM S.A., el total de facturas emitidas por Young & Rubicam a cargo de BRM S.A., desde el 1 de enero de 2005 y hasta el 17 de agosto de 2010, ascienden a la suma de $1.565.553.776".* De este modo queda demostrado que la demandada recibió un beneficio económico por la prestación de servicios de CRM proveniente de su agente.

4. En el punto 4 del literal c) de la sección 7 del contrato se estipuló como justa causa para terminar el vínculo contractual, lo que sigue: *"Si cualquiera de los socios o administradores de la Afiliada realiza cualquier acto ilegal, delictuoso o fraudulento que ponga en riesgo o deteriore la imagen comercial o el prestigio de la Afiliada".* Aquí es evidente que la afectación de la reputación de BRM también afectaba a la de YOUNG & RUBICAM, lo cual demuestra el elemento por cuenta ajena, toda vez que si se afectaba el buen nombre del agente también se afectaba el *good will* del agenciado.

5. De los testimonios de los señores MANUEL SEGIMON[70], JUAN SEBASTIÁN BONILLA[71] y DAVID NIETO[72], se observa la manera como la red de prestadores de servicios de YOUNG & RUBICAM a nivel mundial debía estar alineada para defender los intereses del grupo, y así mismo, la manera como a un cliente le era muy difícil poder diferenciar entre BRM y la marca licenciada, puesto que para muchos BRM era WUNDERMAN[73].

[70] Folio 453 y reverso del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[71] Reverso folio 366 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[72] En el reverso del folio 327 del Cuaderno de Pruebas No. 2, se lee: "*DR. NAVIA: A clientes que les enviaba Young & Rubicam o clientes que les enviaba Young & Rubicam y clientes que conseguía la propia BRM. SR. NIETO: Clientes que enviaba Young & Rubicam había y los otros clientes eran los que conseguía BRM que eran la mayoría. DR. NAVIA: Y los atendía a nombre de Wunderman siempre? SR. NIETO: Yo siempre fui de Wunderman, nosotros todo lo hacíamos bajo los parámetros de Wunderman, lo que le digo como yo lo entiendo BRM es una razón social, a mí me contrató Wunderman, yo trabajaba bajo los parámetros de Wunderman, mis tarjetas de presentación eran de Wunderman, todo era Wunderman hasta que surgió este problema y se convirtieron en BRM".*

[73] A la pregunta formulada por el apoderado de la convocante, referida a si BRM atendía a los clientes bajo su razón social o bajo la marca WUNDERMAN, el señor JUAN SEBASTIÁN BONILLA afirmó: *No, todo era a nombre de WUNDERMAN, verdaderamente éramos WUNDERMAN y ese era el nombre por el que se nos conocía, BRM no era un nombre que se conociera, nosotros éramos WUNDERMAN".*

6. Cuando un cliente como BANITSMO se daba cuenta que la marca WUNDERMAN no estaba registrada en Colombia como de propiedad de YOUNG & RUBICAM, o no tenía claridad de cómo BRM hacía uso de ella, pedía una explicación del tema al señor GUSTAVO LENIS, quien por conducto de la demandante, daba un parte de tranquilidad al cliente diciéndole que BRM estaba autorizada para utilizar dicho signo distintivo por estar afiliada al Grupo WPP[74].

7. Finalmente, en el caso MOVISTAR, puesto de presente por el señor GUSTAVO LENIS[75]y MANUEL SEGIMON[76], el elemento por cuenta ajena es contundente: BRM detentaba temporalmente algunos clientes mientras YOUNG & RUBICAM podía atenderlos[77].

---

[74] Ver folio 269 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[75] En el interrogatorio de parte rendido por el señor LENIS (visto a folio 523 del Cuaderno de Pruebas No. 2 sostuvo), se dijo: "*Tuvimos un problema coyuntural un poco complicado, porque Young & Rubicam era la compañía que manejaba Telefónica en la región, Telefónica era Movistar y nosotros nos ganamos la cuenta regional, y yo manejaba Telecom, que en ese momento era colombiana, a mí me dijeron, usted tiene que botar a Telecom y poner a Movistar, le dije, no, yo no, búsquense a otro, si quieren yo me voy, pero no voy a botar a nadie y un cliente mío menos; le dieron vueltas y vueltas y al final les dije, por qué no le pasamos la cuenta a los señores de BRM para que ellos atiendan la cuenta, ellos no lo pueden hacer pero firmamos un otrosí al contrato para que ellos puedan hacer ATL que es la comunicación masiva y yo estoy de acuerdo, hicimos y tal, todo el mundo estuvo de acuerdo, le dije a Andrés Robledo, me redacta una carta donde Pilar se comprometa a devolverme la cuenta dentro de un año, se le puso fecha, agosto no sé qué cosa, firmamos Pilar y yo, y preciso, empezó a hacer trampas y cosas para no devolverme la cuenta.Porque claro, Telefónica vino y compró Telecom, cosa que ya estaba pasando en ese momento, sólo que esa parte de la cuenta de Telecom, que es la parte de banda ancha, que es toda la cosa de datos y telefonía fija no la manejaba Rubicam, la manejaba otra agencia, yo tenía que hacer un proceso en el que le pasaba correctamente la cuenta a la otra agencia, una cuenta tan supremamente grande necesita unos meses de transición, nosotros estimamos, Pilar y yo, un año, no se demoraba todo, pero dije, también es injusto que la tenga menos de un año, que ella perciba algunos ingresos.*

Firmamos el papel, se acabó la fecha de agosto, la llamé y le dije Pilar, ya se acabó la fecha, por favor devuélvanme la cuenta, empezó a toda clase de mentiras, a incumplir las citas, después metió al cliente, llamé a Eddy González y le dije, yo no me meto más, porque lo más bajo que puede hacer uno es meter al cliente, el cliente qué tiene que ver si esto es una cosa entre nosotros; a partir de ahí dije, no quiero nunca más tener nada que ver con ellos, no quiero, que los maneje alguien más, apareció el señor Enrique Yuste, ya conocían a Juan Pablo, le parecía Juan Pablo un tipo bueno, Enrique dijo, yo los manejo; le dije, perfecto, me parece bien, todos contentos, eso fue lo que pasó"

[76] A folio 437 del Cuaderno de Pruebas No. 2 se lee del dicho del señor SEGIMON: "*En ese momento lo que hace Gustavo Lenis es acordar que BRM y YB a pesar que no es… sino que es publicidad general, gestione la marca Movistar; cuando se acaba el contrato con Telecom estaba admitido y acordado entre las partes, incluso creo que hay algún documento que lo refleja, que Movistar pasaría como debe estar y como está en toda la región, a Young & Rubicam".*

La remuneración del contrato

A la luz del artículo 1322 del Código de Comercio, quien tiene el derecho a ser remunerado por la promoción o explotación de los negocios es el agente; empero, nada impide que en virtud del ejercicio de la autonomía privada las partes puedan pactar que también resulte remunerado el agenciado. Una cláusula en este sentido no tiene porque desnaturalizar la agencia mercantil, máxime si el reconocimiento de una comisión al agenciado no implica que al agente se le deje de pagar su remuneración, bien sea a través de un porcentaje de las utilidades, como ocurrió en el presente caso, o mediante un valor determinado.

El Tribunal pudo establecer de distintos medios de prueba que YOUNG & RUBICAM le pagó a BRM un buen porcentaje de las utilidades que generaban sus servicios de mercadeo relacional. Así se aprecia además en el dictamen pericial.

A folio 24 del Cuaderno de Pruebas No. 3 obra una carta de seis (6) de julio de dos mil nueve (2009), en donde el señor ALLAN DUEÑAS, Director Financiero de YOUNG & RUBICAM LATAM, manifiesta:

> *"Respecto de los servicios prestados por ustedes a DIAGEO entre los meses de julio a diciembre de 2008, como les informamos oportunamente, tales servicios no estaban autorizados por el cliente con lo cual no procedía la emisión de una orden de trabajo por parte de Y&R. En otras palabras, al no existir autorización del cliente no se emitió orden de trabajo a BRM y por tanto no procede el cobro de las facturas por ustedes emitidas; no se trata de un compromiso que hubiera adquirido Y&R con*

[77] A folio 96 del Cuaderno Principal No. 1, hay un extracto de una carta citado por la convocada en los alegatos de conclusión, que demuestra que dicha situación de custodia también se presentaba frente a otros clientes: *"el escalamiento de las diferencias del juez del contrato [dentro del marco del compromiso sugerido] no irá en perjuicio de la clientela de Y&R puesta al cuidado de BRM en las líneas ATL, BTL y digital, del prestigio de la marca WUNDERMAN, (conferida a BRM bajo licencia accesoria al contrato de afiliación) y de los intereses comerciales de BRM".*

ustedes y que no estuviera cumpliendo como lo quieren ustedes hacer ver sino que en realidad al no existir la orden de trabajo no nace la obligación de pago".

Del anterior relato se observa que YOUNG & RUBICAM tenía la obligación de pagar por los servicios de CRM prestados a los clientes, siempre que mediara una orden de trabajo de la agenciada, lo que demuestra que la convocada sí pagaba a sus agentes una comisión por su labor. Es más, el pago dependía de las órdenes de trabajo o PO´s que YOUNG & RUBICAM emitiera respecto de los clientes referidos.

Finalmente, frente a la falta de señalamiento del territorio en el texto del contrato y la ausencia del registro del mismo, se ha de decir que los efectos por tales omisiones formales, los da el artículo 1320 del Código de Comercio en el sentido de que "No será oponible a terceros de buena fe exenta de culpa la falta de algunos de estos requisitos". Pero en nada afecta la existencia y validez del contrato entre las partes.

En conclusión, habiendo contemplado el Tribunal los elementos fundamentales que configuran la agencia mercantil en la relación contractual *sub examine* el Tribunal despachará de manera favorable la pretensión primera de la demanda; en consecuencia, desestimará las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda intituladas *"La intención de las partes al suscribir el contrato de afiliación el 31 de diciembre de 2004 no consistía en celebrar un contrato de agencia mercantil"; "Las partes no ejecutaron un contrato de agencia mercantil"* y *"no es necesario interpretar el contrato de afiliación".*

PRETENSIÓN SEGUNDA

Solicita el demandante en la pretensión segunda lo que sigue:

"DECLARAR que la sociedad convocada YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA incumplió el contrato de agencia comercial que celebró con la sociedad convocante BRM S.A. el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cuatro (2004), adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, al darlo por terminado de manera unilateral y sin justa causa".

La demandante en la exposición de sus hechos argumenta que la razón de la terminación del contrato fue la demanda presentada en contra de YOUNG & RUBICAM, y que los hechos sobre los cuales se soportan las justas causas que invoca la demandada para romper el vínculo contractual no son ciertos. Agrega que YOUNG & RUBICAM no respetó los procedimientos contractualmente acordados para remediar el incumplimiento.

Por su parte, la demandada aduce en la contestación de la demanda que la terminación del contrato de afiliación y licencia de marca fue regular, oportuna[78] y justificada[79], que no fue en manera alguna una reacción intempestiva por la presentación de la convocatoria arbitral del trece (13) de agosto de dos mil diez (2010), la cual no duda en calificar como intransigente y desmedida.

En los alegatos de conclusión, dijo:

> *"En síntesis, está probado en el proceso que Y&R satisfizo los requerimientos generalmente aceptados en la jurisprudencia y decantados en la doctrina para*

[78] Es decir, dentro de los plazos establecidos en el contrato, en especial, el de los 30 días concedidos a cualquiera de las partes para remediar el incumplimiento, el cual cumplió con suficiencia mediante la carta del 10 de septiembre de 2009.

[79] En efecto, dentro de los motivos o justas causas esgrimidas por YOUNG & RUBICAM en la carta del diecisiete (17) de agosto de 2010 para terminar el vínculo contractual, se encuentran, *grosso modo,* los siguientes incumplimientos catalogados por la demandada como de naturaleza esencial: *i.)* La manipulación de información para no reportar a YOUNG & RUBICAM las regalías totales de los servicios de CRM; *ii.)* No haber diligenciado en debida forma los formatos de diligenciamiento de las horas/hombre dedicadas la ejecución de servicios de CRM o sistema TIME SHEET, y por último *iii.)* Haber incurrido en una conducta ilegal por cuanto por lo menos dos administradores de BRM también se encontraban en COMPLEMENT y el objeto social de las mencionadas compañías era idéntico, lo anterior a la luz del artículo 6 de la Ley 155 de 1959 lo cual en opinión de la demandada resulta violatorio de la ley.

proceder como lo hizo, por cuanto: (i) hizo uso de una potestad prevista en el texto del Contrato de Afiliación y Licencia de Marca, que no sólo la favorecía a ella sino que era susceptible de ejercitarse por cualquiera de las partes, que fue conocida y negociada por quienes representaron a los sujetos contractuales; (ii) dio por terminado el Contrato de Afiliación y Licencia de Marca una vez que ya había transcurrido cerca de un año contado a partir de la fecha en que instó a BRM a subsanar sus incumplimientos sin que ésta hubiera reconducido su conducta; (iii) se basó en incumplimientos de obligaciones esenciales de BRM, a saber, el cálculo de la base de las regalías pactadas y el acatamiento de las políticas de WPP, a más de los motivos de ilegalidad en la conducta de BRM y sus administradores, que la legitimaba a terminar el contrato de manera inmediata y fulminante; (iv) no procedió mediante vías de hecho, sino que comunicó, no una sino muchas veces los incumplimientos imputados a BRM sin obtener respuesta alguna; (v) buscó que la ejecución del contrato no se viera afectada cuando quiera de BRM se empecinó en la conveniencia de nombrar un árbitro sin expresar para qué propósitos, pero no fue oída".

Sobre los argumentos precedentes pasa el Tribunal a hacer las siguientes consideraciones:

De entrada debe mencionar que el artículo 1324 del Código de Comercio, parte del supuesto de que la terminación unilateral del vínculo de este especial contrato de intermediación requiere de la presencia de la justa causa[80].

En punto de la terminación inmediata destaca el Tribunal el literal c) de la sección 7 del contrato:

[80] En efecto, leído el artículo se encuentra que el contrato de agencia termina por las mismas causas que el de mandato, es decir, que se requiere la presencia de una justa causa a la luz del artículo 1297 del Código de Comercio.

"El presente Acuerdo se dará por terminado inmediatamente, a opción de Y&R, y sin lugar al pago de perjuicio o indemnización alguna a la Afiliada, en cualquiera de los siguientes eventos:

(i) Cuando la Afiliada suscriba con cualquier persona que sea competidora de Y&R, un acuerdo de asociación o afiliación substancialmente similar al presente acuerdo;
(ii) Si la Afiliada se disuelve o entra en proceso de liquidación obligatoria o voluntaria o se declara insolvente o incapaz de cumplir con sus obligaciones;
(iii) Si la afiliada pierde la administración o el manejo de o la propiedad o el control de su negocio por virtud de cualquier ley, decreto, orden, regla, regulación o cualquier otra causa;
(iv) Si cualquiera de los socios o administradores de la Afiliada realiza cualquier acto ilegal, delictuoso o fraudulento que ponga en riesgo o deteriore la imagen comercial o el prestigio de la Afiliada".

En cuanto a la posibilidad de remediar el incumplimiento, en el contrato, se dijo[81]:

"Cualquiera de las Partes podrá dar por terminado el presente Acuerdo en caso de incumplimiento de la otra, siempre que dicho incumplimiento no sea remediado por la Parte incumplida dentro de los treinta (30) días calendario siguientes a la fecha en que la Parte cumplida haya notificado a la Parte incumplida los hechos o circunstancias que constituyen el incumplimiento". (Subraya del Tribunal)

Nótese que dichas previsiones contractuales plantean escenarios diferentes, no obstante encontrarse pactadas en la misma sección del contrato. En efecto, una cosa es la justa causa inminente o pronta, es decir, aquella basada en un incumplimiento de tal gravedad que no da lugar a tiempo de espera; y otra, muy distinta, que el contrato otorgue la posibilidad de

[81] Pactada en el literal b) de la sección 7 del contrato de afiliación y licencia de marca.

recomponer el interés del acreedor antes de su definitiva insatisfacción, concediendo un plazo para subsanar o enmendar el incumplimiento; en estos casos, la cláusula resolutoria se perfecciona al vencer el término concedido para remediar el incumplimiento.

El ejercicio de una de estas prerrogativas anula a la otra, puesto que no se puede invocar una cláusula de terminación inmediata del contrato y conjuntamente alegar la cláusula de remedios convencionales del incumplimiento, por cuanto se supone que si se está invocando un justa causa para aniquilar de inmediato y por completo un vínculo contractual es porque el acreedor está convencido que no existe una segunda oportunidad.

Por tanto, si se llegan a formular de manera simultánea, la cláusula de terminación inmediata debe primar sobre la que permite expiación del incumplimiento, toda vez que no tiene sentido intentar remediar un incumplimiento de una relación jurídica que no existe. Es por ello por lo que es más exigente la labor de quien pretende darle alcance a una cláusula de terminación inmediata -sobre todo en contratos caracterizados por la estabilidad en la relación-, puesto que la eficacia de la misma dependerá de la demostración de los eventos que le dieron lugar.

En la carta de terminación de diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010)[82], se lee:

> *"Puestas en este punto las cosas, sirva la presente para notificar a BRM la situación de incumplimiento del Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca, entre otras y sin que ello implique renuncia de ninguna índole a reclamar por otros conceptos, por las siguientes razones:*
>
> *i) La manipulación de la información concerniente a los volúmenes de producción de BRM, que no se ha diligenciado rectamente y se ha traducido en una disminución ficticia del cálculo de ingresos de BRM, que afecta la base de la liquidación de las regalías pactadas a favor de Young & Rubicam Brands Ltda.;*

[82] Vista de folios 424 a 427 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

ii) La preocupante falta de coincidencia entre los costos asociados al personal puesto al servicio de determinados clientes contra los devengos reales de dicho personal durante un considerable lapso, práctica realmente ajena al marco del Contrato de Afiliación y cuyas contingencias económicas y jurídicas son su absoluta responsabilidad por obedecer a una práctica totalmente ajena al marco del citado negocio jurídico, que además pone en grave riesgo reputacional y jurídico al cliente final, a YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA., y a la propia BRM;

iii) El no manejo conforme a los métodos y políticas del licenciante del sistema de reporte de horas bajo el sistema Time Sheet o cualquier otro, que impide conocer el valor de la hora/hombre en la prestación de servicios propios del Acuerdo de Afiliación y licencia de Marca;

iv) La enojosa situación que se presenta con la sociedad COMPLEMENT S.A., que rompe abiertamente el presupuesto de confianza esencial a cualquier acuerdo de voluntades, pero con mucho énfasis en un acuerdo de afiliación como el que las partes mencionadas celebramos. Al punto me referiré más adelante;

v) La actitud amenazante asumida por BRM en las últimas semanas, de pretender imponer su criterio para designar, por encima de cualquier razonamiento, un tribunal arbitral para dirimir diferencias con YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA., aspecto éste último frente al cual han sido desoídas las solicitudes y propuestas de nuestra compañías contenidas en las comunicaciones de fecha agosto 5 y agosto 12 de 2010". (Anotación del Tribunal)

Interpretando las circunstancias puestas en conocimiento en esta parte de la carta de terminación en armonía con el literal b) de la sección 7 del contrato, encuentra el Tribunal que lo que está tratando de otorgar YOUNG & RUBICAM es una oportunidad para remediar dicha

situación de incumplimiento[83], lo cual resulta contradictorio con lo manifestado en la segunda parte de dicho escrito, en donde se trae a colación uno de los eventos de terminación inmediata consagrados en el numeral iv) del literal c) de esa misma sección.

En efecto, en esta parte de la carta de terminación se lee:

> *"Adicionalmente y sin perjuicio de lo anteriormente expresado, es inobjetable que en el presente caso se hace procedente la terminación inmediata del Acuerdo de afiliación y Licencia de Marca sin lugar al pago de perjuicios o indemnizaciones de ninguna índole a favor de BRM por verificarse la hipótesis prevista en el numeral (iv) del literal c) de la Sección VII del citado acuerdo de voluntades que señala la procedencia de esta forma de terminación del contrato en los siguientes términos:*
>
> *"Si cualquiera de los socios o administradores de la Afiliada realiza cualquier acto ilegal, delictuoso o fraudulento que ponga en riesgo o deteriore la imagen comercial o el prestigio de la Afiliada".*
>
> *En el presente caso existe una conducta ilegal de por lo menos dos administradores de BRM S.A. que a su turno lo son de COMPLEMENT S.A.*[84] (Subraya del Tribunal)
>
> *El objeto social de las mencionadas compañías –BRM y COMPLEMENT- es exactamente el mismo; entre las mentadas sociedades existen negocios comerciales y siendo idéntico su objeto dichos negocios forzosamente versan sobre asuntos que son del resorte mismo del Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca.*[85] [86]

[83] En efecto, revisada dicha cláusula el Tribunal observa que el plazo para remediar el incumplimiento fenece treinta (30) días después de "la notificación" de las circunstancias en las que según la parte cumplida se sostiene.
[84] Citado en la carta de terminación: JAIME SALAZAR TORRES y JAIME URIBE VÉLEZ.

[85] Se lee en la carta de terminación: "*A tal punto es tan abierta la maniobra que se pretende orquestar entre BRM y COMPLEMENT, que la dirección electrónica que por ley debe denunciarse ante la Oficina de Registro Mercantil para el recibo de notificaciones judiciales por esa vía es idéntica y en ambos caso corresponde a*

(…)

He afirmado que la causal de terminación inmediata del Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca es procedente e incuestionable por haberse presentado una conducta ilegal de los administradores, ilegalidad que se concreta en la violación de la prohibición contenida en el artículo 6 de la ley 155 de 1959, que señala:

"Los presidentes, gerentes, directores, representantes legales, administradores o miembros de juntas directivas de empresas industriales constituidas en forma de sociedades anónimas, no podrán distribuir por sí ni por interpuesta persona los productos, mercancías, artículos o servicios producidos por la respectiva empresa o sus filiales, ni ser socios de empresas comerciales que distribuyan o vendan principalmente tales productos, mercancías, artículos o servicios.

Esta incompatibilidad se extiende a los funcionarios de sociedades de responsabilidad limitada que tengan como socios otras sociedades, en forma tal que el número total de personas naturales exceda de veinte.

***PARÁGRAFO 1.** La prohibición contenida en este artículo se extiende a los padres, cónyuges, hermanos e hijos de aquellos funcionarios".*

No encuentra el Tribunal que en la carta de terminación del contrato, la demandada haya explicado las razones por las cuales consideró que tener dos administradores de BRM en COMPLEMENT y que por tener ambas compañías el mismo objeto social, se podía poner en riesgo o afectar la imagen comercial y el prestigio de la afiliada.

luz…sabogal@wunderman.com. No existe ninguna duda en cuanto a que COMPLEMENT no tiene ninguna atribución para utilizar medios ni presentarse ante el mercado bajo ninguna circunstancia como empresa vinculada a YOUNG & RUBICAM ni a WUNDERMAN".

[86] Se lee en la carta de terminación: "*Existe inclusive identidad en la persona del Revisor Fiscal de las dos compañías*".

En este orden de ideas, el Tribunal considera que la causal de terminación inmediata del contrato está mal invocada[87], como quiera que el punto 4 del literal c) de la sección 7 del contrato exige que la conducta ilegal afecte o ponga en peligro la reputación de la afiliada, y ni de la carta, ni del acervo probatorio recaudado en el proceso, el Tribunal pudo atisbar el riesgo o el daño reputacional en mención.

En concepto No. 2008009451-001 del dieciocho (18) de mayo de dos mil ocho (2008), la Superintendencia Financiera definió el riesgo reputacional como *"la posibilidad de pérdida en que incurre una entidad por desprestigio, mala imagen, publicidad negativa, cierta o no, respecto de la institución y sus prácticas de negocios"*. La orfandad demostrativa respecto del referido riesgo es elocuente.

Además, el régimen de las prácticas restrictivas a la libre competencia aplica para competidores y en los contratos de agencia mercantil no existe propiamente una relación de competencia[88].

[87] JOSSERAND a propósito de la rescisión unilateral ejercida en virtud de una cláusula contractual sostiene: "*Se considera que la facultad así reconocida a las partes o a una de ellas, para dar por terminado el contrato, tiene un valor absoluto; puede ser ejercida discrecionalmente, ad nutum, sin que su titular esté obligado a explicar las razones de su determinación y sin que pueda ser inquietado con motivo de ella. Así lo han querido las partes, quienes sin ninguna duda han repudiado hasta la idea de una supervisión (contrôle) en esta materia, suprimir toda discusión y prevenir todo litigio, al concederse una inmunidad total. Cesa de ser concebible el abuso porque se trata del ejercicio de un derecho que los contratantes han destituido voluntariamente de toda finalidad y al que deliberadamente han conferido un carácter puramente abstracto, separándolo de su causa: puede decirse, sin exageración, que el medio justifica entonces el fin, y más bien, que lo cubre totalmente. Pero es necesario no generalizar esta decisión y no aplicarla sin distinción y reserva alguna, a toda terminación unilateral de orden contractual: como hemos advertido antes, esta facultad, cuando se concede en el contrato de venta al vendedor o constructor de automóviles, sólo debe utilizarse a sabiendas y en los límites del convenio; sería intolerable –y contrario al espíritu mismo de la operación-que su beneficiario pudiera invocarla únicamente porque han dejado de convenirle las condiciones en que se pactó la venta; una es la cláusula "rebus sic stantibus", y otra la cláusula de rescisión que sólo se ha insertado en vista de un grupo de eventualidades determinadas y que sería abusiva de aplicarse a cualquiera que surja; también los derechos contractuales, como los que la ley confiere directamente, tienen una misión qué llenar; ordinariamente están dotados de una finalidad contra la cual no pueden rebelarse sin comprometer, en una u otra forma, la responsabilidad de su titular: el concepto de motivo justo preside su realización, como condiciona el ejercicio de casi todos los derechos*": L. Josserand. *El Espíritu de los Derechos y su Relatividad,* Trad. Eligio Sánchez Larios y José M. Cajica Jr., México, Editorial José M. Cajica, 1946, páginas 162 y 163.

[88] *"*Where an agent is appointed which simply negotiates on behalf of a principal, it is treated by EC competition law as forming part of the business organization of the principal, so that agreement between the parties is an internal matter of that economic entity. The consequence is that the agreement will normally fall outside Article 81 (1)*":* RICHARD WISH, "*Competition Law",* London*,* Lexis Nexis Butterworths, fifth edition, 2003, página 586. En

Dicho en otras palabras, el bien jurídico que busca proteger La ley 155 de 1959 es la libre competencia y en la relación entre un agente y un agenciado no existe estrictamente una relación de competencia[89].

Sobre el alcance del artículo 6 de la Ley 155 de 1959, la Superintendencia de Industria y Comercio, dijo: "*De la lectura de la exposición de motivos de la Ley 155 de 1959 y en especial lo atinente al artículo 6, puede deducirse que el espíritu de la norma se enfocó a la protección del mercado pretendiendo evitar tendencias monopolísticas que desplazaran el comercio independiente y organizado"*[90].

Se lee en la exposición de motivos de la Ley 155 de 1959, presentada por el doctor Hernán Agudelo Villa[91], lo que sigue: "*Bien entiende el Gobierno que el estatuto sobre prácticas restrictivas es imperfecto y que la discusión de él en el Congreso puede mejorarse con la incorporación de sanciones a otros hechos que se consideren lesivos de la libre competencia. El ánimo del Ejecutivo es únicamente el de iniciar en el país el proceso legislativo tendiente a impedir prácticas restrictivas, y a garantizar la real operancia de la fuerza competitiva, que considera de utilidad social, porque protege los intereses de los consumidores y evita los abusos de poder, emanados de las combinaciones impersonales y de las concentraciones*

igual sentido, ALISON JONES and BRENDA SUFRIN, EC Competition Law, Oxford, Oxford University Press, 2002, páginas 483 a 485. Aquí se lee: "In the *Guidelines on Vertical Restraints* the Commission recognizes that, in certain circumstances, agents may play an auxiliary function similar to that played by an employee. The selling or purchasing function of an agent may form 'part of the principal's activities, despite the fact that the agent is a separate undertaking" (página 483). Y previamente se lee: "Broadly, however, the arguments rest on the fact that since vertical agreements are not made between competitors they are *prima facie* less obviously anti-competitive than horizontal agreements. […] It may be thought, therefore, that in many cases vertical agreements would fall outside the scope of Article 81 (1). Indeed, many other systems of competition law take a fairly relaxed or laissez-faire approach to vertical agreements" (página 155).

[89] Cfr. TULIO ASCARELLI, "*Teoría de la concurrencia y de los bienes inmateriales",* Barcelona, Editorial Bosch, Tercera Edición, 1970, página 82, también páginas 88 y 89.

[90] Concepto No. 3100089 del 16 de febrero de 2004.

[91] Ministro de Hacienda de la época a quien se le encargó la tarea de sacar avante el proyecto de dicha ley.

monopolísticas, fuera de que la competencia es el más eficaz instrumento para promover el desarrollo tecnológico".

Es decir que para que el artículo 6 de la Ley 155 de 1959 se pudiera aplicar, era necesario haber consultado el grado de participación que tenían en el mercado los agentes económicos que poseían objetos sociales y administradores imbricados. No se trata entonces de un supuesto normativo de responsabilidad objetiva, en donde por el sólo hecho de tener objetos sociales parecidos o iguales y administradores compartidos, se concluya sin mayores miramientos que se estaba desobedeciendo una prohibición legal.

Cabe preguntarse ¿Qué viso de ilegalidad puede tener una conducta que desde su preludio contractual contemplaba la posibilidad de que se crearan sociedades con objeto social idéntico o similar al que se estaba desarrollando?

No tiene pues sentido romper un vínculo contractual reclamando una supuesta conducta ilegal por haberse incurrido en una práctica restrictiva de la competencia, cuando se sabe que entre BRM y YOUNG & RUBICAM no existía una relación de competencia, y que, no era posible que BRM pudiera realizar una concentración monopolística[92]. En corto: BRM no tenía un mercado relevante que le permitiera concentrar la oferta de servicios de CRM, ni era competidora de YOUNG & RUBICAM, sino su afiliada.

En el presente caso, la terminación inmediata no podrá ser avalada porque no se explicó cómo podía afectar la imagen comercial de la afiliada el tener en común con otra sociedad el objeto social y dos de los administradores y además porque la justa causa esgrimida no estuvo precedida de una verdadera conducta ilegal cometida por BRM. La terminación surgió entonces de una apreciación desmedida de circunstancias, por cuanto estuvo orientada por una

92 El estudio de AXIA revela el papel que jugaba BRM entre los principales actores de marketing directo en Colombia (Rapp, Studicom, Proximity, Tribal, Indexcol), pero no le brinda al Tribunal suficientes elementos de juicio para concluir que la demandante tuvo en el mercado una posición dominante que le permitiera crear un monopolio. Folio 85 Cuaderno de Pruebas No. 2.

interpretación equivocada de la ley 155 de 1959, al esgrimirse una conducta ilegal, respecto de esa ley, en donde no la había. Además no apareció demostrado que COMPLEMENT hiciera CRM (ver infra).

Sobre los otros incumplimientos alegados

La única causa que en puridad tenía el potencial para aniquilar inmediatamente el vínculo contractual era la consagrada en el punto 4 de la letra c) de la sección 7 del contrato[93], es decir, la de terminación inmediata que ya fue desestimada por el Tribunal al no encontrarla estructurada. Por consiguiente, si en gracia de discusión se aceptara la tesis de la demandada en el sentido de que todos los incumplimientos puestos en conocimiento en la carta del diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010), eran justas causas para romper el contrato, la conclusión del Tribunal frente a la situación de incumplimiento noticiada ese día sería la misma: la terminación fue injusta por estar cimentada en circunstancias que no constituyen incumplimiento esencial, como se pasa brevemente a exponer.

En punto del talante que debe tener el incumplimiento para poder hacer efectiva la cláusula de terminación unilateral, recientemente la Corte Suprema de Justicia indicó:

> *"Prima facie la terminación unilateral por cláusula resolutoria expresa, está reservada estrictamente a la parte cumplida o presta a cumplir, pues repugna a claros dictados éticos que, la incumplida o renuente al cumplimiento, pretenda favorecerse con su propio incumplimiento. De igual manera, su ejercicio presupone un incumplimiento cierto, ostensible, evidente e incontestable de las obligaciones individualizadas, no de otras, y de tal gravedad, magnitud, relevancia, significación o importancia, por cuanto no cualquier inobservancia de los deberes de conducta justifica la resolución. Tampoco esta facultad, y ninguna otra en general, podrá*

[93] Que decía: *"Si cualquiera de los socios o administradores de la Afiliada realiza cualquier acto ilegal, delictuoso o fraudulento que ponga en riesgo o deteriore la imagen comercial o el prestigio de la Afiliada".*

ejercerse en forma contraria a la buena fe o con abuso del derecho. Asimismo, la eficacia y el ejercicio de esta prerrogativa, es controlable por los jueces, sin excluir el derecho fundamental de acceso a la administración de justicia para definir toda disputa, diferencia o controversia a propósito"[94].

En el presente caso, la primera vez que YOUNG & RUBICAM dio alcance a la cláusula de remedios del incumplimiento fue el diez (10) de septiembre de dos mil nueve (2009), en esa comunicación se expresó:

"*1. El contrato de afiliación y licencia de marca de fecha 31 de diciembre de 2004, nos otorga la facultad de "auditar y revisar los libros, soportes y cualquier otra información de la Afiliada que se estime aconsejable", para los efectos consagrados en el contrato y no señala un plazo para que nosotros tengamos que rendir un informe. En este momento la auditoría continúa y no ha finalizado.*

"2. Dentro de la auditoría realizada hasta ahora, hemos podido comprobar cómo los ingresos por volumen que son considerados operacionales en nuestro negocio, no nos han sido informados para los efectos de la presentación de nuestras facturas y del pago correspondiente que ustedes nos deben hacer.

"3. También en la misma auditoría hemos advertido que algunos beneficios que deben ser trasladados al cliente, ustedes se los han apropiado, afectando en forma grave nuestra imagen y relación con los clientes, quienes puedan tomar decisiones fatales respecto del contrato, cuando tengan conocimiento que no se les entregaron los beneficios a los que tenían derecho.
(…)

[94] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia de 30 de agosto de 2011, M.P.: William Namén Vargas, páginas 50 - 51.

> *"Finalmente, y como quiera que los hechos que se mencionan constituyen incumplimientos al contrato, en los términos de la Cláusula VII, letra b,* ***les notificamos el incumplimiento, para que sea subsanado en el plazo que se menciona en dicha cláusula***"[95]. (Negrilla fuera del texto original).

Ahora bien, cabe preguntarse entonces ¿si el incumplimiento noticiado en la carta de diez (10) de septiembre de dos mil diez (2010) era esencial y BRM no lo subsanó en los treinta (30) días siguientes al recibo de la comunicación, por qué YOUNG & RUBICAM no terminó el contrato? A ello la demandada responde que no lo hizo por cuanto durante todo este tiempo siempre estuvo presta a la conservación del contrato[96]; lo que permite inferir que YOUNG & RUBICAM seguía persistiendo en el negocio porque tenía interés en él. Le llama la atención al Tribunal el hecho de que después de casi un año el demandado vuelva a esgrimir las mismas circunstancias que durante todo ese tiempo, no constituyeron razón para aniquilar el vínculo contractual.

Preguntado por el apoderado de la demandada sobre la razón por la cual la operación desarrollada por BRM frente a los proveedores tenía el carácter de ingreso condicionado, la Gerente Administrativa y Financiera de la demandante respondió:

> *"El ingreso condicionado como su nombre lo dice va de acuerdo a una condición que lo hace entre el proveedor y el cliente, en este caso BRM con su respectivos proveedores y la condición era, si me paga antes de 60 días obtiene un descuento o si usted me contrata toda la operación conmigo, relacionado a lo que es… yo le doy un descuento, un porcentaje, siempre había una condición para que es descuento fuera llevado al ingreso"*[97].

[95] Ver folios 247 y 248 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

[96] Véase la página 34 de los alegatos de conclusión.

[97] Folio 293 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Frente a la pregunta de si en la práctica las agencias de publicidad clasifican como un ingreso operacional los volúmenes de producción, la testigo manifestó:

> *"Tengo entendido que para las agencias de publicidad que trabajan en medios sí los tienen que llevar operativamente, nosotros somos agencias especiales, mercadeo relacional, entonces al hacerse ese análisis fue que se concluyó que no lo debíamos llevar como operacionales porque nosotros no pautamos, nosotros lo hacemos mediante un proveedor y mediante condiciones, si se cumple la condición, si yo le envío determinado ahí está, por eso fue que la compañía decidió trasladarlos y al principio se llevaban ahí porque me traje el PUC y se clasificaban ahí y después por eso fue que se decidió trasladar".*

En cuanto a una pregunta formulada por el apoderado de la demandada, referida a los diferentes episodios que hicieron perder a su poderdante la confianza en BRM, el testigo hace la siguiente afirmación:

> *"SR. SEGIMON: Cuatro episodios que es también las auditorías financieras e información que llega, aunque ese no es el eje principal de lo que rompe la confianza comercial, que es la de Enrique y la de Eddy"*[98].

La anterior declaración es muy diciente para desvirtuar el carácter esencial del aludido incumplimiento por la clasificación, mal intencionada en opinión de la convocada, de los volúmenes de producción como un ingreso no operacional, que al final como lo puso de presente la doctora GLORIA ZADY CORREA termina siendo una cuestión de criterio *"de quien analiza y contabiliza la operación"*[99].

[98] Folio 438 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[99] Folio 389 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

No obstante la mala fe endilgada a BRM por YOUNG & RUBICAM, encuentra el Tribunal en el dictamen pericial rendido por la doctora CORREA, lo que sigue:

> *"Nuevamente cabe aclarar que nunca se liquidó comisión sobre los ingresos por volúmenes, ni cuando se registraba como ingreso operacional, ni cuando el registro era con cargo a los ingresos no operacionales"*[100]. […] *"La clasificación de los ingresos por volúmenes, depende de quién esté analizando la operación, y es perfectamente válido, que se contabilice como operacional o como no operacional"*[101].

Es decir que ni siquiera durante el tiempo en el cual los volúmenes de producción estaban clasificados como ingresos operacionales, se tuvieron en la cuenta para liquidar la comisión a favor de YOUNG & RUBICAM, por cuanto el ingreso que se contabilizaba para liquidar la regalía era el total de ingresos recibidos por concepto de servicios de mercadeo relacional[102].

[100] Folios 390 y 391 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[101] Folio 394 del Cuaderno de pruebas No. 2.

[102] Sobre la manera como se calculaban los costos de los equipos de trabajo para la prestación de servicios de CRM, es bastante ilustrativo el testimonio del señor BONILLA: *"DR. RIVEROS: ¿Quisiera ser un poco más específico y podría dar un ejemplo si es posible y el Tribunal lo permite de contarnos cómo se construía una cotización o varias grillas para un cliente? SR. BONILLA: Uno lo que hace es que va y más o menos entiende que es lo que necesita el cliente y basado en ese entendimiento uno le propone un alcance de un equipo que uno considera es lo que él necesita para satisfacer todos sus requerimientos, ahí empieza uno y puede poner un equipo de cinco personas, si al cliente le parece muy poco pongo diez, el tema es que todo esto tiene una relación directa a costos y como se desglosa esto a los costos es como lo hace, creo yo, la mayoría de la industria que es el costo del salario de la persona, más su carga prestacional, un overead, un profit, eso da un valor total de la persona al año, se dividía por el número de personas año, etc., y ahí se calculaba cuánto costaban esas personas a nivel mensual, 20% de esta persona, el 50%,, el 100% etc".* Folio 373 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

Al explicar el significado de la palabra *"income"*[103] el experto contratado por la demandante para rendir su experticia, señaló:

> *"A nuestro entendimiento la facturación de clientes es lo que se denomina en el acuerdo Income, qué es lo que significa esta facturación de clientes Income es el ingreso que usted obtiene de facturar a un cliente, es el ingreso que usted registra contablemente cuando radica una factura a cliente, es el ingreso que usted obtiene cuando el cliente está satisfecho del servicio y le hace una factura, es decir esto de alguna manera en nuestro entendimiento es el ingreso, el Income es el ingreso, es el ingreso que se obtiene en la factura, pero eso es importante en la factura a cliente de cliente, es decir es el ingreso que usted registra contablemente cuando usted factura a un cliente, que es importante decir como que ese cliente previamente ha tenido que haber aceptado el presupuesto, las ordenes de servicio, hay un procedimiento de aprobación, ese cliente ha aceptado esa factura, primero porque o sino no se la paga y aquí los clientes han pagado"*[104].

Y, en otros pasajes de la misma declaración, el experto precisó que en materia de servicios de mercadeo relacional los volúmenes de producción no son ingreso operacional:

> *"Eso es un ingreso no operacional porque es un ingreso que no tiene que ver con la actividad con el cliente, siempre el ingreso operacional tiene que ver una negociación con el cliente, esto no, esto es marginal, esto es residual, esto es no operacional, por qué se contabiliza como operacional desde el año 2005 al año 2008, pregúnteselo al revisor fiscal, por eso se reclasificó, bueno pero si comete una*

[103] Definición de Income: 1. General: Flow of cash or cash-equivalents received from work (wage or salary), capital (interest or profit), or land (rent). 2. Accounting: (1) Excess of revenue over expenses for an accounting period. Also called earnings or gross profit. (2) Amount by which total assets increase in an accounting period. Disponible en: http://www.businessdictionary. com/definition/income.html, Consultado el dos (2) de septiembre de dos mil once (2011).

[104] Folio 467 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

interpretación inicial y luego reclasifica, reclasifica, pero no es objeto y está en la contabilidad, una cosa importante también que yo creo que hay que poner encima de la mesa y es que tanto el ingreso operacional como no operacional con el proveedor estaban en la contabilidad, está perfectamente detallada en la contabilidad y es que se leía si quiere les leo lo que ponía, devoluciones, en el informe aparece como en la contabilidad se ve claramente que esas cuentas aquí, estas cuentas se detallan en la contabilidad, descuentos condicionados, proveedores, descuentos por volúmenes se podía observar perfectamente, estaba ahí, estaba reportado, estaba registrado y estaba auditado"[105].

Vistas así las cosas, la discusión de si los volúmenes de producción constituían o no ingreso operacional resulta estéril o inocua, toda vez que para el Tribunal el contrato no terminó por esta circunstancia. Como se ha dicho el interés del acreedor se mantuvo intacto desde el mes de octubre de dos mil nueve (2009) a tal punto, o mejor, prueba de ello lo constituye el hecho que YOUNG & RUBICAM no hubiese terminado antes el contrato.

Tampoco barrunta el Tribunal una conducta clandestina o tendenciosa de la demandante dirigida a defraudar los intereses de YOUNG & RUBICAM. La mala fe de BRM no quedó demostrada, y como se sabe, exigente es la carga de la prueba para quien alega la mala fe[106].

Las mismas razones que llevaron al Tribunal a desestimar los eventos de incumplimiento notificados mediante la comunicación de diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010), se aplican al tema de la confianza, que según la convocada se vino deteriorando desde los contratos de colaboración celebrados con DIRECTA. De los episodios expuestos en las declaraciones de los señores MANUEL SEGIMON, ANDRÉS ROBLEDO y GUSTAVO LENIS no se

[105] Folio 474 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[106] El artículo 835 del Código de Comercio, dice: *"Se presumirá la buena fe, aun la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que esta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo".*

deduce con certeza cuándo se perdió la confianza por parte de YOUNG & RUBICAM; y si todos ellos concurren, el Tribunal se pregunta ¿cómo pudo persistir la demandada por casi un año bajo estas condiciones en un negocio jurídico basado en la confianza?

Sobre el tema de la confianza el señor MANUEL SEGIMON, manifestó:

> *"DR. NAVIA: En el contrato hay pactada una opción de compra, ¿usted le podría contar al Tribunal a cuántas reuniones convocó a Juan Pablo Serrano y a Pilar Jaramillo para explorar la posibilidad de comprar a BRM?*
>
> *SR. SEGIMON: No recuerdo cuántas, es posible que hayamos hablado de ellas sin que fuera una reunión ex profeso para eso de que existiera la posibilidad de hacerlo, pero creo que hubo una sola y ex profesa para eso que fue una que tuvimos en Miami, Eddy, Juan Pablo, Pilar, Enrique y yo.*
>
> *DR. NAVIA: Cómo se desarrolló esa reunión?*
>
> *SR. SEGIMON: Les preguntamos si tenían interés.*
>
> *DR. NAVIA: Interés en qué?*
>
> *SR. SEGIMON: En vender parte de la sociedad o toda la sociedad, ellos dijeron: -depende-; le preguntamos a Juan Pablo si quería seguir como director general a lo que contestaron: -depende-; y durante tres horas y media lo único que dijeron fue depende.*
>
> *DR. NAVIA: Depende de qué exactamente?*
>
> *SR. SEGIMON: No nos dijeron depende de esto, de otro, esta es la evaluación, nos tuvieron al director general regional y al director regional financiero en una cita en*

Miami durante tres horas y media y lo único que conseguimos sacar de ellos fue depende de qué.

DR. NAVIA: Ustedes hicieron alguna oferta económica concreta?

SR. SEGIMON: No.

DR. NAVIA: Por qué razón no hicieron alguna oferta económica?

SR. SEGIMON: Porque realmente cuando usted ha perdido la confianza y encima tiene una reunión en Miami en semejantes términos que casi fue una falta de respeto por la pérdida de tiempo, realmente no tuvo pie, usted hace una oferta económica cuando tiene conceptualmente el modelo de lo que quiere hacer, una oferta económica usted la hace cuando tiene claro la parte estratégica y lo que queremos construir aquí, pasa a analizar y a evaluar los resultados o el balance de la compañía y con eso puede hacer una oferta económica, pero si usted no tiene información.

DR. NAVIA: Ustedes convocaron a la reunión?

SR. SEGIMON: Nosotros convocamos a la reunión en Miami"[107].

Llama la atención que no obstante afirmarse que se está perdiendo la confianza, se cite a una reunión para recabar sobre el interés que se tiene en vender la compañía[108], y además, que se le proponga al señor JUAN PABLO SERRANO, uno de los socios y administradores de BRM, que siga en el cargo como Director General de la compañía. La negativa de comprar la compañía, pero de seguir en negociaciones, le sugiere al Tribunal que a lo sumo, YOUNG & RUBICAM

[107] Véase al reverso del folio 455 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[108] Se recuerda aquí que la cláusula X del reglamento contractual de 31 de diciembre de 2004 había señalado respecto de la opción de compra de Y&R lo que sigue: "En cualquier momento Y & R podrá ejercer una opción de compra sobre la Afiliada. El monto sobre el cual se ejercería la opción será en su momento fijado por las partes de común acuerdo mediante los mecanismos de valoración comúnmente aceptados por el mercado".

perdió el interés en comprar a BRM, pero, el interés porque ésta siguiera prestando servicios de CRM permanecía intacto, máxime teniendo en la cuenta que se quería que el señor JUAN PABLO SERRANO se quedara administrando la compañía.

Ninguno de los episodios narrados por los testigos tuvo ocasión para la fecha de terminación del contrato, esto es, para el diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010); todos fueron hechos conocidos desde el dos mil nueve (2009) bajo aquiescencia de YOUNG & RUBICAM. Es más, la convocatoria con que inicia el presente trámite arbitral es promovida por BRM a manera de acción de cumplimiento, como lo permite el artículo 1546 del Código Civil, para que YOUNG & RUBICAM se abstenga de seguir ofreciendo servicios de CRM directamente o por interpuesta persona diferente de BRM, y remita inmediatamente los clientes a los cuales les está prestando servicios de mercadeo relacional.

Sin embargo, la demanda arbitral se reconduce por la demandante hacia al reconocimiento de la agencia comercial y sus efectos, esto es, el pago de la cesantía mercantil y la indemnización equitativa como retribución al esfuerzo por la labor a favor del empresario; además, y por tratarse también de un tema de terminación unilateral la partes dirigieron sus argumentos a justificar sus conductas contractuales.

Casos COMPLEMENT y YOUNG & RUBICAM DIRECT.

Entre los mutuos incumplimientos endilgados por las partes, sobresalen los casos COMPLEMENT y YOUNG & RUBICAM DIRECT, sobre los cuales por la relevancia que tienen para el proceso se cita el siguiente relato:

Luego de afirmar que COMPLEMENT se dedica a prestar servicios de telemercadeo - excluidos expresamente del acuerdo de afiliación y licencia de marca- y *face to face*, el testigo DAVID NIETO hace la siguiente precisión sobre el tema:

"SR. NIETO: La parte del manejo de telemercadeo y se lo puedo explicar con un ejemplo, tienen diversos clientes uno de esos clientes es el Banco Colpatria hace la operación de telemercadeo de llamarlo a usted y ofrecerle los productos de Colpatria, tiene la operación de la Fundación Cardio Infantil se encargan de hacer todos los años las campañas de recaudación de fondos para ayudar a la Fundación Cardio Infantil, llaman a la gente, contactan a la gente, bases de datos que tienen supongo, a los clientes le piden la donación o le venden productos de un banco dependiendo de los clientes que tengan.

DR. RIVEROS: Y qué diferencia en su formación profesional y en su criterio personal existe entre el face to face y el one to one, cómo es esa diferencia para entenderla?

SR. NIETO: El one to one yo puedo tocar a muchos con una iniciativa one to one, sé que la explicación que le estoy dando es como al revés, es one to one uno a uno pero que usted necesite una tarjeta de crédito no está exento de que el doctor también la necesite, que el doctor también la necesite, el one to one que yo cree para venderle una tarjeta de crédito a usted también la puedo utilizar con él y sí le comunico, sí le hablo, usted lee lo que yo escribo o lo escucha o algo así, pero ese face to face sí hay contacto directo sí existe digamos la llamada, en one to one yo le mando un correo directo a usted y usted verá si me compra la tarjeta de crédito o no, pero usted nunca escucha mi voz ni hay nadie que lo esté llamando, lo estoy llamando de parte del Banco Colpatria a ofrecerle una tarjeta de crédito ese es el face to face.

DR. RIVEROS: En un criterio amplio ese face to face puede considerarse, según su conocimiento y experiencia, como una modalidad de CRM?

SR. NIETO: No, como una modalidad no, yo lo llamaría como una herramienta, es una herramienta de CRM"[109].

Y sobre la pregunta puntual de si COMPLEMENT realiza CRM, el testigo respondió:

"*SR. NIETO: No sé cómo responder la pregunta, le había respondido ahorita que lo que hacía Complement era face to face y telemercadeo que para mí son herramientas del CRM pero decirle Complement hace CRM no, Complement hace telemercadeo, que algunas veces en una iniciativa de CRM una agencia puede incluir dentro de su estrategia telemercadeo o correos directos o esto sí, es una herramienta, pero que Complement salga a vender CRM no, ellos venden telemercadeo, es una empresa que vende telemercadeo"*[110].

Entonces la presunción de ejecución del objeto del acuerdo de afiliación y licencia de marca por parte de un tercero, COMPLEMENT, por tener un objeto social similar al de BRM, carece de soporte probatorio[111]. El indicio prevaleciente que se quiso construir con la similitud de objetos sociales estaría desvirtuado con el anterior relato del ex Director de cuentas de BRM.

Sobre la construcción de indicios cabe recordar la sentencia del dos (2) de febrero de dos mil nueve (2009) proferida por el Magistrado ARTURO SOLARTE RODRÍGUEZ en sede de casación, quien a su vez memora sentencia de la Corte Suprema de Justicia de veintiocho (28) de agosto de dos mil uno (2001), de la siguiente manera:

[109] Ver reverso del folio 332 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[110] Folio 334 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[111] Al efecto oportuno es recordar la parte de la comunicación de diecisiete (17) de agosto de dos mil once (2011), donde se afirmó lo anterior: "*El objeto social de las mencionadas compañías –BRM y COMPLEMENT- es exactamente el mismo; entre las mentadas sociedades existen negocios comerciales y siendo idéntico su objeto dichos negocios forzosamente versan sobre asuntos que son del resorte mismo del Acuerdo de Afiliación y Licencia de Marca".*

"Bueno es recordar, que mediante la prueba indiciaria "se logra, por inducción lógica, el resultado de dar por conocidos, con base en hechos firmemente acreditados en el proceso, otros que no lo están, lo que supone una labor crítica donde predomina ampliamente la actividad intelectual del juzgador, quien dentro de los límites señalados en la ley, libremente escoge los hechos básicos que le han de servir para formular la inferencia y deducir sus consecuencias. Los artículos 248 y 250 del C. de P.C. limitan esa libertad en cuanto disponen, el primero, que los hechos básicos de los cuales se infieran los indicios, estén debidamente probados en el proceso, y el segundo, al estatuir que la admisibilidad legal de estos procedimientos, además de exigir un enlace preciso y directo entre el indicio y lo que de él se infiere, requiere así mismo que, con excepción de los casos poco frecuentes de deducciones concluyentes apoyadas en la presencia de indicios necesarios, haya pluralidad, gravedad, precisión y correspondencia, de tal manera que tanto dentro del proceso como frente a los demás elementos de convicción que en él obren, se configure un conjunto indiciario coherente según las reglas de la sana crítica"".

No parece consecuente, tal como se expuso en los prolegómenos del contrato (otrosí del 21 de enero de 2004), que se haya contemplado la posibilidad de que la demandante pudiera constituir una sociedad con objeto social idéntico o similar al desarrollado, y hoy se califique tal conducta de ilegal.

De otra parte, el correo electrónico al cual hizo referencia la demandada en los alegatos de conclusión, visto a folio 572 y 573 del cuaderno de pruebas No. 11, es impertinente para demostrar hechos materia de este litigio, por cuanto los servicios ofrecidos por el señor ROMERO a nombre de COMPLEMENT son de "call center" y no de CRM[112]. Se sabe que el área de negocios de telemercadeo[113] fue excluida del acuerdo de afiliación y licencia de marca[114].

[112] Ver folio 493 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[113] A folio 64 de los alegatos de conclusión de la demandada, se lee: "*En efecto, desde la introducción misma del informe de DESARROLLO EMPRESARIAL, se hace hincapié en que todos los cálculos económicos de AXIA contemplan*

Ahora, sobre el caso YOUNG & RUBICAM DIRECT este mismo testigo afirmó:

> *"DR. NAVIA: Sabe si Young & Rubicam presta servicios de CRM?*
>
> *SR. NIETO: Sí lo hace, a través de una empresa que tienen ellos que se llama Young & Rubicam Direct.*
>
> *DR. NAVIA: Sabe de casualidad a quiénes prestaba servicios de CRM?*
>
> *SR. NIETO: Sí, Aires las aerolíneas, Skandia el fondo de pensiones y cesantías, tenían una cuenta de tejas de techos que se llamaba Toctec y sé que tenían más clientes pero no los recuerdo a todos"*[115].

Y en punto a la manera como se enteró de que YOUNG & RUBICAM prestaba servicios de CRM a través de YOUNG & RUBICAM DIRECT, manifestó:

> *"SR. NIETO: Estaba constituida una empresa que se llama Young & Rubicam Direct trabajaban al lado mío, compartíamos la oficina, estaban en el mismo piso y es público para todo el mundo Young & Rubicam tiene varias empresas acá en Colombia que son Energía, Young & Rubicam Direct y cuando yo estuve tenían un área no sé si era empresa o era sólo un área que se llamaba Pull & Push que se encargaba del material POP y solo trabajaba en ese tiempo con Movistar y el contrato con Movistar de ese material se acabó entonces esa área también se acabó dentro de Young & Rubicam, pero Young & Rubicam Direct trabajaban al lado mío*

ingresos por actividades de telemercadeo, los cuales no son parte del objeto del Contrato de Afiliación y Licencia de Marca".

[114] En efecto, al final del inciso segundo de la sección 9 del contrato se lee: *"excluyendo aquella facturación que provenga de la unidad de negocio de telemercadeo".* Folio 10 del Cuaderno de Pruebas No. 1.

[115] Folio 327 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

eran mis compañeros de trabajo por decirlo así en el mismo negocio con clientes diferentes".

Más adelante agregó el testigo:

"DR. RIVEROS: Quiere informarle al Tribunal en cuál de estos momentos supo, conoció o tuvo algún contacto con la empresa que ha referido a lo largo de su declaración llamada Young & Rubicam Direct?

SR. NIETO: Cuándo tuve contacto con ellos?

DR. RIVEROS: Sí.

SR. NIETO: Entre abril y octubre/09, cuando trabajé en Young & Rubicam tuve contacto con ellos, no trabajé con ellos pero el gerente de Young & Rubicam Direct se sentaba 3 puestos de donde era mi puesto, la ejecutiva de cuentas de Young & Rubicam Direct trabajaba al lado mío, se sentaba al lado mío, acá"[116].

Al ser un testimonio de oídas el Tribunal debe corroborar la versión (grado de persuasión), con otros elementos de prueba que permitan establecer si YOUNG & RUBICAM DIRECT realizó realmente por cuenta de la demandada CRM, o si su percepción fue equivocada[117]. Revisado el acervo probatorio, el Tribunal no encontró prueba que le permitiera verificar la representación

[116] Folio 330 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[117] *"Mediante el testigo de oídas, el juez no logra la representación de los hechos valiéndose directamente del testigo que los presenció, sino de otros que oyeron a aquél referirlos. Si nos valemos de un símil para significar la representación que se logra de los hechos a través del testimonio, podríamos decir que el juez los conoce mirándose en una especie de espejo (testimonio), pero si no se trata de un testigo presencial el juez va a verlos a través de un espejo que refleja a otro, el que si contiene representados los acontecimientos. De tal manera que en esta modalidad de declaración, por ser una prueba de otra, aparecen dos modalidades de error: el (posible) de la primera percepción, y el (posible) de quien está oyendo lo que otro percibió, lo que hace patente el principio que dice que la prueba cuanto más se aleja de su fuente original, mas disminuye su fuerza y eficacia":* Cfr. PARRA QUIJANO JAIRO. *Manual de Derecho Probatorio.* Bogotá, Ediciones el Profesional. 15ª edición, 2006, páginas 362 a 363.

del testigo; en efecto, se encuentran facturas emitidas a los clientes que mencionó el señor NIETO, pero de ninguna se pudo establecer a ciencia cierta que YOUNG & RUBICAM DIRECT haya ejecutado servicios de mercadeo relacional a nombre propio o de la demandada.

La demandante tampoco recabó sobre el punto, no obstante la notoria orfandad probatoria al respecto se limitó a afirmar varias veces que la demandada prestaba CRM a través de Y&R DIRECT, y en ocasiones mediante ENERGY, pero no lo demostró.

Por ejemplo, el hecho que el señor GUSTAVO LENIS haya manifestado que DIRECT hacía DIGITAL no es una confesión[118], por cuanto varios de los testimonios recaudados en el proceso, tanto de expertos como de profesionales en publicidad y mercadeo hicieron énfasis en que las áreas de negocios: digital, face to face, one to one, telemercadeo, material POP, entre otras más, son actividades diferentes a CRM, además, en el expediente no se encontró la cotización de una grilla o un equipo de trabajo emitida por YOUNG & RUBICAM DIRECT, facturas, presupuestos o liquidaciones de comisiones por dicho concepto[119].

Lo mismo ocurre con la declaración del señor ANDRÉS ROBLEDO quien, contrario a lo afirmado por el apoderado de la convocante, negó rotundamente que WUNDERMAN o YOUNG & RUBICAM hubieran prestado servicios de mercadeo relacional[120].

[118] *"DR. NAVIA: **Pregunta No. 3:** Usted podría explicarnos por qué en la página web de Young & Rubicam se promocionaba el negocio de Young & Rubicam Direct como prestadora de servicios CRM?*

SR. LENIS: En la página de Young & Rubicam se ponen todas las actividades, porque una compañía de publicidad tiene que ser, lo que se llama 360 grados y tiene que ofrecer todos los servicios, eso no quiere decir que nosotros hayamos hecho CRM, nosotros hicimos digital, que es muy diferente a CRM, pero nosotros nunca hicimos CRM y Direct era una unidad de negocio de nosotros, que hacía digital, le puedo poner casos de digital, Aires hicimos digital, hicimos algo de digital en Skandia, hicimos algo de digital en Colombina muy poco, pero hicimos algo, que es muy distinto a CRM, digital es digital, es más, CRM se puede usar para llegar a digital y al revés, pero no es lo mismo, nosotros en Aires pudimos hacer banners y ponernos en la página de El Tiempo, en ese momento la comunicación digital es una comunicación masiva, lejísimos de CRM o pudimos hacer digital para una promoción, el link lleva a una pedida de una base de datos y esa base de datos se le entregaba al cliente, nunca la manipulamos": Folio 522 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[119] Véase en especial el Cuaderno de Pruebas No. 11.

[120] *DR. NAVIA: Como Wunderman, Young & Rubicam hizo CRM?*

En suma, el Tribunal no encontró demostrado que COMPLEMENT o YOUNG & RUBICAM DIRECT hubieran realizado servicios de CRM.

Sistema de reporte de horas o *"Time Sheet".*

De regreso al punto de los eventos que, en opinión de la demandada, configuran situación de grave incumplimiento, corresponde analizar el manejo del sistema de reporte de horas y costos de los servicios.

De la informalidad con la que YOUNG & RUBICAM y BRM ejecutaron su relación negocial, es diciente la comunicación de doce (12) de abril de dos mil diez (2010).

> *"Reconocemos que el deseo de servir a los clientes haya llevado a las dos partes a iniciar labores sin los respectivos soportes; no obstante, esta situación ha llevado a dificultades que deseamos corregir por el bienestar de nuestra relación comercial. Por consiguiente, sugerimos que las diferentes órdenes de trabajo lleguen los primeros cinco (5) días calendario de cada mes, en orden a cumplir eficientemente con la atención de los clientes que se facturan directamente a través de ustedes. Adicionalmente, es indispensable para nuestro presupuesto que dicha PO´s contengan que su pago efectivo se realizará a los treinta (30) días de recibidas"*[121].

Las declaraciones rendidas por varios testigos y el interrogatorio de parte del señor GUSTAVO LENIS, le permiten al Tribunal inferir que la facturación que BRM hiciera a los clientes de

SR. ROBLEDO: No, eso ya se lo había contestado, yo podría haber hecho, no tenía la especialización porque en CRM usted ya tiene que manejar bases de datos y todo eso, yo le contestaría que no, pero de pronto si podría ser una... en relacionamiento en algún momento en cualquier cosa, pero no era que fuera el foco del negocio, todo esto antiguamente era lo que era la comunicación, era lo que se llamaba una agencia de publicidad, ustedes vayan a ver cuándo se crearon las centrales de medios, eso es a finales del siglo pasado, cuando se crearon las empresas de retail, a finales del siglo pasado.

[121] Folios 273 y 274 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

YOUNG & RUBICAM estaba asociada a los costos de la nómina del personal que conformaba los equipos de trabajo o las denominadas "grillas". Sin embargo, no existe en el contrato una cláusula que contemple los controles de dicho personal.

Sobre la importancia del sistema de control *"Time Sheet"* el señor MANUEL SEGIMON, dijo:

> *"Se comunica un nivel de detalle por un tarifario, usted puede tener 10 perfiles de agencia, puede ser creativo senior, creativo director, creativo junior, puede tener diseñador gráfico senior, junior, cuentan los años de experiencia que tiene esa persona, programadores, ejecutivos que atienden la cuenta, que están en contacto con el cliente, cada uno de ellos tiene un perfil, ese perfil está claramente definido por el cliente y se le establece un precio, la base suele ser la hora, pero también puede ser la jornada o puede ser el año, las 1760 horas promedio, es muy importante que la compañía llevé un seguimiento, uno, del costo por perfil, dos, de las horas trabajadas en el cliente, es importante, en algunos clientes es por contrato, en otros es muy importante a la hora de poder gestionar la rentabilidad de la cuenta y poder renegociar con el cliente si es que está gastando más o menos de lo que corresponde"*[122].

Obsérvese, pues, que el precio por los servicios de CRM era fijado por YOUNG & RUBICAM de acuerdo con la experiencia y al perfil del personal requerido por el cliente para una respectiva campaña, el "*Time Sheet"* es por tanto una herramienta para sentarse a renegociar con la clientela, es decir, para saber cuánto podía ganar o perder con cada cuenta, pero, en manera alguna se constituye en una obligación esencial del acuerdo; tan solo es un indicador, un baremo para calcular la tarifa de servicios.

El Tribunal pudo constatar, además, que en el incidente ocurrido con DIAGEO, quien tuvo que soportar la falta de soportes de las horas facturadas al cliente fue BRM; YOUNG & RUBICAM no

[122] Reverso folio 439 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

quiso intervenir en el problema y simplemente no le reconoció la utilidad que le correspondía a su agente, limitándose a decir que como no había emitido la respectiva orden de trabajo no estaba obligada a pagar. Se puede inferir en este caso, entonces, que la preocupación de YOUNG & RUBICAM por el costo facturado a su cliente es infundada, por cuanto quien terminó asumiendo el riesgo por no contabilizar con precisión las horas laboradas por su equipo de trabajo o por laborar sin orden de trabajo fue BRM.

Adicional a ello, existe orfandad probatoria respecto de la inflación de las nóminas que integraban cada uno de los grupos de trabajo. Es poco creíble que un cliente que muchas veces prestaba sus instalaciones para ubicar la grilla, se dejara engañar en relación con el número de horas invertidas en la campaña por el equipo que contrató; de haber sido irrazonable y desproporcionada la facturación emitida por BRM, los clientes se hubieran quejado ante la casa matriz; pero eso no ocurrió, o por lo menos no aparece acreditado en el proceso.

Conclusión sobre la pretensión segunda

En conclusión, la terminación implicó incumplimiento del contrato, en esencia, por las siguientes razones: *i.*) Porque la convocada no explicó cómo podía afectar la imagen comercial o corporativa de su afiliada el hecho de que BRM tuviera administradores en otra sociedad (COMPLEMENT) y un objeto social idéntico a esta otra sociedad[123]; *ii.*) Porque el interés merecedor de protección en el derecho de las prácticas restrictivas es la libre competencia y BRM no tenía poder de mercado para generar un monopolio y, además, no se encontraba en una relación de competencia con YOUNG & RUBICAM; *iii.*) Porque no aparece acreditado que COMPLEMENT haya prestado servicios de CRM y *iv.*) Porque ninguna de las circunstancias informadas en la comunicación de diecisiete (17) de agosto de 2010, constituye un

[123] Desde el otrosí de veintiuno (21) de enero de dos mil cuatro (2004) WUNDERMAN LTDA (sociedad controlada por Y&R) y DIRECTA (hoy BRM) habían contemplado la posibilidad de que esta última constituyera sociedades con objeto social similar o idéntico al que venía desarrollando.

incumplimiento grave o esencial; es más, de ninguna de ellas observó el Tribunal que se hubiera derivado insatisfacción en el interés de YOUNG & RUBICAM.

En el contrato de agencia que ocupa la atención del Tribunal, la terminación unilateral fue injusta y los literales b) y c) de la sección 7 fueron mal aplicados porque, contradictoriamente, se notificó una situación de incumplimiento y simultáneamente se estaba extinguiendo de manera infundada el vínculo contractual. Además, se ha de recordar que la legislación de prácticas restrictivas de la competencia se aplica entre competidores y la relación entre YOUNG & RUBICAM y BRM no era de competencia, sino de colaboración[124].

En suma, el Tribunal reconoce la pretensión segunda de la demanda toda vez que está demostrado que YOUNG & RUBICAM terminó de manera unilateral y sin justa causa el contrato de afiliación y licencia de marca, celebrado con BRM el treinta (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004), adicionado con el otro sí suscrito el veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005).

PRETENSIÓN TERCERA

BRM, por medio de la demanda arbitral, pretende que YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, sea condenado a pagarle el valor de la cláusula penal pactada, cuyo monto estimó bajo la gravedad de juramento en la suma de QUINIENTOS QUINCE MILLONES DE PESOS ($ 515.000.000).

Al respecto, la parte demandada se opuso aduciendo que al no provenir la terminación del Contrato de Afiliación de una causa imputable a YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA no podría BRM S.A. pedir una indemnización que además considera improcedente dentro del marco de la agencia comercial que se pretende por parte de la convocante.

[124] RICHARD WISH, "*Competition Law",* ob. cit., página 585: *"*One reason for achieving vertical integration might be that this will result in some immunity from competition law, since in general the internal affairs of companies or groups of companies are not subject to competition law".

En vista de que la pretensión segunda de la demanda prosperó por estimarse que el contrato de agencia comercial de treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004) fue terminado unilateralmente y sin justa causa, esta pretensión, de carácter consecuencial de la anterior, también prospera.

Sobre la cláusula penal, las partes en su reglamento contractual dispusieron lo que sigue:

XVIII. CLAUSULA PENAL.

(a) (i) La terminación unilateral y sin justa causa del presente Acuerdo por parte de la Afiliada, o (ii) el incumplimiento por parte de la Afiliada, o de los socios o accionistas de la Afiliada, de cualquiera de las obligaciones que asumen en virtud del presente Acuerdo y que dé lugar a la terminación de este Acuerdo por parte de Y&R, darán lugar al pago por parte de la Afiliada a Y&R de la suma de trescientos salarios mínimos mensuales legales (300 SMML) a título de pena por el incumplimiento.

En el evento en que los perjuicios causados (i) por la terminación unilateral y sin justa causa de este Acuerdo por parte de la Afiliada o (ii) por el incumplimiento de este Acuerdo por parte de la afiliada o de sus socios o accionistas que haya dado lugar a la terminación de este acuerdo por parte de Y&R, sean superiores al valor de la pena aquí establecida, Y&R tendrá el derecho de exigir a la Afiliada, además del pago de la pena aquí establecida, el pago de la diferencia entre el valor de la pena y los perjuicios sufridos y debidamente probados por Y&R.

(b) *(i)* ***La terminación unilateral y sin justa causa del presente Acuerdo por parte de Y&R,*** *o (ii) el incumplimiento por parte de Y&R de cualquiera de las obligaciones que asume en virtud del presente Acuerdo y que da lugar a la terminación de este Acuerdo por parte de la Afiliada,* ***darán lugar al pago por parte de Y&R a la***

Afiliada de la suma de mil salarios mínimos legales (1.000 SMML) a título de pena por el incumplimiento.

En el evento en que los perjuicios causados (i) por la terminación unilateral y sin justa causa de este Acuerdo por parte de Y&R o (ii) por el incumplimiento de este Acuerdo por parte de Y&R que haya dado lugar a la terminación de este Acuerdo por parte de la Afiliada, sean superiores al valor de la pena aquí establecida, la Afiliada tendrá el derecho de exigir a Y&R, además del pago de la pena aquí establecida, la diferencia entre el valor de la pena y los perjuicios sufridos debidamente probados por la Afiliada.

Por haberse declarado la terminación unilateral y sin justa causa del acuerdo que vinculó a las partes por parte de YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, tal como se expuso al analizarse la pretensión segunda, el Tribunal accede a esta pretensión y por lo tanto, condena a la convocada al pago de la cláusula penal, la cual se obtiene de multiplicar el valor del salario mínimo mensual del año 2011 (no del 2010) por mil, así:

Cláusula Penal		1000 SMML
SMML	$	535.600
TOTAL:	**$**	**535.600.000**

En consecuencia, el Tribunal determina que el valor de la cláusula penal a favor de BRM es de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS **($535.600.000).** A dicha cifra se llega tomando en consideración el valor del salario mínimo mensual legal vigente del año 2011.

PRETENSIÓN CUARTA

La demandante, BRM, pretende que se condene a la convocada, YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA., a pagarle una suma de dinero equivalente a la doceava parte del promedio de la utilidad

percibida por BRM S.A. en los últimos tres años, por cada año de vigencia del contrato, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de TRESCIENTOS CINCUENTA MILLONES CUATROCIENTOS QUINCE MIL QUINIENTOS TREINTA Y TRES PESOS ($350.415.533).

La demandada se opone a esta pretensión argumentando que el contrato celebrado entre las partes no es de agencia comercial sino de Afiliación de Marca. Además, arguye que el contrato fue terminado con justa causa, motivo por el cual no le corresponden ninguna prestación económica, ni indemnización.

En lo que se refiere a las consecuencias de la terminación del contrato, el Tribunal considera necesario analizar, así sea brevemente y con apoyo de la jurisprudencia, la prestación del primer inciso del artículo 1324 del Código de Comercio, recabada en la demanda. Sobre ella la Corte Suprema de Justicia ha dicho:

> "La prevista por el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, denominada en el lenguaje corriente, "*cesantía comercial*", prestación *"por clientela", "retributiva"', "suplementaria", "extraordinaria"* o "*diferida",* ostenta rango contractual, dimana del contrato de agencia comercial, es exigible a su terminación por cualquier causa, sea por consenso, ya por decisión unilateral, justificada o injustificada de una o ambas partes, con prescindencia del hecho que la determina, al margen del incumplimiento, y aún sin éste.
>
> Así lo tiene sentado la Corte, acentuado "*(…) la naturaleza esencialmente contractual de la obligación que se regula en el artículo 1324 del Código de Comercio, pues si bien ella surge por la terminación del contrato de agencia, es este contrato y no un hecho ilícito el que le da nacimiento a la obligación. Es decir, la prestación a cargo del empresario de pagarle al agente una suma equivalente a la doceava parte del promedio de comisión, regalía o utilidad recibida en los últimos tres años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido si el tiempo fuere menor, tiene venero en el contrato de agencia y no en su incumplimiento, como sí sucede con la obligación de que trata el inciso segundo del mismo artículo 1324 del código de Comercio, en el que el hecho ilícito de no haber justa causa para terminar el contrato genera la obligación indemnizatoria que se proclama en ese inciso"* (Cas. Civ. sentencia de dieciocho (18) de marzo de dos mil tres (2003), [S-029-2003], exp. 6892).

> La fuente del derecho del agente y deber obligatorio correlativo del empresario, es el contrato de agencia comercial, a cuya "*terminación el agente tendrá derecho*" a su pago (artículo 1324 [inciso 1°], Código de Comercio), sin calificación ninguna de la causa, motivo o circunstancia de extinción del vínculo, ni condicionamiento adicional alguno. Ni siquiera, es menester pacto expreso"[125].

Sobre su liquidación en el laudo de *Distribuidora Marwill Ltda. v. Comestibles Ricos Ltda,* de veintiséis (26) de marzo de dos mil siete (2007), se lee:

> *"La hipótesis normal prevista por la ley consiste en que el contrato se prolongue por tres años o más, en tal caso, la prestación es 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. La forma de cálculo prevista por la ley implica tomar en cuenta el valor recibido durante los últimos tres años con el fin de obtener el promedio anual. Dicho promedio se divide por doce con el fin de obtener la base para determinar la prestación. De este modo, el valor de la prestación implica finalmente determinar un promedio mensual de la comisión regalía o utilidad, el cual a su turno se debe multiplicar por los años de duración del contrato o sus fracciones.*
> *(…)*
> *Finalmente, vale la pena señalar que el hecho que el legislador haya previsto para los contratos con duración igual o superior a tres años tomar el promedio mensual de los últimos tres años, no significa que haya querido establecer un promedio diferente (por ejemplo anual) para los contratos de duración inferior. En efecto, el legislador simplemente quiso establecer un sistema sencillo de cálculo de la prestación cuando el contrato ha tenido una duración prolongada, prescindiendo para el efecto de las cifras correspondientes a los años más remotos cuya prueba puede ser difícil".*[126]

En el presente caso, pues, se hace necesario liquidar la cesantía comercial a la que hace referencia el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio[127]. Para su cálculo se procede de la siguiente manera: se tomarán las utilidades registradas por BRM S.A. en sus libros de contabilidad, única y exclusivamente como resultado de la ejecución del contrato suscrito

[125] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de julio de 2010, Expediente: 2001-00847, MP. William Namén Vargas.

[126] Laudo arbitral de 26 de marzo de 2007 entre *Distribuidora Marwill Ltda. y. Comestibles Ricos Ltda,* página 85.

[127] El inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio dice: "*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".*

con YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA, descritas en la respuesta a la pregunta número 22 del dictamen de la perito GLORIA ZADY CORREA[128], y se traen a valor presente[129], así:

AÑO	RESULTADO CONTABLE	IPC INICIAL	IPC FINAL	FACTOR ACTUALIZAC	RESULTADO CONTABLE ACTUALIZADO
2005	12.929.192	84,56	108,01	1,277318	16.514.688
2006	185.791.220	88,54	108,01	1,219901	226.646.823
2007	226.350.066	93,85	108,01	1,150879	260.501.552
2008	267.690.335	100,59	108,01	1,073765	287.436.456
2009	264.229.697	102,70	108,01	1,051704	277.891.427
2010	19.462.420	106,19	108,01	1,017139	19.795.988

De estos resultados, se toman los valores de los tres últimos años, obteniéndose como promedio el valor de **$ 195.041.290**

[128] Folio 399 del Cuaderno de Pruebas No. 2.

[129] Sobre la corrección monetaria, la Corte Suprema de Justicia sostuvo: *"(…) cantidad que si se ha desvalorizado con el correr del tiempo hasta el momento del pago, es necesario, tomando pie en la naturaleza de la ameritada obligación e inspirándose en una idea justa de realismo monetario que es vital en orden a restablecer en verdad el equilibrio patrimonial roto, reajustarla en igual proporción al deterioro del signo monetario, ello en el bien entendido que en casos como el que aquí es materia de estudio, este reajuste o recomposición económica lo único que busca, en reconocimiento a los principios universales de equidad e igualdad de la justicia a los que de manera reiterada alude la jurisprudencia al tratar el tema de la llamada "corrección monetaria" (G. J, Ts. CLXXXIV, pág. 25, y CC Pág. 20), es atenuar las secuelas nocivas del impacto inflacionario sobre una deuda pecuniaria sin agregarle por lo tanto, a esta última, nada equiparable a una sanción o un resarcimiento":* Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 8 de junio de 1999, MP. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente 5127.

En el mismo sentido la Corte Suprema de Justicia en sentencia de 14 de febrero de 2005 señala: **"***Incurre, pues, en desacierto la censura, en cuanto en términos absolutos asevera que el pago de obligaciones dinerarias corregidas monetariamente obedece a la necesidad de resarcir un perjuicio y que, subsecuentemente, mientras el deudor no sea constituido en mora no hay lugar a tal reconocimiento, porque ésta –la mora-, es el presupuesto ineludible de toda indemnización. El desatino que al recurrente se le atribuye radica en que, como viene de exponerse, el fundamento de la corrección monetaria no puede ubicarse en la urgencia de reparar un daño emergente, sino en obedecimiento, insístese, a principios más elevados como el de la inequidad, el de la plenitud del pago o el de la preservación de la reciprocidad en los contratos bilaterales. De ninguna manera, en fin, es dable inferir que en asuntos como el de esta especie, el reajuste de la condena en proporción a la depreciación del signo monetario constituya un perjuicio más que deba ser reparado, puesto que, reiterase aun a riesgo de fatigar, la pérdida del poder adquisitivo del dinero no afecta la estructura intrínseca del daño, sino su cuantía, de modo que la corrección tiene por finalidad la reparación integral, no la de indemnizar un perjuicio más; amén que, en ese mismo orden de ideas, tampoco puede verse en ello una sanción por un acto contrario al ordenamiento legal."(Sentencia número 042 de 9 de septiembre de 1999, no publicada aún oficialmente):* Corte Suprema de Justicia, Sala Civil. Sentencia de 14 de febrero de 2005, MP. Cesar Julio Valencia Copete Expediente 7095.

2008	$ 287.436.456	2009	$ 277.891.427	2010	$ 19.795.988	**Promedio**	**$ 195.041.290**

La doceava parte de este promedio se obtiene haciendo la siguiente operación:

$ 195.041.290 x 8.3333% = $ 16.253.441. Este valor se multiplica por 5,61 años, que corresponde al tiempo que duró el contrato, dando como resultado: **Noventa y un millones ciento ochenta y un mil ochocientos tres pesos ($ 91.181.803).**

En consecuencia, la cesantía comercial que debe pagar la demandada a la demandante asciende a la suma de noventa y un millones ciento ochenta y un mil ochocientos tres pesos ($ 91.181.803). Así se señalará en la parte resolutiva de este proveído.

PRETENSIÓN QUINTA

Pretende la demandante que se condene a YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA. a pagar a la sociedad BRM S.A. la indemnización equitativa prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio como retribución por los esfuerzos de ésta para acreditar la marca WUNDERMAN y, en general, por acreditar los servicios que fueron materia del contrato, cuyo monto se estima bajo la gravedad de juramento en la suma de DIECINUEVE MIL SETENTA Y DOS MILLONES DE PESOS ($19.072.000.000).

La demandada, se opuso a esta pretensión, aduciendo que el contrato celebrado entre BRM S.A. y YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA era un contrato de afiliación y no un contrato de agencia y por tanto, no habría lugar a ninguna de las indemnizaciones recabadas.

"El agente que asume la distribución de un servicio para el empresario, a menudo trabaja sólo para éste, en forma exclusiva. En consecuencia, el contrato, desde su punto de vista, se acerca mucho a una relación de tipo personal. Con el objetivo de cumplir sus deberes contractuales, el

agente lleva a cabo, usualmente, inversiones específicas para el contrato, lo cual lo expone a un riesgo económico considerable si la relación termina en forma anticipada, haciéndolo, entonces, económicamente dependiente del empresario. Lo anterior es tenido en cuenta en la disciplina especial de esta relación contractual, cuyo elemento básico es –por consiguiente- el derecho de la agente a una indemnización/compensación, cuando el empresario la da por terminada"[130].

Como se sabe, para que surja la obligación de indemnizar se requiere la presencia de un daño cierto. En el laudo arbitral que zanjó las diferencias entre Terpel de la Sabana S.A., y Tethys Petroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. se lee lo que sigue:

> *"El daño, para que pueda ser reparado debe ser cierto (Consejo de Estado, 19 octubre 1990), lo cual quiere decir que para el momento de la decisión se debe haber consolidado: disminución patrimonial por pérdida o desmedro de bienes o por incremento de deudas, ganancias que no se obtuvieron, o que, mirando al futuro, se den las mayores probabilidades de que posteriormente ocurrirán tales fenómenos, y uno de los ejemplos socorridos al efecto es el del provecho que estaba llamado a reportar el contrato que no se ejecutó"*[131].

Por su parte, el Consejo de Estado ha dicho:

> *"Cuando se trata de perjuicios materiales en general, para poder pronunciar una sentencia sobre ellos, es necesario que al momento de fallar, de las pruebas que obran en el proceso pueda deducirse su certeza, es decir, que efectivamente se causaron o, si se trata de daños futuros, que los ingresos u otros beneficios en que consistan, dejarán de percibirse como consecuencia necesaria de los hechos que dieron lugar a ellos. Por esto la jurisprudencia ha dicho que la indemnización debe negarse cuando el perjuicio de la víctima sea eventual, el daño futuro es jurídicamente relevante en cuanto revista el carácter de certidumbre, por cuanto la simple posibilidad o eventualidad no bastan para que sea superado*[132].

[130] VINCENZO ROPPO. *Del contrato con el consumidor a los contratos asimétricos: perspectivas del derecho contractual europeo*, en Revista de derecho Privado, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, No. 20, enero-junio de 2011, página 185.

[131] Laudo arbitral que resolvió las diferencias entre Terpel de la Sabana S.A. y Tethys Peroleum Company Ltd. y Meta Petroleum Ltd. del 19 de agosto de 2005.

[132] Consejo de Estado, Sección 3ª, Sentencia del 23 de febrero de 1990.

Ahora bien, habiendo determinado el Tribunal que el vínculo que ató a las partes era un contrato de agencia mercantil y que, además, fue terminado unilateralmente y sin justa causa por la demandada, es procedente el reconocimiento de la indemnización de perjuicios dispuesta en el artículo 1324 del Código de Comercio. En el inciso segundo y tercero de esta norma se señala: "*Además de la prestación indicada en el inciso anterior, cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato, sin justa causa comprobada, deberá pagar al agente una* ***indemnización equitativa****, (fijada por peritos)*[133]*, como retribución a sus esfuerzos para acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.* ***Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato".***

Sobre la fijación por peritos que menciona el artículo trasunto, la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia señaló: *"[D]icha norma defería la fijación de su valor a lo que tasaran los peritos, expresión que fue declarada inexequible por la Corte Constitucional mediante sentencia C-990 de 29 de noviembre de 2009 (sic), pues si bien la prueba pericial sirve para ilustrar el juicio jurisdiccional, no obliga al juez a su íntegro acogimiento, o lo que es lo mismo, con desprendimiento de la valoración que resulte de las demás pruebas recaudadas. Así, el dictamen*

[133] La Corte Constitucional en Sentencia C -990 de 2006, MP. Álvaro Tafur Galvis dijo que: "*A la vez que se reconoce la importancia del auxilio que prestan los peritos en materia comercial, para la verificación de hechos que requieran especiales conocimientos científicos, técnicos o artísticos, la Corte señaló que esa función auxiliar de la administración de justicia, debe cumplirse en los casos que lo establezca la ley y en el entendido que el dictamen emitido nunca tiene por sí mismo fuerza decisiva. Así mismo, la jurisprudencia ha destacado que esa labor en ningún caso puede sustituir al funcionario judicial en el análisis jurídico del tema sometido a su consideración, ni mucho menos en la interpretación de las normas legales que consagran los derechos debatidos en el proceso. Es así como, en el artículo 116 de la Constitución los peritos no están mencionados entre quienes están autorizados para administrar justicia, de modo que les está vedado tomar decisiones que por su naturaleza corresponden a los jueces. De ahí que la norma demandada al ordenar que la indemnización equitativa debida en el caso de terminación unilateral del contrato de agencia sea "fijada por peritos", les asigna una función que ellos de acuerdo con la Constitución, no pueden cumplir".*

pericial en sí mismo carece de fuerza decisiva, es decir está sometido a la ponderación del juez"[134].

Sobre la prestación en sí, la Corte Suprema de Justicia hubo de decir:

> "En efecto, la prestación remuneratoria prevista en el inciso primero del artículo 1324 del Código de Comercio, según se precisó, es pertinente en todo caso y por cualquier causa de terminación del contrato de agencia. **En cambio, la prestación indemnizatoria contemplada por el inciso segundo del precepto, se origina sólo en la hipótesis de terminación unilateral e injustificada del contrato por el empresario, o con justa causa imputable a éste por el agente, y es una indemnización "*equitativa*" y "*retributiva*".**
>
> Justamente, la prestación indemnizatoria conforme al sentido genuino de su expresión, procura reparar un daño singular atribuible al agenciado, sin excluir otros perjuicios adicionales o suplementarios, considerando los esfuerzos para acreditar la marca, línea de productos o servicios, la extensión, importancia y volumen de los negocios desarrollados, en cuyo caso, como reza el precepto, además de esta prestación estará obligado al pago de la otra. Por supuesto, si el contrato de agencia comercial termina por una causa imputable al agente y no al empresario, la prestación indemnizatoria es improcedente. *Contrario sensu,* en esta hipótesis, será obligado el agente a reparar los daños[135].

En punto de la equidad como criterio para fijar la indemnización de que trata el artículo 1324 del Código de Comercio, la Corte Suprema de Justicia ha señalado:

> "Con referencia específica al invocado principio de la equidad, vale la pena recordar, además, con apego a numerosos contenidos doctrinarios, jurisprudenciales y, por supuesto, normativos, que no obstante las consecuencias inherentes al ejercicio de la

[134] Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia de 22 de junio de 2011, Ref: 11001-3103-010-2000-00155-01, Magistrado Ponente: Edgardo Villamil Portilla. Aquí también se lee: "[A]l margen de las comisiones y de la cesantía comercial, es posible que con prescindencia de las ventas realizadas o fallidas (art. 1322 C. Co), el agente haya creado una riqueza inmaterial de la que pueda beneficiarse el empresario y que por lo mismo debería ser cubierta por este, en caso de subitánea e injusta terminación del contrato, con abstracción de las operaciones efectivamente realizadas o en curso. Esa indemnización está justificada, si se aprecia que el proceso de maduración de una clientela y el posicionamiento de un nombre o de un producto, son procesos que pueden ir en progreso de modo que es posible vaticinar que plausiblemente se avecina el éxito, o que la actividad del agente creó condiciones que facilitan la continuidad de la operación, en cuyo caso el empresario podría edificar sobre lo construido, aprovechamiento que no puede quedar sin contraprestación, pero que, en todo caso debe ser probado, en tanto, es susceptible de demostración por los medios ordinarios de convicción, en especial por la prueba pericial".

[135] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 2 de julio de dos mil diez 2010, Expediente: 2001-00847, MP. William Namén Vargas.

> delicada carga probatoria atrás aludida, hay casos en que sería injusto no concretar el valor de la indemnización so pretexto de que a pesar de estar demostrada la existencia del daño, su cuantificación no ha sido posible, pues ante esta circunstancia, el juez, además de estar impelido a usar las facultades oficiosas que en materia probatoria ponen a su alcance las normas procesales, ha de acceder a criterios de equidad que le impiden soslayar los derechos de las víctimas. De ahí que, atendiendo expreso mandato constitucional (art. 230 de la C. P.) y "en guarda del espíritu de equidad que ha de atemperar siempre la aplicación judicial del derecho", al juez no le esté permitido pasar por alto que "el daño en cuestión, aunque futuro, ha de ser resarcido en tanto se muestra como la prolongación evidente y directa de un estado de cosas" […].
>
> Lo que, en el entendido de que "la ley no dice cuál es el criterio adoptable para tales justiprecios", lleva ineluctablemente a concluir que "**en esta labor es indispensable acudir a las reglas generales del derecho",** admitiendo que "el juez está dotado de alguna relativa libertad para llegar a conclusiones que consulten la equidad, siendo, como es, irrealizable a todas luces una justicia de exactitud matemática", y que, tratándose de daños ciertos que se proyectan en el futuro, "la prestación de la indemnización debe consultar una compensación **equitativa** que ponga a los damnificados en una situación patrimonial más o menos equivalente a la que tenían antes del acontecimiento que les causó el menoscabo" (XLVI, págs. 689 y 690).
>
> Y no está por demás recordar que la equidad se erige en uno de los más caros criterios teleológicos que debe caracterizar la gestión judicial, no sólo para interpretar la ley cual lo disponen los artículos 32 del Código Civil y 8º de la Ley 153 de 1887, sino para definir tópicos ajenos a la labor hermenéutica propiamente dicha, inclusive de naturaleza probatoria, pues, *v. gr.,* de conformidad con la Ley 446 de 1998, dentro de cualquier proceso que se surta ante la administración de Justicia, la valoración de daños irrogados a las personas, "**atenderá los principios de reparación integral y equidad y observará los criterios técnicos actuariales**" (art. 16, se subraya).[136]

Descendiendo el discurso, en el presente caso, este Tribunal considera que la indemnización equitativa deberá tomar en cuenta todo el tiempo que duró la ejecución del contrato, en aras fundamentalmente de atender la *"extensión, importancia y volumen de los negocios"* que BRM adelantó en desarrollo del contrato. De igual manera, tendrá en la cuenta sólo las utilidades recibidas por BRM con ocasión de la ejecución del contrato celebrado con YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA. Y se toman sólo las utilidades obtenidas por la demandante de ese contrato

[136] Corte Suprema de Justicia, Sentencia del 5 de octubre de 2004, Expediente No. 6975, MP. Pedro Octavio Munar Cadena.

dado que de la lectura del objeto social de BRM se observa que esta puede desarrollar otras opciones de negocios[137].

En el dictamen pericial obrante en el proceso, respecto de la pregunta número 22, se lee lo que sigue:

> ***22. Determinará las utilidades netas reportadas o registradas por BRM S.A. en sus libros de contabilidad, única y exclusivamente como resultado de la ejecución del contrato de afiliación y licencia de marca suscrito con YOUNG & RUBICAM, entre el 1 de enero de 2005 y el 17 de agosto de 2010.***

[137] De acuerdo con el certificado de Cámara de Comercio obrante en el expediente, el objeto social de BRM es como sigue:*"La sociedad tiene por objeto principal las siguientes actividades: A. La promoción comercialización, montaje, manejo y operaciones de bases de datos; B. La prestación de servicios estratégicos para el sector industrial, empresarial y financiero en las áreas de la informática, la ingeniería, publicidad, y mercadeo, derecho, administración, contaduría, finanzas, economía, directamente o a través de terceros y/o contratos de representación, agencia, concesión, franquicia; C. La promoción de estos mismos artículos, productos y servicios en los mercados nacionales y extranjeros; D. La sociedad podrá representar a empresas nacionales o extranjeras de artículos, productos y/o servicios a través de contratos de representación, distribución, franquicias, agencia comercial, afiliación, concesión; E. La promoción, montaje y/o operación de medios de comunicación tales como: radio, prensa, televisión; F. En desarrollo antes enunciado, la sociedad podrá promover y fundar establecimientos, almacenes, depósitos o agencia en Colombia o en el exterior; podrá además adquirir a cualquier titulo toda clase de bienes mueble o inmuebles, arrendarlos y darlos en garantía; G. Explotar marcas, nombres comerciales, patentes, invenciones, o cualquier otro bien incorporal, siempre que sean afines al objeto principal; H. Girar, aceptar, endosar, cobrar y pagar toda clase de títulos valores; I. Participar en licitaciones públicas y privadas; J. Tomar dinero en mutuo con o sin interés o darlo en mutuo con o sin interés; K. Celebrar contratos de seguros, Transporte, cuentas en participación, contratos con entidades bancarias y/o financieras; L. Constituir sociedades, ser accionista o asociarse con terceros en cualquier tipo de sociedades civiles y comerciales en Colombia o en el exterior; M. Podrá realizar o prestar asesoría y en general celebrar todo acto o contrato que tenga relación con el objeto social; N. Realizar publicaciones propias o de terceros y en general podrá celebrar toda clase de actos y contratos de carácter público o privado que tiendan a lograr el objeto social. En desarrollo de su objeto social la sociedad podrá ejecutar todos los actos y contratos de carácter civil, mercantil, administrativo o laboral que tiendan directamente a la realización del objeto social o que se relacionen con la existencia y funcionamiento de la sociedad incluyendo, pero sin limitarse, la facultad de promover y fundar establecimientos, almacenes, depósitos o agencias en Colombia o en el exterior; adquirir a cualquier titulo toda clase de bienes muebles o inmuebles, arrendarlos, titularizarlos, enajenarlos o gravarlos y darlos en garantía; explotar marcas, nombres comerciales, patentes, invenciones, o cualquier otro bien incorporal, siempre que sean afines al objeto principal; girar, aceptar, endosar, cobrar y pagar toda clase de títulos valores; enajenar bienes sociales a título de donación, participar en licitaciones públicas y privadas; tomar dinero en mutuo con o sin interés o darlo en mutuo con o sin interés, celebrar el contrato de seguro, transporte, cuentas en participación, contratos con entidades bancarias y/o financieras. La sociedad no podrá constituirse garante, ni fiadora de obligaciones distintas de las suyas propias y de las personas jurídicas con quienes tenga la calidad de matriz, filial o subsidiaria.* Ver folio 10 del Cuaderno Principal No. 1.

R.: *De acuerdo con la contabilidad de BRM S.A., y los estados financieros de la misma, en el siguiente cuadro se muestran los resultados de cada uno de los años:*

AÑO	***RESULTADO CONTABLE***
2005	*12.939.192*
2006	*185.791.220*
2007	*226.350.066*
2008	*267.690.335*
2009	*264.229.697*
2010	*19.462.420*

Nota: cabe aclarar que la utilidad presentada para el año 2010, corresponde al año completo de enero a diciembre.

Así pues, para efectos de determinar la indemnización a que habrá lugar, se tienen en cuenta los siguientes factores o circunstancias que pasan a explicarse:

- El contrato se ejecutó durante un periodo de cinco (5) años, siete (7) meses y dieciséis (16) días, o mejor, durante un arco de tiempo equivalente a 2.026 días, o a 5,61 años.
- Se traen a valor presente las utilidades obtenidas durante los 5.61 años, así:

		ACTUALIZACIÓN			
AÑO	RESULTADO CONTABLE	IPC INICIAL	IPC FINAL	ACTUALIZAC	RESULTADO CONTABLE ACTUALIZADO
2005	12.939.192	84,56	108,01	1,277318	16.527.461
2006	185.791.220	88,54	108,01	1,219901	226.646.823
2007	226.350.066	93,85	108,01	1,150879	260.501.552
2008	267.690.335	100,59	108,01	1,073765	287.436.456
2009	264.229.697	102,70	108,01	1,051704	277.891.427
2010	19.462.420	106,19	108,01	1,017139	19.795.988

- Se extrae un promedio de las utilidades actualizadas por año. Para llegar a ello se suman todos los montos actualizados y se dividen por el número total de días durante el cual se ejecutó el contrato. Dicha operación arroja un valor promedio de quinientos treinta y siete mil cuatrocientos trece pesos ($537.413) por día.
- El anterior monto se multiplica por trescientos sesenta y cinco (365) que equivale a los días de un año, y ello da un valor promedio por año de ciento noventa y seis millones ciento cincuenta y cinco mil novecientos veinte pesos ($ 196.155.920).
- La anterior cifra se proyecta por dos mil veintiséis (2026) días más, actualizándose con la inflación del 3% que es la cifra macroeconómica que estima el gobierno para los próximos años[138].
- Entonces, la proyección realizada tomando como base el promedio por año de $196.155.920 produce el siguiente resultado:

AÑO	DIAS	INFLACIÓN	INFLACIÓN	TOTAL
2011	365	3%	$5.884.678	$202.040.597
2012	365	3%	$6.061.218	$208.101.815
2013	365	3%	$6.243.054	$214.344.869
2014	365	3%	$6.430.346	$220.775.216
2015	365	3%	$6.623.256	$227.398.472
2016	201	3%	$6.821.954	$128.981.659
TOTAL				**$1.201.642.629**

El monto total de la indemnización por el tiempo de dos mil veintiséis (2026) días más, sumándole a esto el equivalente a la inflación proyectada para cada uno de los años objeto de análisis, es de mil doscientos un millones seiscientos cuarenta y dos mil seiscientos veintinueve pesos **($1.201.642.629) m/cte.**

[138] Marco de Gasto de Mediano Plazo –MGMP 2011 –2014 Comité Sectorial, disponible en: http://www.minhacienda.gov.co/MinHacienda/haciendapublica/presupuesto/programacion/mgmp. Consultado el 29 de septiembre de 2011.

En este orden de ideas, el Tribunal reconocerá una indemnización equitativa a favor de BRM por un valor de **$1.201.642.629,** la cual deberá ser pagada por YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA en la forma que se indica en la parte resolutiva de este laudo.

PRETENSIÓN SEXTA

Solicita la demandante en la pretensión sexta de la demanda, lo que sigue:

*"**DECLARAR** que por haber terminado unilateralmente y sin justa causa el contrato de agencia mercantil que celebró con BRM S.A. el 21 de diciembre de 2004, adicionado con el "otro sí" suscrito el 28 de julio de 2005, la convocada YOUNG & RUBICAM LTDA no puede derivar en su favor provecho alguno de la obligación prevista en el literal d) de la cláusula II".*

En los hechos de la demanda se lee: *"De acuerdo con el literal d) de la cláusula II del contrato las partes acordaron que "… a la terminación del presente acuerdo por cualquier causa (sin que Y&R haya ejercido la opción de compra prevista en este acuerdo) la afiliada se abstendrá de ofrecer o prestar servicios CRM a los clientes que Y&R haya remitido a la afiliada y Y&R se abstendrá de ofrecer o prestar servicios CRM a los clientes propios de la afiliada. La presente obligación se mantendrá vigente por un término de tres (3) años contados a partir de la terminación del presente acuerdo", pero como esa terminación fue unilateral e injustificada por parte de YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA. y jurídicamente nadie puede derivar provecho o beneficio de sus actuaciones ilegales, es consecuencia obligada que la convocada YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA. no puede reclamar en su favor ninguno de los beneficios de esta cláusula"*[139].

En la contestación de la demanda la parte demandada se opone a ella en los siguientes términos: "*La pretensión sexta es igualmente improcedente porque busca patrocinio para justificar la inexcusable conducta de la aquí convocante, tendiente a desconocer los efectos de*

[139] Folio 57 del Cuaderno Principal. Exactamente es la cita fáctica No. 32.

la estipulación que allí se menciona, sin invocar la ineficacia o la inaplicabilidad de la misma, y sin que esa aspiración pueda abrirse paso por ser el que es materia de este proceso de un contrato de agencia mercantil".

Observa el Tribunal que no obstante reconocer que la terminación unilateral implicó incumplimiento del contrato por no estar precedida de una justa causa, la pretensión sexta no está llamada a prosperar, como quiera que el efecto natural del incumplimiento es o la indemnización de perjuicios o el cumplimiento forzado, pero no, la invalidez del contrato.

Cabe agregar que la referida cláusula no es abusiva y desproporcionada por cuanto encuentra el Tribunal que la misma cuenta con un término de vigencia razonable que es de tres (3) años contados a partir de la terminación del contrato y es de contenido obligacional recíproco; por lo tanto, no se trata en manera alguna de una limitación irrazonable (desleal) de la libertad contractual. Cada día, y particularmente en contratos de confianza y de intermediación, son frecuentes las cláusulas de no competencia y sobre las cuales no se ponen en entredicho su validez y eficacia, cuando en su configuración no ha habido un abuso de posición dominante en la etapa de la negociación del contrato o incluso en la fase de su ejecución.

Además, habiéndose declarado la agencia y señalado una indemnización por la prestación del inciso 2º del artículo 1324 del Código de comercio, la cláusula, de efectos recíprocos y de doble vía, por supuesto que está llamada a desencadenar los efectos previstos por las partes. Recuérdese la parte inicial de la misma: "*Las partes acuerdan que a la terminación del presente Acuerdo por cualquier causa*". En este orden de ideas, esta pretensión no prospera.

F. LAS RESTANTES PRETENSIONES DE LA DEMANDA.

Por tratarse de pretensiones formuladas de manera subsidiaria a las principales[140], el Tribunal se abstendrá de abordar su estudio; no obstante haber desestimado la pretensión sexta principal de la demanda que buscaba dejar sin valor y efecto el literal d) de la sección segunda del contrato, por cuanto la subsidiariedad perseguida por la demandante al presentarla de manera simultánea con las pretensiones principales, operaría ante el evento que el Tribunal declarara no probadas las típicas pretensiones de agencia mercantil, pero, como en el presente caso, dichas pretensiones se despacharon de manera favorable, no se impone realizar su análisis.

G. MANIFESTACIÓN EXPRESA SOBRE LAS EXCEPCIONES.

Habiendo prosperado la mayoría de las pretensiones de la demanda principal, corresponde ahora al Tribunal referirse a los medios exceptivos.

Por haberse decretado la configuración de la agencia mercantil en la relación contractual *sub examine* se desestimarán, por no haberse probado, los siguientes medios exceptivos formulados en la contestación de la demanda: *"La intención de las partes al suscribir el contrato de afiliación el 31 de diciembre de 2004 no consistía en celebrar un contrato de agencia mercantil"; "Las partes no ejecutaron un contrato de agencia mercantil"* y *"no es necesario interpretar el contrato de afiliación".*

Además, no prosperan la excepción intitulada *"Regular y justificada terminación del contrato de afiliación*", por cuanto la pretensión segunda se declara probada en la medida en que el Tribunal estimó que el contrato que vinculó a las partes fue dado por terminado de manera

[140] Dirigidas a obtener el reconocimiento del contrato de agencia mercantil, las prestaciones consagradas en el artículo 1324 del Código de Comercio y la cláusula penal, despachadas a favor de la parte demandante por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia

unilateral y sin justa causa; la nombrada "*Excepción de contrato cumplido*" en la medida que no resultó probado un incumplimiento esencial de parte de BRM y tampoco prospera la excepción denominada "*temeridad*" porque muchas de las pretensiones de la demanda principal han prosperado, así el monto de la cuantía a la que se aspiraba en la pretensión quinta no se haya obtenido de acuerdo con lo recabado.

En cuanto a la excepción de compensación, el Tribunal considera que al no haber encontrado probado en el dictamen pericial el valor de la obligación a cargo de BRM, se impone despacharla de manera desfavorable, toda vez que conforme con el numeral 2º del artículo 1715 del Código Civil *"ambas deudas deben ser liquidas"*, y en el proceso la cuantificación del presunto saldo pendiente a favor de YOUNG & RUBICAM quedó huérfana de prueba.

H. DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Con oportunidad del estudio de la demanda principal, el Tribunal puso de presente que los incumplimientos endilgados por la demandada en la comunicación de diecisiete (17) de agosto de dos mil diez (2010) no estuvieron probados en el presente trámite arbitral, y que por contera, estaban lejos de configurar un incumplimiento grave o esencial de las obligaciones a cargo de BRM, conforme además con el literal a) del numeral 1 del artículo 1325 del Código de Comercio.

Es por lo anterior que el Tribunal desestimará las pretensiones formuladas en la demanda de reconvención dirigidas a obtener por parte del Tribunal la declaratoria de incumplimiento de BRM, la validez de la terminación unilateral, la obligación de pagar la comisión correspondiente a los volúmenes de producción[141], junto con las respectivas pretensiones de condena

[141]En el contrato nada se dijo acerca de los volúmenes de producción como factor para liquidar la comisión a favor de Y&R; de todos modos obsérvese que en el dictamen pericial sobre los volúmenes de producción se lee: "*La clasificación de los ingresos por volúmenes, depende de quién esté analizando la operación, y es perfectamente válido, que se contabilice como operacional o como no operacional".*

(pretensión tercera y quinta). En consecuencia, declarará probadas las excepciones intituladas *"Pago o inexistencia de incumplimiento por BRM S.A"* e *"Inexistencia de la obligación de liquidar comisiones sobre los "volúmenes de producción" y, por consiguiente, terminación ilegal del contrato suscrito el 31 de diciembre de 2004".*

En cuanto a la excepción de *mala fe y abuso del derecho por parte de* YOUNG & RUBICAM, la declarará no probada en el proceso, toda vez que el Tribunal como juez del contrato no encontró conducta de la demandada contraria a la buena fe o constitutiva de abuso del derecho. Se recuerda que el abuso es en esencia una "*quaestio facti*" que corresponde al juez en cada caso deducir de las circunstancias de hecho que enmarcan el análisis del caso concreto[142]. En el presente, el Tribunal no lo infiere de conformidad con el acervo probatorio con el que se aprovisionó este litigio. Así se declarará en la parte resolutiva del laudo.

I. DEL JURAMENTO ESTIMATORIO.

El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, modificado por el artículo 10 de la Ley 1395, extendió la eficacia del juramento estimatorio como medio de prueba y lo amplió a todos los eventos en que se pretenda el pago de una indemnización, compensación, frutos o mejoras. En efecto dispone:

> "*ARTÍCULO 10. El artículo 211 del Código de Procedimiento Civil quedará así:*
>
> ***Artículo 211**. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. El juez, de oficio, podrá ordenar la regulación*

[142] Sobre el tema de que el abuso del derecho es ante todo una cuestión de hecho en el sentido de que le compete al juez inferirlo de conformidad con el acervo probatorio aportado al proceso, léase: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil. Sentencia del 7 de marzo de 1944, LVII, página 74 a 80.

cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión.

Si la cantidad estimada excediere del treinta por ciento (30%) de la que resulte en la regulación, se condenará a quien la hizo a pagar a la otra parte una suma equivalente al diez por ciento (10%) de la diferencia."

De la anterior disposición se desprende su carácter imperativo, al tener como finalidad, que todo demandante en un proceso de responsabilidad civil, como el presente, realice la estimación razonada bajo juramento del valor de los perjuicios que reclama. Por lo tanto dicho juramento constituye una carga procesal inicial, inspirada principalmente en la necesidad de evitar pleitos temerarios o con peticiones exageradas hechas sólo para intimidar a la contraparte y para desgastar el aparato jurisdiccional.

A dicha estimación juramentada se le da el valor de plena prueba, salvo que el contrario presente su objeción dentro de la oportunidad procesal correspondiente. De acuerdo con la norma examinada, el juez "*podrá de oficio ordenar la regulación cuando considere que la estimación es notoriamente injusta o sospeche fraude o colusión*".

Así las cosas, cuando el juez, haciendo un juicio de valor, llegue al punto de reprochar la conducta procesal del solicitante y con fundamento en ello ponga en duda el monto estimado bajo juramento "podrá", usando sus poderes oficiosos, ordenar la regulación buscando una estimación más ajustada a la realidad. En esta hipótesis lo que el juez compara es la cantidad estimada por el demandante y la que resulte de la regulación ordenada en esas particulares circunstancias, valiéndose de medios de convicción como una pericia, una inspección judicial o cualquier otro que estime pertinente con ese propósito.

Para el Tribunal, deben estar presentes los dos extremos (estimación inicial y regulación judicial) para que proceda la comparación y posteriormente calcular la diferencia para aplicar el 10% a ella que supera el 30% entre lo estimado y lo regulado.

De otra manera, la aplicación mecánica de la regla del 10% llevaría a consecuencias indeseables e injustas para los demandantes. O mejor, a falta de mala fe, temeridad o una conducta procesal reprochable, no es procedente aplicar la fórmula.

La sanción económica sólo es procedente como pena adicional si la estimación es maliciosa, fraudulenta o abiertamente desproporcionada y el juez que sospechó de tal desafuero, oficiosamente ordena la regulación y a la larga se presenta una diferencia superior al 30% entre lo estimado y lo probado. Una aplicación mecánica o a rajatabla del precepto transcrito impondría una situación demasiado gravosa a los litigantes que no logran probar el monto de sus pretensiones.

En el caso que ocupa, la sanción no aplica por cuanto no hubo en el Tribunal sospecha de fraude o colusión ni consideraron que la estimación inicial de los perjuicios fuese notoriamente injusta. Además, no se ordenó regulación.

J. COSTAS

El artículo 392 del Código de Procedimiento Civil en lo pertinente a esta actuación dispone:

"*ARTÍCULO 392. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación en costas se sujetará a las siguientes reglas:*
1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso, o a quien se le resuelva desfavorablemente el recurso de apelación, súplica, queja, casación, revisión o anulación que haya propuesto. […].
3. La condena se hará en la sentencia […]. En la misma providencia se fijará el valor de las agencias en derecho a ser incluidas en la respectiva liquidación. […]
6. En caso de que prospere parcialmente la demanda, el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión. […]

9. Solo habrá lugar a costas cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación".

En el presente caso, al haber prosperado la mayoría de las pretensiones contenidas en la demanda, así algunas no hubieren prosperado en la cuantía solicitada, y en razón a que la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención fueron denegadas, el Tribunal, procederá a condenar a la demandada a cancelar a la demandante, una proporción correspondiente al 70% de las costas en las que ésta última incurrió dentro del presente trámite arbitral y cuya causación se encuentre debidamente acreditada en el mismo.

Las costas se encuentran compuestas por las expensas, que son aquellos gastos judiciales en que las partes incurrieron por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, definidas como "*los gastos de defensa judicial de la parte victoriosa, a cargo de quien pierda el proceso*" (Acuerdo 1887 de 2003 expedido por el Consejo Superior de la Judicatura, Art. 2º). Ambos rubros, expensas y agencias en derecho, conforman el concepto genérico costas, luego el juez, al momento de realizar la respectiva condena, debe tener en cuenta tal circunstancia.

Por consiguiente, a continuación se procede a liquidar las costas que deberán ser pagadas en la proporción antes indicada a favor de la demandante, incluyendo no sólo el valor de los gastos en que incurrió ésta durante el desarrollo del proceso, sino también el de las correspondientes agencias en derecho, las cuales serán fijadas en un 70% del valor de los honorarios del árbitro único que integra el presente Tribunal, es decir, en la suma de TRESCIENTOS CATORCE MILLONES TRECE MIL SETECIENTOS PESOS ($314.013.700.oo.). Dicho valor se señala teniendo en la cuenta la cuantía del proceso, la duración del mismo y el número de actuaciones surtidas.

En este orden de ideas, el Tribunal procede a liquidar la condena en costas a cargo de la parte demandada, así:

Honorarios del árbitro IVA Incluido (50%)	$ 260.182.780.oo
Honorarios del Secretario IVA incluido (50%)	$ 130.091.390.oo
Gastos de funcionamiento del Centro de Arbitraje y protocolización y otros gastos, incluyendo IVA del primer rubro. (50%) Honorarios de la perito GLORIA ZADY CORREA cancelados por la parte demandante.	$.114.727.400.oo $2.250.000.oo
TOTAL: 70%	$ 507.251.570.oo $ 355.076.099.oo

El valor total de las expensas correspondientes a BRM S.A., es de TRESCIENTOS CINCUENTA Y CINCO MILLONES SETENTA Y SEIS MIL NOVENTA Y NUEVE PESOS ($ 355.076.099.oo), a la cual se adiciona el rubro correspondiente a agencias en derecho, las cuales se fijaron tomando como parámetro el 70% del valor de los honorarios fijados en este Tribunal al árbitro único, esto es, la suma de TRESCIENTOS CATORCE MILLONES TRECE MIL SETECIENTOS PESOS ($314.013.700.oo.), lo cual arroja un total de costas de SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($669.089.799.ooo)

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización y Otros gastos”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar.

K. PARTE RESOLUTIVA:

El Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias surgidas entre **BRM S.A**, de una parte, y **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA**, de la otra, respecto de las controversias derivadas del *"ACUERDO DE AFILIACIÓN Y LICENCIA DE MARCA"* de fecha treinta y uno (31) de diciembre de dos mil cuatro (2004) y su otrosí, en nombre de la República de Colombia, por autoridad de la ley, y habilitación de las partes,

RESUELVE:

PRIMERO.- Denegar, por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia, la tacha de sospecha presentada contra el testigo MARCO LLINÁS.

SEGUNDO.- Declarar que el contrato que celebraron las sociedades **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** y **BRM S.A.** el treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cuatro (2004) adicionado con el otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005), es un contrato de agencia comercial, por las razones expuestas en la parte motiva del presente laudo.

TERCERO.- Declarar que la sociedad convocada **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** incumplió el contrato de agencia comercial celebrado con la sociedad **BRM S.A.** el treinta y uno de diciembre (31) del año dos mil cuatro (2004), adicionado con el otro sí de fecha veintiocho (28) de julio de dos mil cinco (2005), al darlo por terminado de manera unilateral y sin justa causa, tal como se expresa en la parte motiva de esta providencia.

CUARTO.- Condenar a la sociedad **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** a pagar a la sociedad convocante, la suma de QUINIENTOS TREINTA Y CINCO MILLONES SEISCIENTOS MIL PESOS **($535.600.000),** con ocasión de la cláusula penal pactada en el contrato de fecha treinta y uno (31) de diciembre del año dos mil cuatro (2004).

QUINTO.- Condenar a la sociedad **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** a pagar a la sociedad convocante **BRM S.A.** por concepto de cesantía mercantil la suma de **NOVENTA Y UN MILLONES CIENTO OCHENTA Y UN MIL OCHOCIENTOS TRES PESOS ($ 91.181.803).**

SEXTO.- Condenar a la sociedad **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** a pagar a la sociedad **BRM S.A.**, por concepto de indemnización equitativa prevista en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, la suma de MIL DOSCIENTOS UN MILLONES SEISCIENTOS CUARENTA Y DOS MIL SEISCIENTOS VEINTINUEVE PESOS **($1.201.642.629).**

SÉPTIMO.-Denegar la pretensión sexta principal por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia.

OCTAVO.-. Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia denegar las excepciones presentadas por el apoderado de la parte demandada.

NOVENO.- Por las razones expuestas en la parte motiva de esta providencia denegar la totalidad de las pretensiones contenidas en la demanda de reconvención y en consecuencia declarar probadas las excepciones de *"Pago o inexistencia de incumplimiento por BRM S.A"* e *"Inexistencia de la obligación de liquidar comisiones sobre los "volúmenes de producción"* y, por consiguiente, *"terminación ilegal del contrato suscrito el 31 de diciembre de 2004".* Declarar no probada la excepción intitulada "Mala fe y abuso del derecho de parte de YOUNG & RUBICAM".

DÉCIMO.-Condenar a pagar a **YOUNG & RUBICAM BRANDS LTDA** a la parte demandante **BRM S.A.** la suma de SEISCIENTOS SESENTA Y NUEVE MILLONES OCHENTA Y NUEVE MIL SETECIENTOS NOVENTA Y NUEVE PESOS ($669.089.799.oo), a título de costas y agencias en derecho, tal como consta en la parte motiva de esta providencia.

DÉCIMO PRIMERO.- Denegar la aplicación de la sanción prevista en el artículo 211 del Código de Procedimiento Civil, por las razones establecidas en la parte motiva de esta decisión.

DÉCIMO SEGUNDO.- Los pagos de las condenas referidas en los numerales cuarto, quinto, sexto y décimo anteriores, deberán hacerse dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la fecha de ejecutoria de la presente providencia.

DÉCIMO TERCERO.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes con las constancias previstas en el numeral 2 del Artículo 115 del Código de Procedimiento Civil.

DÉCIMO CUARTO.- Protocolizar este laudo, una vez en firme, en una notaría del Círculo de Bogotá. Para el efecto, se previene a las partes sobre la obligación de cubrir lo que faltare si la suma decretada y recibida para este fin resultare insuficiente.

La anterior decisión se notifica en audiencia.

ERNESTO RENGIFO GARCIA
Arbitro único

CARLOS MAYORCA ESCOBAR
Secretario