



Pontificia Universidad Javeriana

Facultad de Ciencias Jurídicas

“ LAUDOS ARBITRALES:

**ANALISIS DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS DERIVADAS
DE CONTRATOS ESTATALES”**

Camila Andrea Osorio Galán

Bogotá D.C., Junio 2016.

NOTA DE ADVERTENCIA

“La Universidad no se hace responsable por los conceptos emitidos por sus alumnos en sus trabajos de tesis. Solo velará por que no se publique nada contrario al dogma y a la moral católica y por que las tesis no contengan ataques personales contra persona alguna, antes bien se vea en ellas el anhelo de buscar la verdad y la justicia”.

Tabla de Contenido

Carta a la Biblioteca Alfonso Borrero Cabal, S.J	1
ANEXO 2 – Carta de Autorización de los Autores (Licencia de Uso)	2
ANEXO 3 – Descripción del Trabajo de Grado	4
NOTA DE ADVERTENCIA	6
“ LAUDOS ARBITRALES:.....	7
ANALISIS DE LAS DECISIONES ARBITRALES EN CONTROVERSIAS DERIVADAS DE CONTRATOS ESTATALES”	7
Tabla de Contenido	8
LAUDO ETB VS. MERCURY.....	9
LAUDO EFICACIA S.A VS. COLOMBIA MOVIL.....	27
LAUDO ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA VS. SEGUROS COLPATRIA.....	52

LAUDO ETB VS. MERCURY

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Derecho
Convocante	ETB Empresa de Telecomunicaciones de Bogotá S.A. E.S.P.
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	S.A. E.S.P.
Sector de Actividad Económica (nacional, dptal o mpal)	Distrital (Bogotá), Municipal (Villavicencio) y Departamental (Cundinamarca)
Convocado	Mercury Telco Group inc.
Nacionalidad del convocado	Estadounidense
Naturaleza del Convocado	Inc.
Subsector del sector público (Hacienda, salud, pensiones, financiero)	J6110
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 25/03/09
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Marcela Romero de Silva
Secretario (a)	Florencia Lozano Revéz
Se presentó demanda de reconvencción	No
Cuantía de la demanda principal	\$16.404'180.718,72
Cuantía de la demanda de reconvencción	No
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<p>El 20 de septiembre de 2005, ETB y Mercury celebraron acuerdo de colaboración consistente en la explotación y comercialización de una tarjeta prepago de llamadas telefónicas de larga distancia en Estados Unidos, soportadas en la infraestructura de Mercury en este país y la que efectivamente tiene ETB en Colombia, para lo cual Mercury realizaría actividades de administración y comercialización de la tarjeta en Estados Unidos y ETB prestaría el servicio de terminación de las llamadas en Colombia.</p> <p>En el acuerdo en mención se pactó que sobre el producto obtenido por la explotación y comercialización de las tarjetas, las partes recibirían una participación del 50% del precio facial de las tarjetas vendidas, por lo anterior, la ETB aceptó que para los primeros seis meses de ejecución del acuerdo su participación fuera del 48% y que posteriormente se acordó que durante los 5 meses se cambiaría al 52%.</p> <p>Además se estableció que las partes debían contar con los títulos habilitantes para la prestación de los servicios, pero en la ejecución contractual se estableció que Mercury no contaba con las autorizaciones legales debidas, lo cual se intentó subsanar amparándose en las autorizaciones legales de la Suncoast</p>

Technology Inc. Que se dice pertenece al mismo grupo, pero ETB jamás suscribió acuerdo alguno con la misma.

La duración del acuerdo era de 1 año, prorrogable automáticamente por periodos de 1 año, a menos que alguna de las partes manifestara por escrito con una antelación no inferior a 1 mes su intención de no continuarlo, por lo anterior, el Acuerdo fue sujeto a una única prórroga automática, esto hasta el 20 de septiembre de 2007 momento en el cual se produjo la terminación dado que ETB dirigió el 3 de junio de 2007 una carta a Mercury expresando su voluntad de no continuar con el acuerdo.

Al momento de la terminación del acuerdo, Mercury tenía varias obligaciones que se dicen incumplidas como: informar de esta circunstancia a sus distribuidores, abstenerse de seguir vendiendo y/o imprimiendo y/o despachando y/o activando tarjetas, elaborar un inventario de las tarjetas impresas que no hubieren sido comercializadas a la fecha de terminación del acuerdo y proceder luego a su destrucción, y realizar un inventario de las tarjetas ya activadas que se encontraban en el mercado para la terminación del acuerdo, trasladar a favor de ETB su participación sobre tarjetas cuyo primer uso se hiciera en cualquier tiempo.

No obstante la oportuna noticia que ETB dio a Mercury sobre su intención de no prorrogar el acuerdo, Mercury en forma consciente y dolosa hizo caso omiso y no procedió a elaborar los inventarios, sino que propició la comercialización, activación y distribución de nuevas tarjetas algunas de ellas ilegales porque su impresión jamás fue autorizada por ETB, y no corresponden a los procedimientos a seguir ni a los formatos o marcas establecidas en el acuerdo, por ende se afirma que Mercury ha colocado o facilitado la distribución dentro del mercado de los Estados Unidos de tarjetas bajo las engañosas marcas de "LA REAL" y "VALLENATO" en las cuales han omitido intencionalmente la mención de Mercury como responsable local de la prestación del servicio, pero donde sus pines conectan abusivamente con la infraestructura tecnológica de ETB, haciendo posible su uso y la realización ilegal de las llamadas, para lo cual Mercury ha actuado aparentemente a través de la sociedad Suncoast Technology y tales tarjetas usan la misma plataforma tecnológica que utiliza y controla Mercury.

Dicha plataforma es proveída y suministrada por la sociedad Auris Technology. Se afirma también que Mercury directamente o a través de Suncoast crearon en la plataforma de Auris subproductos e innumerables pines que fraudulentamente conectan con la infraestructura tecnológica de ETB y que los números de acceso de las tarjetas ilegales generadas por Mercury se direccionan hacia ETB y el número de acceso desde Colombia, creado por ETB, se usa indebidamente en la tarjeta VALLENATO de una forma fraudulenta.

La utilización de pines a través de las tarjetas ilegales generaron costos adicionales a ETB en una cifra cercana a los cien mil dólares por cada mes.

	<p>De otro lado, se establece que Mercury estando obligada contractualmente a recaudar y entregar la participación económica que le corresponde a ETB ha incumplido en forma grave y reiterada esta obligación.</p> <p>Se dice también que Mercury ha incumplido otras obligaciones contractuales, como el no suministro de información detallada y periódica respecto a la zonificación de su fuerza de ventas y subdistribuidores.</p> <p>Por último se afirma que Mercury fue informada de la existencia de reclamaciones de ETB las cuales ha ignorado voluntariamente, lo que implica que tal desatención genere y continúe generando perjuicios a ETB, por lo que se intentó sin éxito que sus reclamos fueran atendidos bajo los parámetros de arreglo directo, en razón de lo cual esta instancia arbitral es una vía procesal idónea para satisfacer las pretensiones.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS</p>	
<p>Problema(s) jurídico(s) principal(s)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Definir el momento de terminación del Acuerdo de Colaboración. 2. Verificar si se encuentran probados los incumplimientos contractuales que se atribuyen a Mercury. 3. Examen del tema de perjuicios reclamados. 4. Posibilidad de autorizar a ETB la implementación de un mecanismo técnico que le permita la salvaguarda de su infraestructura tecnológica del acceso y uso ilegal de la misma por parte de la convocada, así como la declaratoria de inmunidad en que debe mantenerse a ETB de los reclamos de los usuarios que se vean afectados por dicha implementación.
<p>Ratio decidendi</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. Definir el momento de terminación del Acuerdo de Colaboración. <p>Quiere decir lo anterior, que la forma más simple de terminar un contrato determinado lo constituye el vencimiento de su plazo, ocurrido lo cual dicho acto no produce efectos ni genera obligaciones para las partes distintos a los previstos contractualmente para finiquitar su convenio, pero mientras ello ocurre se entiende que tal negocio se extinguió. Dicha afirmación coincide con el contenido asertivo de las preguntas Primera y Segunda del interrogatorio de parte formulado al representante legal de Mercury, transcrito antes, que por aplicación del artículo 210 del C. de P.C., se tienen como hechos aceptados.</p> <p>Conclúyese de lo dicho, que en presencia de una manifestación expresa, concreta e inequívoca de la ETB a su cocontratante, enviada dentro de la oportunidad contractualmente fijada, en el sentido de no querer renovar ni prorrogar el Acuerdo más allá del 20 de septiembre de 2007, la eficacia del mismo y sus efectos sólo pudieron extenderse legalmente hasta esa fecha, entendiéndose</p>

terminado definitivamente el vínculo comercial, sin que se requiriera la previa demostración de los incumplimientos que ahora se alegan. Por lo expuesto el Tribunal despachará favorablemente la Primera pretensión de la demanda.

2. Verificar si se encuentran probados los incumplimientos contractuales que se atribuyen a Mercury.

2.1 El no pago de las participaciones a ETB

No cabe duda para el Tribunal que, en los términos del artículo 1494 del C.C. 15, Mercury asumió convencionalmente la obligación positiva de recaudar el valor de las tarjetas prepago vendidas, como la de proceder a trasladar a su aliada ETB las participaciones a que tenía derecho, liquidadas en la forma y en los plazos estipulados en la cláusula Décima Sexta antes transcrita, obligación que asumió libre y válidamente toda vez que tenía capacidad para ello, además porque su consentimiento positivo vertido en el Acuerdo estuvo desprovisto de los vicios del error, fuerza o dolo que pudieran invalidarlo, y el objeto y causa del negocio eran lícitos, como lo exige el artículo 1502 del C.C. Así las cosas, esta obligación precisa y determinada voluntariamente asumida por Mercury debía cumplirse durante la ejecución contractual de buena fe con los alcances del artículo 1603 del C.C., sin dilación y sin excusas, ya que tal imperativo, al considerarse válida su convención, asumía la connotación de una ley para las partes, según lo tiene establecido el artículo 1602 ibídem.

De lo anterior se infiere básicamente que si la ETB afirmaba que la sociedad convocada no le había cancelado sus participaciones en el negocio de las tarjetas, Mercury tenía la carga de probar que contrario a lo dicho sí se las había pagado, pero como no atendió su deber de comparecer al juicio arbitral y cumplir con las cargas procesales que se le trasladaron, el Tribunal debe tener por cierta la manifestación de la convocante.

Lo expuesto guarda relación con el contenido de la pregunta Décima del cuestionario formulado al representante legal de Mercury, quien no se avino a responderlo, por lo que procede la aplicación de los efectos del artículo 210 del C de P.C. ya varias veces citado; en tal sentido ha de presumirse como cierto que, según la pregunta asertiva formulada, Mercury adeuda a la ETB al 25 de noviembre de 2008 la suma de US\$ 5'299.040,96

Se comprueba entonces que hay plena coincidencia entre los dictámenes periciales sobre la existencia de la obligación y el monto de la misma adeudada por Mercury a ETB por concepto de participaciones en el negocio de las tarjetas. Además del monto de la deuda precisada por los peritos, los dictámenes periciales también permiten concluir que a la fecha de terminación del contrato ocurrida el 20 de septiembre de 2007, la parte convocada había efectuado 18

pagos parciales por participaciones desde el 7 de octubre de 2005 (contando el depósito de garantía) y sólo hasta el 11 de mayo de 2007, lo que ratifica el hecho de que incumplió la obligación asumida en el Acuerdo, pues no hay constancia de pagos recibidos entre esa última fecha y la finalización del Acuerdo, y mucho menos con posterioridad al 21 de septiembre de 2007. Se advierte también que no hay correspondencia entre las participaciones causadas mensualmente y el valor de las transferencias realizadas.

Téngase en cuenta que de acuerdo con la cláusula Décima Sexta del contrato, al finalizar cada mes Mercury debía hacer un corte de cuentas por las ventas de las tarjetas realizadas en ese periodo que hubiese tenido un primer uso y enviar a los cinco (5) días el reporte de la liquidación a la ETB; luego se procedía por las partes a firmar un acta de conciliación y de no presentarse inconsistencias Mercury debía proceder a trasladarle a ETB, dentro de los dos (2) días siguientes, el valor de las participaciones a la cuenta bancaria informada por la convocante. En el numeral 16.3.5. se acordó que en caso de no hacer la mencionada transferencia Mercury pagaría a ETB “intereses moratorios liquidados a la tasa Libor más tres (3) puntos”, desde cuando debió hacer la transferencia y hasta el pago efectivo. Por lo ampliamente expuesto, quedó demostrado en el proceso que Mercury no cumplió en la forma y tiempos convenidos con su obligación de pagar las participaciones a la ETB, por lo cual el Tribunal acogerá esta petición contenida en la Pretensión Segunda.

2.2 Desconocimiento de las obligaciones surgidas a la terminación del acuerdo

ETB en su demanda asevera que ocurrida la terminación del Acuerdo por vencimiento de su plazo el 20 de septiembre de 2007, como anticipada y oportunamente se le hizo saber a Mercury, dicha sociedad incumplió las obligaciones precisadas en el Parágrafo de la Cláusula Décima Novena del mismo antes transcrito, que surgían al momento de su terminación. Al respecto nuevamente advierte el Tribunal que esta es una negación indefinida que traslada a la convocada la carga de la prueba, y que la obliga a demostrar dentro del proceso que efectivamente sí había dado estricto cumplimiento a las mencionadas obligaciones. Particularmente las actividades que positiva o negativamente se debían cumplir eran: Avisar a los distribuidores sobre el hecho de la terminación del Acuerdo. No imprimir, vender ni despachar nuevas tarjetas. Elaborar inventario de las tarjetas no comercializadas para proceder a su destrucción dentro de los 30 días siguientes. Elaborar inventario de las tarjetas activas que debían ser vendidas y utilizadas por el cliente en un término no superior a 6 meses. Liquidar el Acuerdo en un término no superior a 4 meses.

Respecto de esta última obligación, liquidar el contrato, el Tribunal considera necesario advertir que si bien lo más

recomendable y práctico era que ambas partes concurrieran a su liquidación bilateral, como se pactó, no habiéndose logrado ello la ETB hubiera podido hacerla y sin embargo no lo hizo. Además, dicha responsabilidad, según se desprende del Convenio, no quedó radicada exclusivamente en cabeza de Mercury, razón por la cual el Tribunal excluirá este punto específico en la definición de la pretensión. En cuanto a las demás actividades de que trata el parágrafo de la cláusula Décima Novena, antes relacionadas, no obra prueba alguna en el expediente que Mercury les hubiese dado cumplimiento y, como se ha reiterado, era suya la carga de desvirtuar procesalmente las imputaciones mencionadas, y como no lo hizo el Tribunal accederá a la Pretensión Segunda en este punto.

2.3 Uso ilegal de la infraestructura tecnológica de ETB

Los testimonios practicados por el Tribunal, la prueba documental que obra en el expediente, pero principalmente los dictámenes periciales, demuestran que Mercury es la única responsable por la activación de tarjetas con pines que conectan con la ETB, y ella no podía comercializar tarjetas diferentes a la ETB Internacional, que usaran su plataforma para terminar llamadas, e incluso después de ocurrida la terminación del Acuerdo, ni siquiera podía comercializar la Tarjeta ETB Internacional, lo que siguió haciendo; además, a Mercury correspondía adoptar las medidas para evitar el uso fraudulento de la infraestructura de su aliada, de lo cual fue advertida por ella, y si no facilitó ello al menos no lo evitó, estando contractualmente obligada, por lo cual deberá responder a la ETB por los perjuicios que su omisión o su falta de diligencia le pudo haber causado. De todo lo expuesto en este punto, concluye el Tribunal que Mercury incumplió el Acuerdo al haber impulsado o permitido el uso de la plataforma tecnológica de la ETB, por intermedio de tarjetas no autorizadas en el Acuerdo, y así lo declarará el Tribunal en la parte resolutive de este laudo.

2.4 Carencia de las autorizaciones en materia de telecomunicaciones

Se desprende de lo anterior que desde el comienzo de ejecución del Acuerdo, ya la ETB había echado de menos los títulos habilitantes para el ejercicio de la explotación comercial en materia de telefonía por parte de Mercury, lo cual pretendió subsanar a través de su sociedad filial Suncoast con quien la ETB no había contratado, sociedad que además es quien en los reportes de Auris figura como operador en el caso de las tarjetas no autorizadas. El Tribunal no encontró en el expediente documento alguno que permita inferir que Mercury estaba autorizada para intervenir en el mercado de las telecomunicaciones en los Estados Unidos, lo que permite despachar favorablemente la pretensión segunda en lo que se refiere a este tema. La decisión adoptada guarda relación con el contenido de la

Tercera pregunta del interrogatorio de parte formulado al representante de Mercury quien, como se ha dicho, no se presentó a absolverlo, conducta que permite al Tribunal aplicar los efectos del artículo 210 del C. de P. C. y presumir por cierto tal incumplimiento contractual ante ausencia de prueba que pueda desvirtuarlo. Empero, no obstante la decisión antes adoptada, el Tribunal considera necesario advertir que dada la importancia de los permisos o autorizaciones que debía tener Mercury para la legalidad de la prestación del servicio de telecomunicaciones en los Estados Unidos, y que simplemente dijo tener, posiblemente la ETB de manera más prudente ha debido demorar la suscripción del Acuerdo o el inicio de su ejecución hasta tanto su cocontratante le hubiese exhibido las licencias o permisos en cuestión que ahora con ocasión de este proceso extraña.

2.5 falta de información sobre las actividades de Mercury

De acuerdo a lo anterior, el Tribunal ha encontrado probado que contractualmente Mercury estaba obligada a suministrar a la ETB determinados informes sobre sus actividades, pero en el acervo probatorio no está agregado ninguno de tales informes, hecho que permite inferir el incumplimiento contractual que se le imputa, y así lo declarará en la parte resolutive de este laudo.

3. Examen del tema de perjuicios reclamados.

En resumen, en este laudo se demostró la existencia de las obligaciones que se reputan incumplidas por Mercury, las cuales emanaban del Acuerdo válidamente celebrado, y su incumplimiento voluntario por ésta, principalmente por el no pago de las participaciones de la ETB. En lo que tiene que ver con el nexo causal, también se demostró que el referido incumplimiento de Mercury evidentemente causa perjuicios a la convocante al privársele de los ingresos o participaciones por la venta de tarjetas prepago a que se refería dicho Acuerdo. Pero no se probó la existencia de circunstancias constitutivas de caso fortuito o fuerza mayor que, en el campo de la teoría de la imprevisión, constituyeran eximentes de su responsabilidad de cumplir, como bien lo estudia y concluye el Ministerio Público en su alegato de conclusión. Los dictámenes periciales que se practicaron en este proceso permitieron demostrar la existencia del perjuicio y su monto, por lo cual, se accederá a la indemnización solicitada tanto por daño emergente como por lucro cesante. De acuerdo a las conclusiones de los dictámenes periciales rendidos en este proceso que se expusieron en capítulo anterior de este laudo, el valor de las participaciones adeudadas por Mercury a la convocante, y que constituyen el daño emergente indemnizable, es de Cinco Millones Doscientos Noventa y Nueve Mil Cuarenta Dólares de los

Estados Unidos de Norteamérica con Noventa y Seis Centavos (USD\$5.299.040,96).

De acuerdo a las conclusiones del dictamen financiero y contable, que por demás son coincidentes con el experticio técnico y el informe de la firma Icono I, el monto de los intereses adeudados, liquidados en la forma prevista contractualmente a la tasa LIBOR (London Interbank Offered Rate) más tres (3) puntos, a la fecha del dictamen ascendió a US\$635.793,99; el valor de dichos intereses liquidados a la fecha de este laudo siguiendo la metodología empleada por los peritos es de Seiscientos Noventa y Dos Mil Setecientos Setenta y Nueve Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica con Treinta y Seis Centavos (USD\$692.779,36).

De otra parte, considera el Tribunal que el costo de terminación de llamadas realizadas con posterioridad a la terminación del Acuerdo, también constituye un perjuicio indemnizable, en la modalidad de daño emergente. En efecto, con base en lo analizado en el punto 6.1. de las consideraciones de este laudo, referido al tráfico de llamadas realizado con posterioridad a la terminación del Acuerdo u originadas en tarjetas no autorizadas, el Tribunal tiene en cuenta las conclusiones de las pericias en el sentido de que el daño lo constituye cualquier valor dejado de pagar por Mercury que tenga relación con el uso de la infraestructura de la ETB para la terminación de las llamadas, hubiesen sido originadas en tarjetas autorizadas o no, pues de éstas últimas si bien no se puede afirmar con contundencia que Mercury elaboró y comercializó las denominadas La Real y Vallenato, si le asiste responsabilidad por cuanto ella debía adoptar las medidas técnicas para impedir el uso fraudulento de la plataforma tecnológica de la que se servía el Acuerdo y no lo hizo, mucho más cuando fue advertida por su aliada de la existencia de las tarjetas no autorizadas. En la pregunta 5.2.3. del dictamen contable y financiero, se pidió a la perito establecer el costo que ha representado para ETB la utilización de pines que conectan con su infraestructura telefónica desde el 20 de septiembre de 2007 y hasta la fecha del dictamen, es decir después de terminado el Acuerdo. A folio 360 del Cuaderno de Pruebas aparecen los cálculos correspondientes, los cuales arrojan un valor de Ochocientos Ochenta y Ocho Mil Novecientos Cincuenta Dólares de los Estados Unidos de Norteamérica (US\$888.950), cifra que coincide con la informada por el perito experto en comunicaciones (folio 373 Cuaderno de Pruebas) y con los datos de la empresa Icono I, y que el Tribunal ordenará sea pagada por Mercury a la convocante. En lo que respecta a los intereses moratorios sobre los costos ahora reconocidos, considera el Tribunal que estos deberán liquidarse a la tasa moratoria convenida contractualmente del LIBOR más 3 puntos, desde la fecha de ejecutoria de este laudo, por corresponder a un derecho

que sólo ha logrado reconocimiento con este fallo, y hasta que su pago se produzca. Para efecto de establecer la equivalencia en moneda nacional de las condenas impuestas en este laudo, y sin perjuicio de que su pago se deba hacer en la moneda del contrato, advierte el Tribunal que se aplicará la Tasa Representativa del Mercado (TRM) de \$2.353,21 pesos colombianos por dólar estadounidense, vigente para la fecha de su expedición, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia, indicador económico que de conformidad con lo dispuesto por el artículo 191 C. de P.C. constituye hecho notorio y no requiere de prueba.

4. Posibilidad de autorizar a ETB la implementación de un mecanismo técnico que le permita la salvaguarda de su infraestructura tecnológica del acceso y uso ilegal de la misma por parte de la convocada, así como la declaratoria de inmunidad en que debe mantenerse a ETB de los reclamos de los usuarios que se vean afectados por dicha implementación.

Por virtud de la terminación del contrato por vencimiento de su término, y pasado el plazo de los seis meses que se ha venido comentando para la garantía de acceso y tráfico de llamadas, ETB para impedir el daño podía y puede unilateralmente implementar los mecanismos técnicos que considere necesarios para impedir el uso fraudulento de su infraestructura, sin que por ello deba responder ante los usuarios finales de las tarjetas, pues dicha responsabilidad en el Acuerdo estuvo radicada en Mercury, y después de su expiración legalmente le corresponde sólo a ésta asumir las consecuencias que la explotación fraudulenta de tarjetas puede acarrear según la legislación norteamericana. En tal sentido se despacharán favorablemente las pretensiones Cuarta y Quinta de la demanda. Finalmente, en lo que se refiere a la sociedad Auris, quien le suministra la plataforma a Mercury para la creación y activación de pines, o a la sociedad Suncoast Technology, filial de Mercury, considera el Tribunal que dado que dichas compañías no fueron parte en el contrato ni tampoco en este proceso, no se les puede conminar ahora para que no elaboren, comercialicen o vendas más tarjetas o no creen más pines que conecten fraudulentamente con la ETB, o faciliten o permitan la explotación de la infraestructura tecnológica de ésta. Advierte el Tribunal que serán otras las instancias judiciales donde se pueda examinar el comportamiento de las mencionadas sociedades frente a la legislación de su domicilio y sobre todo del lugar donde ejecutan los actos que perjudican a la ETB, los cuales de encontrarse demostrados estarían más allá de la responsabilidad civil por corresponder a conductas fraudulentas violatorias no solo del contrato sino de la ley penal.

Tema principal	Terminación del acuerdo de colaboración celebrado entre ETB y Mercury
----------------	---

Tema Accesorio 1	Incumplimiento de las obligaciones contractuales a cargo de Mercury
Tema Accesorio 2	Indemnización de perjuicios a favor de ETB
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Acuerdo de Colaboración
Subclasificación	Acuerdo de Colaboración para la comercialización de una tarjeta prepago entre ETB como exportador de servicios y Mercury
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)	<p>La posición del Ministerio Público <u>es a favor</u> de la convocante ETB.</p> <p>El procurador 56 Judicial Administrativo Doctor Jorge Eduardo Ovalle Useche hace unos precisiones respecto del problema planteado y en cuanto a la competencia del tribunal, cita la sentencia C-1038 de Corte Constitucional y concluye que de acuerdo a lo ordenado por la Corte Constitucional el arbitramento está sometido en todas sus etapas a la regulación legal específica. La competencia de los árbitros está restringida al asunto que las partes plantean, por ende en el caso que nos ocupa, de acuerdo a la cláusula compromisoria, el Tribunal es competente para adelantar el proceso correspondiente.</p> <p>Luego hace un análisis sobre el incumplimiento contractual y respecto de las justificantes del mismo señala que en el caso sub-examine la excepción de fuerza mayor o caso fortuito no tendría vocación de prosperidad, si se propusiera. No se aprecia, por ninguna parte la IRRESISTIBILIDAD que tal eximente de responsabilidad demanda. En el caso sub-examine no puede operar entonces la teoría de la imprevisión porque no se puede predicar la existencia de un hecho exógeno a las partes, ni que ese hecho haya alterado en forma extraordinaria la ejecución del contrato, y tampoco que no fuere razonablemente previsible por los cocontratantes al momento de la celebración del contrato.</p> <p>Además concluye que hubo incumplimiento del contrato por parte de Mercury Telco Group Inc. Como contratista pues las pruebas que obran en el expediente indican que dicho contratista: no canceló a favor de ETB en forma oportuna las participaciones que le correspondían, desconoció sus obligaciones con ETB convenidas para el momento de la terminación del acuerdo, impulsó o permitió el uso ilegal de la infraestructura técnica de ETB a través de tarjeta prepago que jamás fueron autorizadas por ETB, carecía de las autorizaciones legales que declaró tener cuando suscribió el acuerdo e incumplió con sus deber de liquidar oportunamente el acuerdo.</p> <p>La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y el lucro cesante, por no haberse cumplido la obligación o haberse cumplido imperfectamente, por consiguiente de acuerdo a los dictámenes periciales y con el estudio contratado con la ETB, Mercury debe pagar a ETB la suma de US\$5'299.040,96 como consecuencia del incumplimiento del contrato. A su vez, Mercury</p>

	<p>debe reconocer y pagar intereses moratorios a ETB liquidados la tasa LIBOR más tres puntos.</p> <p>Finalmente, el procurador delegado manifiesta que todas las pretensiones de la demanda deben prosperar y así lo sugiere al Honorable Tribunal de Arbitramento.</p>
VI. FUENTES RELEVANTES	
Normativas	<p>Constitución Política de Colombia: Art. 116 inciso 4to (Particulares investidos transitoriamente de la función de administrar justicia)</p> <p>Código de Procedimiento Civil: Art. 315 #1,3 (Práctica de la Notificación Personal) Art. 320 (Notificación por aviso) Art. 428 (Demanda, admisión, traslado y contestación) Art. 205 (Citación de parte y de terceros a interrogatorio) Art. 207 (Requisitos del interrogatorio de parte) Art. 209 (Posposición de la audiencia) Art. 210 (Confesión ficta o presunta) Art. 177 (Carga de la prueba) Art. 191 (Notoriedad de los indicadores económicos) Art. 392 (Condena en costas) Art. 393 (Liquidación)</p> <p>Código de Comercio Art. 822 (Aplicación del Derecho Civil)</p> <p>Código Civil Art. 1494 (Fuente de las Obligaciones) Art. 1502 (Requisitos para obligarse) Art. 1603 (Ejecución de buena fe) Art. 1602 (Los contratos son ley para las partes) Art. 1613 (Indemnización de perjuicios) Art. 1614 (Daño emergente y lucro cesante) Art. 1757 (Persona con la carga de la prueba) Art. 1615 (Causación de perjuicios)</p> <p>Decreto 1818 de 1998 Art. 144 Derogado por la ley 1563 de 2012</p>
Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)	<p>Sentencia del 17 de Junio de 1997 de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia, expediente No. 4781, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss</p> <p>Sobre los efectos de, pacto arbitral expuso síguese que son de dos clases los efectos que la cláusula compromisoria produce, unos de clara estirpe contractual y de carácter positivo en cuya virtud quedan obligadas las partes a estar y pasar por lo estipulado, habida cuenta que la situación así creada en ejercicio de la autonomía de la voluntad recibe el tratamiento</p>

normativo general que señalan los arts. 1602 y 1603 del C. Civil, al paso que otros son propiamente procesales en la medida en que al igual que el compromiso, la cláusula en examen "...da origen illico - es decir aun antes de que los árbitros sean nombrados o acepten o entren de todos modos en función - a una excepción de improcedibilidad -vg, de incompetencia-, proponible ante la autoridad judicial, siempre que una de las partes acuda a ella con una demanda suya en orden a controversias comprendidas - o que las demás partes conceptúen comprendidas - en la cláusula, en cuyo caso decidirá la autoridad judicial misma si efectivamente aquella excepción es o no es fundada..." (Enrico Redenti. Derecho Procesal Civil. Tomo III, Cap.6º, Num. 266)" 2 .

Sentencia del 4 de Diciembre de 2006 del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Expediente: 32871, Consejero Ponente: Mauricio Fajardo Gómez

Las estipulaciones fijadas como requisito previo a la convocatoria del Tribunal de Arbitramento, en manera alguna pueden convertirse en requisitos de procedibilidad para acudir a la justicia arbitral, lo cierto es que esas estipulaciones no están llamadas a generar efectos procesales frente al juez arbitral, puesto que las partes no se encuentran facultadas para fijar, crear o convenir requisitos de procedibilidad que sólo pueden establecerse por vía legislativa (Tal como, por ejemplo la Ley 640 estableció la conciliación prejudicial como requisito de procedibilidad en algunos casos específicos), máxime si se tiene presente que las normas procesales son de orden público, de derecho público y, por ende, de obligatorio cumplimiento, de conformidad con los dictados del artículo 6 del C. de P. C.

Así pues, la inobservancia de esos requisitos convencionales, en manera alguna pueden tener efectos procesales frente a los árbitros, para impedirles que asuman conocimiento del asunto, ni tienen entidad para afectar la validez de sus decisiones.

Sentencia del 16 de Febrero de 1994 de la Corte Suprema de Justicia, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Schloss

En cuanto a los efectos de la confesión ficta o presunta se trata, pues, de un medio artificial de convicción que tendrá la misma fuerza que a las confesiones reales y verdaderas se les atribuye, en la medida en que, de un lado, no exista dentro del proceso prueba en contrario (art.201 C.P.C.), y de otro, que se cumplan los requisitos previstos en el artículo 195 ibídem específicamente para la validez de toda prueba de confesión, desde luego junto con los generales que para la producción regular de cualquier medio probatorio trae la ley procesal civil, además de lo cual es preciso tener en cuenta que cuando dicha confesión ficta se produce por la no concurrencia del citado, debe dejarse testimonio escrito de ello en el proceso para que, con apoyo en esa constancia,

pueda la parte que acudió a formular el interrogatorio hacerlo valer contra su contradictor como prueba suficiente de los hechos que soportan sus pretensiones o defensas -según el caso-, siempre y cuando dentro de los tres días siguientes a aquél en que debía concurrir, quien debía absolver el interrogatorio no haya probado siquiera sumariamente que no pudo hacerlo por motivos justificados (art. 209 C.P.C.).

Sentencia del 4 de Noviembre de 1998, de la Corte Constitucional C-622 de 1998, M.P. Fabio Morón Díaz

En el caso de la confesión ficta, se reitera, ella es apenas una presunción legal que como tal admite prueba en contrario, y que deberá ser desvirtuada si en el proceso reposa o a él se allega, previo el cumplimiento de las formalidades legales, prueba o indicio que así lo determine; en cuanto a los indicios, éstos son pruebas indirectas por excelencia, esto es, "...que a partir de algo conocido y por virtud de una operación apoyada en las reglas de la lógica y en las máximas de la experiencia, se establece la existencia de una cosa desconocida.

Sentencia T – 442 de 1994 Corte Constitucional, M.P. Antonio Barrera Carbonell

Evidentemente, si bien el juzgador goza de un gran poder discrecional para valorar el material probatorio en el cual debe fundar su decisión y formar libremente su convencimiento, inspirándose en los principios científicos de la sana crítica (C.P.C., art.187 y C.P.L., art.61), dicho poder jamás puede ser arbitrario; su actividad evaluativa probatoria supone necesariamente la adopción de criterios objetivos, racionales, serios y responsables. No se adecúa a éste desiderátum, la negación o valoración arbitraria, irracional y caprichosa de la prueba, que se presenta cuando el juez simplemente ignora la prueba u omite su valoración o sin razón valedera alguna no da por probado el hecho o la circunstancia que de la misma emerge clara y objetivamente.

Sentencia de la Corte Constitucional, del 25 de Febrero de 1993, C- 070/1993, M.P. Eduardo Cifuentes Muñoz

Las reglas de la carga de la prueba en materia civil han decantado hasta el punto que es posible resumir su doctrina en tres principios jurídicos fundamentales: "onus probandi incumbit actori", al demandante le corresponde probar los hechos en que funda su acción; "reus, in excipiendo, fit actor", el demandado, cuando excepciona, funge de actor y debe probar los hechos en que funda su defensa; y, "actore non probante, reus absolvitur", según el cual el demandado debe ser absuelto de los cargos si el demandante no logra probar los hechos fundamento de su acción. Los anteriores principios están recogidos en la legislación sustancial (CC art. 1757) y procesal civil colombiana (CPC art. 177) y responden principalmente a la exigencia para la persona que afirma algo de justificar lo afirmado con el fin de persuadir a otros sobre su verdad. Las reglas generales de la carga de

la prueba admiten excepciones si se trata de hechos indefinidos o si el hecho objeto de prueba está respaldado por presunciones legales o de derecho.

En el primer evento, se trata de aquellos hechos que por su carácter fáctico ilimitado hacen imposible su prueba para la parte que los aduce. Las negaciones o afirmaciones indefinidas no envuelven proposiciones que puedan ser determinadas por circunstancias de tiempo, modo o lugar. La imposibilidad lógica de probar un evento o suceso indefinido -bien sea positivo o negativo- radica en que no habría límites a la materia o tema a demostrar.

Ello no sucede cuando se trata de negaciones que implican una o varias afirmaciones contrarias, de cuya probanza no está eximida la parte que las aduce. A este respecto establece el inciso 2 del artículo 177 del C.P.C.: "Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba".

A la persona o sujeto procesal favorecido por la presunción sólo le basta demostrar el hecho conocido que hace creíble el hecho principal y desconocido, de cuya prueba está exento. Corrientemente la presunción conlleva el desplazamiento de la carga de la prueba a la parte contraria, salvo cuando se trata de las presunciones iuris et de iure, que no admiten prueba en contrario.

Las excepciones al principio general de "quien alega, prueba", obedecen corrientemente a circunstancias prácticas que hacen más fácil para una de las partes demostrar la verdad o falsedad de ciertos hechos.

En uno y otro evento el reparto de las cargas probatorias obedece a factores razonables, bien por tratarse de una necesidad lógica o por expresa voluntad del legislador, para agilizar o hacer más efectivo el trámite de los procesos o la protección de los derechos subjetivos de la persona.

Sentencia del Consejo de Estado del 16 de marzo de 2000, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Tercera, Consejero Ponente: Ricardo Hoyos Duque, Rad: 10442

Es principio general del derecho civil, que los contratos se celebran para cumplirse y, en consecuencia, que el deudor debe estar dispuesto a ejecutarlos íntegra, efectiva y oportunamente.

Los arts. 1615 y 1617 del Código Civil establecen que en casos como el que se examina, la obligación de indemnizar perjuicios se causa desde el momento en que el deudor se ha constituido en mora, y que el acreedor no tiene necesidad de justificar perjuicios cuando sólo cobra intereses ya que basta el mero hecho del retardo. A su vez, el artículo 1608 de la misma obra señala que el deudor está en mora cuando, como en el presente caso, no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado.

Por intereses moratorios, se entiende "los que corresponden a la indemnización de perjuicios que debe satisfacer el

	<p>deudor cuando ha incurrido en mora de pagar la cantidad debida. En las obligaciones de origen contractual llámense convencionales, cuando han sido fijados por las partes que celebraron el contrato y legales los que por falta de estipulación al respecto son determinados por la ley.</p>
<p>Jurisprudencia Arbitral ((indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Laudo Arbitral del 28 de Octubre de 2008 que se adelantó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá entre la Electrificadora de Santander S.A. E.S.P. y la Central Termoeléctrica El Morro S.A. E.S.P.</p> <p>Al referirse al convenio de las partes de agotar etapas de arreglo directo antes de acudir al arbitraje, señaló que tales acuerdos no pueden entenderse como derogación de normas procesales o creación de ritos de procedimiento, pues tal asunto le es vedado a los particulares, ya que esas estipulaciones corresponden a aspectos de categoría superior que por ser de orden público son de obligatoria observancia para todos.</p> <p>Laudo Arbitral del 20 de Diciembre de 2005 que se profirió en proceso arbitral que se adelantó ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá entre Nec Corporation y otros contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones – Telecom en liquidación</p> <p>Según el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil, "Incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen. Los hechos notorios y las afirmaciones o negaciones indefinidas no requieren prueba." Toda norma jurídica está integrada por dos partes distintas: en primer lugar, por un supuesto de hecho; y en segundo lugar, por un efecto jurídico que se atribuye al hecho una vez realizado. Si alguien pide al juez declarar que un deudor no satisfizo la obligación a su cargo proveniente de un contrato, y que esta violación le causó un daño que el deudor demandado debe reparar, al acreedor demandante le corresponderá probar el supuesto de hecho de la norma que establece la responsabilidad, esto es, que ha sufrido un daño y que este daño es una consecuencia del incumplimiento de la obligación contractual del deudor. En efecto, daño, culpa y relación de causa a efecto entre ésta y aquél son los tres elementos que constituyen el supuesto de hecho en la responsabilidad contractual, esto es, en la derivada del incumplimiento o del cumplimiento defectuoso o tardío de obligaciones cuya fuente sea un contrato válidamente celebrado.</p> <p>A su vez, siempre que se le impute al deudor haber violado obligación a su cargo proveniente de contrato, éste no puede afrontar exitosamente la pretensión del acreedor demandante sino demostrando una de dos cosas: o que cumplió esa obligación porque satisfizo la prestación debida en el tiempo y de la manera previstas en el contrato, o que la obligación se extinguió por causa distinta al pago, entre las cuales se cuenta el no haber podido cumplirla porque una circunstancia</p>

imprevista y superior a sus fuerzas le impidió hacerlo. Es esto lo que significa el artículo 1757 del Código Civil cuando impone la prueba de la extinción de la obligación al deudor que alega dicha extinción.

Ahora bien: la prueba de que el deudor satisfizo su obligación de la manera y en el tiempo debidos, no es nada distinto de la prueba del pago. En efecto, "El pago efectivo - dice el artículo 1626 del Código Civil- es la prestación de lo que se debe"; el pago -agrega el artículo 1627-1 del mismo Código- "se hará bajo todos respectos en conformidad al tenor de la obligación". Y como respecto a la precisa obligación de dar, hacer o no hacer el deudor se encontraba compelido por la ley y el contrato a obrar con diligencia y cuidado, la prueba del pago supone, por tanto, no solo la demostración de que el deudor dio o hizo lo que debía, sino que dio o hizo lo que debía de la manera y con el cuidado que le imponían la ley y el contrato.

Respecto a obligaciones de dar, las disposiciones de la ley civil colombiana prevén que la obligación de dar lleva implícita la de entregar la cosa debida; que si ésta es una especie o cuerpo cierto, aquélla contiene, además, la de conservarla hasta la entrega, so pena de pagar al acreedor los perjuicios, siempre que éste no se haya constituido en mora de recibir (C. C., art. 1605); que la obligación de conservar la cosa, exige que se emplee en su custodia el debido cuidado (art. 1606 ibidem). Agrega que los riesgos del cuerpo cierto cuya entrega se deba, corren siempre a cargo del acreedor, salvo que el deudor se constituya en mora de efectuarla o que se haya obligado a entregar una misma cosa a dos o más personas en razón de obligaciones distintas. En cualquiera de esos dos eventos, el riesgo de la cosa será de cargo del deudor hasta su entrega (art. 1607).

El incumplimiento de la obligación de dar no está exento de la regla general que sienta el artículo 1757 del Código Civil. Así, pues, corresponde al acreedor de tal obligación acreditar la existencia de ella y le basta con afirmar su incumplimiento para que quede comprometida la responsabilidad contractual del deudor. A éste incumbe, entonces, si pretende liberarse, demostrar que pagó, esto es, que cumplió la obligación en la forma y tiempo debidos, o acreditar que si incumplió, o que cumplió sólo parcialmente o con retardo, fue porque mediaron circunstancias de naturaleza tal, que su incumplimiento, cumplimiento defectuoso o tardío no le es imputable (fuerza mayor, caso fortuito o intervención de elementos extraños tales como la culpa del acreedor o el hecho de una tercera persona). De no demostrarse esos extremos por el deudor de la obligación -se reitera- la ley presume entonces que el incumplimiento es imputable a éste y, siéndolo, el deudor compromete su responsabilidad contractual.

VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	390 Días
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	180 Días
Suspensiones solicitadas por las partes	No
Suspensiones por causa legales	No
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado:</p> <p>PRETENSIONES</p> <p>PRIMERA: declarar que el contrato denominado ACUERDO DE COLABORACIÓN PARA LA COMERCIALIZACIÓN DE UNA TARJETA PREPAGO ENTRE ETB COMO EXPORTADOR DE SERVICIOS Y MERCURY” terminó por vencimiento de su plazo y previo aviso oportuno el día 20 de Septiembre de 2007.</p> <p>SEGUNDA: Declarar que MERCURY incumplió dicho ACUERDO principalmente como consecuencia de: (i) no haber cancelado a favor de ETB en forma oportuna las participaciones que le correspondían; (ii) Por haber desconocido sus obligaciones contractuales convenidas para el momento de la terminación del acuerdo; (iii) por haber impulsado o permitido el uso ilegal de la infraestructura técnica de ETB a través de tarjetas prepago que jamás fueron autorizadas por ETB; (iv) Por haberse comprobado que carecía de las autorizaciones legales que declaró tener en el ACUERDO; (v) Por haber incumplido las obligaciones a su cargo respecto a la oportuna y suficiente información sobre sus actividades; (v) por haber incumplido con su deber de liquidar oportunamente el ACUERDO.</p> <p>TERCERA: Que como consecuencia de la prosperidad de la anterior PRETENSION se condene a MERCURY a pagar la indemnización de todos los perjuicios materiales causados o que se siguen causando a ETB y que se demuestren dentro del presente proceso, junto con los intereses de mora liquidados según lo establecido contractualmente a la tasa moratoria del</p>	<p style="text-align: center;">DECISIÓN</p> <p>PRIMERA: procede</p> <p>SEGUNDA: procede</p> <p>TERCERA: procede</p>

LIBOR mas 3 puntos, desde la fecha en que se produjo el perjuicio hasta cuando se realice el respectivo pago. Para efectos de su conversión a moneda legal colombiana el monto final de esta condena deberá utilizar la tasa representativa del mercado (TRM) del día de la sentencia, habida cuenta que se trata de una operación de comercio exterior bajo la modalidad de exportación de servicios. La condena en perjuicios deberá incluir asimismo el monto que corresponda a todos los perjuicios demostrados que se causen con posterioridad a la presentación de esta demanda y hasta la fecha del laudo.

CUARTA: Que como consecuencia de la prosperidad de la pretensión SEGUNDA se ordene a MERCURY cesar de inmediato el uso, comercialización o explotación ilegal directa o indirecta de cualquier tarjeta prepago que implique la ilegal utilización de la infraestructura técnica o la activación de PIN NUMBERS que direccionen las llamadas hacia ETB. Para tal efecto el Tribunal ordenará la ejecución de todas las medidas necesarias encaminadas a proteger a ETB del uso ilegal de su infraestructura, incluyendo la autorización para permitir cualquier mecanismo técnico al alcance de ETB para evitar que se continúe haciendo uso ilegal de su infraestructura y la orden perentoria a MERCURY y a la compañía AURIS TECHNOLOGY que le sirve de plataforma tecnológica tendiente a evitar que existan activaciones ilegales de PINES que conecten con la infraestructura tecnológica de ETB.

QUINTA: Que se declare que MERCURY, conforme a lo establecido en el ACUERDO, debe responder y mantener indemne a ETB por cualquier reclamo proveniente de usuarios o tarjetahabientes que pudieren verse afectados por las medidas que adopte o llegue a adoptar ETB en procura de impedir el acceso a su infraestructura

CUARTA: procede

QUINTA: procede

tecnológica por medio de tarjetas prepago no autorizadas. SEXTA: Que en caso de oposición se condene a LOS DEMANDADOS en costas con inclusión de agencias en derecho a su cargo”.	SEXTA: procede
Decisión unánime	Sí
Salvamento de voto	NO
Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal	Sí
Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal	
Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención	NO HAY
Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención	NO HAY
EXCEPCIONES Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención (si es del caso debe incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)	NO HAY
Valor de la decisión	\$16.404'180.718,72
Valor de las costas y agencias en derecho	\$205'150.000
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	NO
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	NO
Recurso de Revisión	NO
Acción de Tutela	NO
Conciliación total	NO
Conciliación parcial	NO

LAUDO EFICACIA S.A VS. COLOMBIA MOVIL

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES	
I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Derecho
Convocante	Eficacia S.A.
Nacionalidad del convocante	Colombiana – Cali

Naturaleza del Convocante	S.A.
Sector de Actividad Económica (nacional, dptal o mpal)	Nacional
Convocado	Colombia Móvil S.A. E.S.P.
Nacionalidad del convocado	Colombiana – Bogotá
Naturaleza del Convocado	S.A. E.S.P.
Subsector del sector público (Hacienda, salud, pensiones, financiero)	G4741
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C., 04/08/09
Centro de arbitraje	Cámara de Comercio de Bogotá, Centro de Arbitraje y Conciliación
Árbitros	Anne Marie Müerrle Rojas
	Alfredo Vásquez Villareal
	Rodrigo Lozano Villa
Secretario (a)	Luis Felipe Botero Aristizábal
Se presentó demanda de reconvención	Sí
Cuantía de la demanda principal	\$278.923.569 (suma compensada)
Cuantía de la demanda de reconvención	\$57.121.543 (suma compensada)
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<p>Primera parte: hechos relativos a los antecedentes contractuales</p> <p>En el mes de octubre de 2005, por medio de la junta directiva de Colombia Móvil se decidió iniciar un proceso de selección tendiente a contratar servicios de ventas y atención al cliente. Por lo anterior, en dicho proceso mediante invitación privada de ofertas, resultó adjudicataria del contrato la sociedad Eficacia. Antes de la suscripción del contrato, las partes se reunieron el 14 de febrero de 2006 para implementar el proceso de prestación de servicio de outsourcing, tomando en cuenta las solicitudes presentadas por Colombia Móvil.</p> <p>El 1 de marzo de 2006 se suscribió el contrato, materia de la demanda, denominado “contrato de prestación de servicios de outsourcing de ventas y servicio al cliente”.</p> <p>Los puntos relevantes del contrato para este proceso son:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Numeral 2.2 de la cláusula segunda sobre servicios a cargo de Eficacia, lo que la obligaba a que la prestación de servicios se hiciera de acuerdo a los procedimientos generales establecidos por Colombia Móvil. - Numeral 2.5 establece que la prestadora del servicio (eficacia), sin la previa autorización expresa de Colombia Móvil, no puede ajustar o modificar su estructura, con el fin de mejora la eficiencia en la prestación del servicio. <p>El precio del contrato en principio fue fijado en catorce mil millones de pesos y luego fue adicionada en cuatro mil doscientos millones (Modificadorio no. 1 de 16 de febrero de 2007), luego en hasta mil millones más (Modificadorio no. 2 de 19 de febrero de 2007 y en cinco mil doscientos millones (Modificadorio no. 3 mayo 31 de 2007). Lo anterior prueba que el contrato se estaba ejecutando cumplidamente, pues de lo</p>

contrario Colombia Móvil no habría modificado tres veces para aumentar el valor.

La cláusula tercera señala como obligación a cargo de Colombia Móvil no sólo pagar por los servicios contratados, sino también producir mensualmente, si fuere el caso, los descuentos por incumplimientos en los niveles de servicio, los cuales no podían practicarse en otros periodos ni mucho menos en forma acumulativa.

En cuanto a la terminación del contrato, la cláusula séptima dice que el contrato prescribe en 24 meses, prorrogables hasta en dos oportunidades, y establece que Colombia Móvil tiene la posibilidad de ponerle fin al mismo de manera anticipada si antes del vencimiento, se agota el valor total del mismo o por incumplimiento del objeto del contrato.

Teniendo en cuenta lo anterior, es claro que el valor del presupuesto se agotó antes del vencimiento, pero Colombia Móvil adicionó su valor, voluntariamente, aún cuando podía no hacerlo bien por falta de disponibilidad presupuestal o porque Eficacia hubiere incumplido sus obligaciones, pero como esto no sucedió se descarta la posibilidad de que Eficacia hubiera incumplido con las obligaciones que asumió. De igual manera, la cláusula séptima prevé hipótesis bajo las cuales Colombia Móvil podía declarar la terminación unilateral del contrato, sin embargo el contrato no terminó por ninguna de estas razones.

En este orden de ideas, vale la pena traer a colación la cláusula octava que prevé hipótesis de incumplimiento por parte de Eficacia, con un derecho de retención a favor de Colombia Móvil y con la facultad de imponer multas, no obstante estas facultades no fueron ejercidas por Colombia Móvil.

La cláusula décima predispuesta por Colombia Móvil consagra lo siguiente:

- Prescribe la indemnidad que Eficacia debía garantizar a Colombia Móvil. Por lo cual para poner en marcha la misma, Colombia Móvil debía requerir previamente a Eficacia para exigirle el cumplimiento de sus obligaciones, lo que no hizo.

Se alega por parte de Eficacia que no ha ocurrido ninguna de las hipótesis que le permitan a Colombia Móvil ejercer la obligación de indemnidad.

Uno de los anexos del contrato corresponde a un contrato de comodato, predispuesto por Colombia Móvil que regulan las relaciones de las partes en cuanto al manejo de los equipos y bienes que fueron suministrados por Colombia Móvil a Eficacia. En cuanto a este último contrato (comodato) hubieron discrepancias dado que hubieron equipos faltantes y el deterioro de otros, por ende Colombia Móvil exigió a Eficacia compensaciones exorbitantes.

Segunda parte: hechos más relevantes presentados durante la ejecución de contrato y sus antecedentes inmediatos

El contrato controvertido tenía por objeto la prestación de un outsourcing comercial para las áreas comerciales y de servicio al cliente de Colombia Móvil, por lo cual nunca se acordó explícitamente la prestación de servicios para la detección, control o prevención de fraudes conexos con su actividad comercial, que no estaban a cargo ni fueron asumidos por Eficacia.

Los servicios convenidos con Eficacia estaban llamados, en lo comercial, a ser prestados en puntos de venta rotulados con las marcas comerciales que ha exorado Colombia Móvil durante la vigencia del contrato (Ola y Tigo), guiados dichos puntos de venta por dos estrategias comerciales propias de Colombia Móvil que entre las partes se conocieron como tiendas propias y retail.

En este orden de ideas, las tiendas propias eran locales comerciales de propiedad de Colombia Móvil, atendidos por personal de esa empresa, en donde también había personal de Eficacia, los retail eran espacios ubicados dentro de grandes superficies comerciales en las cuales se ubicaba personal de Eficacia con roles de impulso de ventas que se desarrollaban según los métodos de Colombia Móvil.

Vale la pena mencionar que para el 6 de febrero de 2006, antes de suscribirse el contrato, Colombia Móvil le presentó a Eficacia un documento denominado "Informe presunto fraude tienda propia Pepe Sierra" en la cual hace referencia a una serie de presuntas irregularidades ocurridas en sus tienda propia, derivadas de hechos sucedidos en el mes de noviembre de 2005, época para la cual no existía vínculo contractual entre las partes, sino entre Colombia Móvil y Extras S.A., persona jurídica distinta de Eficacia. De igual manera este informe incluye alusiones a empleados de Eficacia, como partícipes de las presuntas irregularidades a que se refiere ese documento, dejando de lado que esto solo podría imputarse a los trabajadores de las sociedades Extras S.A. O Activos S.A., desconociendo así que Eficacia en ejecución de su objeto social no puede suministrar trabajadores en misión.

Además de lo ya mencionado, Colombia Móvil también envió varias comunicaciones a Eficacia con el propósito de que esta última respondiera por fraudes de sus supuestos empleados, lo cual fue rechazado.

Por medio de la comunicación de 29 de septiembre de 2006, Eficacia fijó su posición al decir que rechazaba la pretensión de Colombia Móvil para que Eficacia le suministrara personal para detección y control de fraudes porque sería controladores y verificadores de sus propias labores, y el contrato, adicionalmente, no contempla labores de esta índole.

Con fundamento en todo lo anterior, Colombia Móvil dirigió a Eficacia comunicación del 27 de noviembre de 2006 en la cual repitió en su unilateral interpretación del pacto de indemnidad contenido en el contrato y amenazó con poner en marcha la facultad prevista de ponerle fin anticipadamente invocando una justa causa. Lo anterior fue respondido por Eficacia

estableciendo que la cláusula de indemnidad prospera para resarcir a Colombia Móvil por daños y perjuicios que le pudiere haber causado Eficacia, no obstante no hay probanza de ninguna índole sobre los daños y perjuicios.

A finales de 2006 y comienzo de 2007, las partes se reunieron con el fin de dialogar sobre la reconducción de algunos aspectos de su negocio, por ende convinieron en suscribir un contrato de transacción con el propósito de evitar o precaver un eventual litigio. Así, el 19 de Enero de 2007 convinieron el texto definitivo del citado contrato de transacción, el cual fue remitido por Colombia Móvil a Eficacia, demostrando así que los términos de la transacción a que llegaron estaban plenamente convenidos entre ella, bastando para ello la firma de los representantes legales.

Los descuentos convenidos en la transacción no fueron practicados por Colombia Móvil en las oportunidades convenidas, pues Colombia Móvil guardó silencio sobre el tema hasta el día 8 de marzo de 2007 cuando se dirigió a Eficacia por medio de comunicación de esa fecha, en la misma Colombia Móvil relató que había verificado los consumos adicionales registrados con cargo a las líneas de dotación del personal de Eficacia en contando un saldo a su favor de \$32'296.962. Lo anterior implica que Colombia Móvil no tenía la intención de suscribir la Transacción porque aspiraba a practicar descuentos por conceptos y valores no expresados en ella.

En la misma comunicación mencionada Colombia Móvil remitió dos originales del acuerdo de transacción debidamente anulado, junto con dos nuevas versiones para su correspondiente legalización, lo cual denota la mala fe contractual de Colombia Móvil ya que en la nueva versión de la transacción se evidenciaba su desnaturalización y además, carecía de utilidad práctica.

La respuesta de Eficacia se dio el 15 de marzo de 2007 en la cual fijó su posición sobre el inexplicable cambio de actitud de Colombia Móvil, la rechazó y la convocó para buscar una solución directa, a lo cual no se obtuvo ninguna respuesta.

Teniendo en cuenta que no fue posible realizar una reunión entre las partes, Colombia Móvil a pesar de su renuencia a suscribir contrato de transacción, lo ejecutó a su acomodo.

El 5 de julio de 2007, Colombia Móvil en una comunicación a Eficacia recordó que procedería a descontar la suma de \$28'511.452 de la facturación pendiente, como había quedado establecido en comunicación del 26 de junio de 2007.

En comunicación del 27 de julio de 2007, Eficacia respondió a la anterior comunicación, rechazando el inexplicable descuento, por lo cual daba por terminado el contrato con la anticipación debida.

En este orden de ideas, Colombia Móvil aceptó y avaló la determinación anterior de Eficacia.

En síntesis, Colombia Móvil practicó unilateral e infundadamente descuentos a Eficacia en los meses de junio y julio de 2007 por un valor total de \$57'234.490 que equivale al valor total de los extraconsumos unilateralmente determinados por ella.

	<p>El 15 de agosto de 2007 el apoderado de Eficacia se reunió con directivos de Colombia Móvil en donde las partes convinieron:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Que se encontraban de acuerdo en la recíproca conveniencia de dar por terminado el Contrato - Que los puntos de divergencia serían resueltos por un Tribunal de Arbitramento - Colombia Móvil informó a Eficacia que había seleccionado a Activos S.A. para que le siguiera prestando el outsourcing objeto del contrato. <p>Las partes también identificaron diferencias esenciales:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Colombia Móvil reclamaba por sumas de dinero que a su juicio le adeudaría Eficacia por supuestos fraudes que se habrían cometido por su personal durante la ejecución del Contrato, por sobre consumos o extra consumos frente a los planes de telefonía móvil de los Asesores de Eficacia, así como por pérdida de las terminales. - Colombia Móvil se oponía a asumir los cargos de las empleadas en estado de embarazo y sostenía que ellas deben migrar hacia Activos S.A. Junto con el resto del personal que Eficacia había vinculado bajo el contrato y se mantenía en su posición a la práctica de toda suerte de descuentos más allá de los convenios y autorizados en el mes de enero de 2007. <p>En reunión del 17 de agosto de 2007 se acordó entre las partes que el personal en estado de embarazo en todo el país sería trasladado a la nueva empresa que manejaría el personal hasta entonces suministrado por Eficacia.</p>
<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS</p>	
<p>Problema(s) jurídico(s) principal(s)</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. ¿Hubo incumplimiento por parte de Colombia Móvil frente a las obligaciones que asumió con Eficacia? 2. ¿Hubo incumplimiento por parte de Eficacia frente a las obligaciones que asumió con Colombia Móvil? 3. ¿Colombia Móvil está en la obligación de contratar directa o indirectamente a todo el personal que se encontraba en estado de embarazo, y que prestaba sus servicios a través de Eficacia, con posterioridad a la terminación del contrato materia de este proceso? 4. ¿El contrato de transacción es válido, eficaz y produce plenos efectos entre las partes?
<p>Ratio decidendi</p>	<ol style="list-style-type: none"> 1. De todo lo anterior se colige, que la pretensión primera de la demanda sólo prospera parcialmente, pues se considera que efectivamente Colombia Móvil incumplió el contrato al no pagar oportunamente las sumas adeudadas a Eficacia, como consecuencia de aplicar la

cláusula 10.2 a una situación no prevista en ella, circunstancia que causó perjuicios a la demandante, en los términos en los que se hará referencia más adelante.

En los términos antes expuestos queda claro que la defensa que a título de excepción que planteó Eficacia frente a la demanda de reconvencción, denominada “Petición extemporánea” no queda demostrada.

Así mismo, la excepción de “cumplimiento de contrato” propuesta por el apoderado de Colombia Móvil no prospera.

2. En virtud de lo anterior, el Tribunal estima que los funcionarios de Eficacia debían actuar con diligencia y cuidado a la hora de verificar la información de los potenciales clientes, para continuar con el proceso de activación de la línea.

Así las cosas, es preciso puntualizar lo antes expuesto no implica que los funcionarios de Eficacia asumían una obligación de resultado, en el sentido de que, una vez realizada la venta, debían garantizar que el abonado hiciera buen uso de ella, no, hasta allá no se extiende su deber de diligencia, pero sí, como se ha dicho, a la mínima verificación de la información que suministraban quienes pretendían adquirir una línea.

Lo anterior, si se tiene en cuenta además, que de su objeto social se deduce que el negocio de Colombia Móvil no es la venta de terminales, sino de obtener abonados para el servicio de telefonía móvil, de manera que la mencionada verificación se considera como integrante fundamental en la prestación del servicio de ventas que le fue contratado a Eficacia.

Con fundamento en lo antes expuesto, se hace evidente que Eficacia no cumplió todas las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de outsourcing, por lo cual la pretensión segunda de la demanda no habrá de prosperar.

De la misma manera, el medio de defensa planteado por el apoderado de la demandante y demandada en reconvencción en el sentido de que “Eficacia, ni ningún sujeto de derecho, está obligado a lo imposible, máxime cuando las imputaciones que se formulan en su contra se basan en hechos ajenos por completo a su control” no se encuentra demostrado.

Así mismo, la excepción de “incumplimiento de contrato por parte de la convocante, propuesta por el apoderado de Colombia Móvil, prospera.

3. Pretende la parte convocante que el Tribunal emita un pronunciamiento declarativo en el sentido de afirmar que Colombia Móvil está obligada a contratar a todo el personal que se encontraba en estado de embarazo que prestaba sus servicios a Colombia Móvil al momento de la terminación del contrato.

Observa el Tribunal, de la lectura del Contrato de Outsourcing, que en ninguna de sus cláusulas, anexos ni acuerdos modificatorios, existe una provisión en este sentido, es decir, que

obligue a Colombia Móvil en el momento de la terminación del contrato, por cualquier causa, a acoger en su nómina o hacer que un tercero lo haga, al personal de Eficacia en estado de embarazo.

El Tribunal no desconoce la afirmación de la parte convocante, y reconoce que bien es cierto que las trabajadoras en estado de embarazo merecen una especial protección y atención, también es cierto que este mismo fuero o condición especial otorga a la trabajadora que considere vulnerados sus derechos o amenazada su integridad, el derecho de acudir a la jurisdicción laboral con el fin de iniciar las acciones correspondientes dentro del marco de la relación laboral trabajadora - empleador, en este caso, y en el evento en que ocurra (lo cual no está probado) un despido injustificado, una acción de reintegro, de conocimiento exclusivo y prevalente de la jurisdicción laboral a petición de la interesada y no por sugerencia de un tercero.

El Tribunal no puede abocar la protección de un interés jurídico en cabeza de un grupo de personas que, de tener necesidad de hacerlo, deben acudir a la jurisdicción ordinaria laboral para la efectiva protección de sus derechos.

El Tribunal no puede, dentro del marco de su habilitación conferida por las partes, declarar la existencia de la pretendida obligación en cabeza de Colombia Móvil y la imposición de una condena en beneficio de terceros ajenos a la relación contractual objeto del litigio que dio origen a este Tribunal de Arbitramento. Por las razones anteriormente expuestas la pretensión cuarta principal no prospera.

4. Ante cuanto se lleva dicho, el hecho de la presencia de la supervisora del contrato, conocida y acatada como vocera de Colombia Móvil por ambas partes, en la reunión de enero 9, respaldada con la presencia de una vicepresidente de la sociedad, respondiendo la reunión a planteamientos y exigencias hechos y reclamadas por la misma señora Moreno López en su carta de noviembre 27 anterior, aunado todo ello a que es la misma señora quien prepara y envía el proyecto de acta que recoge lo discutido y acordado, y que ella misma se incluye entre quienes deben suscribir dicha acta, que la misma parte denomina "proyecto de contrato", no podía llevar a la contraparte contractual a conclusión distinta de que la señora realmente estaba autorizada por su empresa para discutir y convenir, y que su manifestación de asentimiento no tendría porque ser cuestionada por su aparentemente representada.

Concluye entonces el Tribunal que el acuerdo logrado en la reunión del 9 de enero de 2007, tiene todos los alcances de un contrato de transacción legalmente acordado, sin que la manifestación de voluntad se afecte por las discrepancias que puedan haber surgido al intentarse los términos del acta en que

	se haría constar lo convenido, ni la posterior variación de voluntad que haya podido sufrir Colombia Móvil, y que la haya llevado a abstenerse de firmar el acta en cuestión.
Tema principal	Incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de Colombia Móvil y Eficacia
Tema Accesorio 1	Contratación del personal en estado de embarazo
Tema Accesorio 2	Contrato de transacción
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Prestación de servicios/ Comodato
Subclasificación	Outsourcing de ventas y servicio al cliente/ De equipos y bienes
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	
Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)	Francisco Herrera – Procurador 11 Judicial Administrativo, en representación de la Procuraduría General de la Nación. <u>En contra.</u> Comoquiera que en la demanda se echa de menos la solicitud de declarar el incumplimiento contractual de donde derivaría el supuesto daño causado, cuya reparación se solicita en la pretensión en comento, no sería factible el reconocimiento de perjuicios en esas condiciones pues faltaría justamente el elemento causal, constituido en el incumplimiento de las prestaciones, que sirve de causa de los perjuicios. En virtud del principio de congruencia del laudo con la demanda los señores árbitros no podrían laudar por fuera de lo expresamente pedido y por ello difícilmente se puede llegar a una decisión que reconozca el incumplimiento contractual de Colombia Móvil por cuanto de hacerlo además de resultar extra petita, el fallo contrariaría el principio de congruencia anotado y por tanto ante esa imposibilidad procesal y ante la ausencia sustantiva de dicha causa del daño no se podría reconocer la indemnización de perjuicios solicitada por la convocante al faltar uno de los elementos necesarios de la responsabilidad. En el presente proceso se hace entonces evidente que el hecho causante del daño (el incumplimiento de una prestación contractual) no se puede establecer y por tanto los perjuicios cuyo resarcimiento se quiere, carecen de causa, rompiéndose el esquema de la responsabilidad aquiliana. Dicha imposibilidad de declarar el no pedido de incumplimiento contractual arrastra en su suerte no sólo la primera pretensión de la demanda principal aquí tratada, sino también a las pretensiones 10, 11 y 12 por las mismas razones o por requerir, para su declaración, necesariamente del reconocimiento de un incumplimiento contractual para poderlas despachar favorablemente a los intereses de la demandante Eficacia S.A.
VI. FUENTES RELEVANTES	

<p>Normativas</p>	<p>Código Civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 1618 (Prevalencia de la intención) - Art. 2417 (Carácter voluntario de la prenda) - Art. 1621 (Interpretación por la naturaleza del contrato) - Art. 1604 (Responsabilidad del deudor) - Art. 1732 (Responsabilidad por caso fortuito) - Art. 1603 (Ejecución de buena fe) - Art. 1649 (Pago total y parcial) - Art. 1616 (Responsabilidad del deudor en la causación de perjuicios) - Art. 1609 (Mora en los contratos bilaterales) - Art. 1714 (Compensación) <p>Ley 1231 de 2008:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 773 (La factura) <p>Código de comercio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 871 (Principio de buena fe) - Art. 842 (Representación aparente) - Art. 640 (Requisitos para el suscriptor de título en calidad de representante o mandatario) - Art. 886 (Anatocismo) <p>Decreto 2279 de 1989:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 2 (La cláusula compromisoria) <p>Código de Procedimiento Civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 392 (Condena en costas)
<p>Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Sentencia del 6 de Junio de 1939, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:</p> <p>“Son tres los elementos que han de reunir esta clase de negocios jurídicos extintivos, a saber: (a) una diferencia litigiosa, aún sub iudice; (b) la intención manifiesta de ponerle fin extrajudicialmente o prevenirla; y por último, (c) concesiones recíprocamente otorgadas por las partes.”</p> <p>Sentencia del 26 de mayo de 2006, de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil:</p> <p>“(…) la Corte piensa que es de la esencia del contrato de transacción la consensualidad, y que, por lo mismo, en ese aspecto ninguna incidencia tiene la clase de bienes sobre los cuales recae. (...) Ampliamente se conoce que en desarrollo de la autonomía de la voluntad y la consiguiente libertad contractual, en principio las partes no tienen más ley que su albedrío, y desean que sus relaciones jurídicas se vean libres de cortapisas, porque precisamente entienden que la esencia del negocio jurídico está principalmente en el quererlo. Lo corriente es, pues, que el consentimiento y el avenimiento en un contrato se exprese del modo más natural que se pueda, si ya no es que una norma, de ordinario por razones de interés público, exige que la voluntad sea comunicada de una determinada manera, como cuando</p>

	reclama escritura pública, caso en el cual es preciso que el deseo contractual trascienda más allá de lo estrictamente privado pues habrá que hacérselo saber a un notario en la forma que positivamente se tenga establecido. Si la norma excepcional no aparece, la manifestación del consentimiento será expedita.”
Jurisprudencia Arbitral ((indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)	No se menciona.
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	543
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	273
Suspensiones solicitadas por las partes	93
Suspensiones por causa legales	NO
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado: PRETENSIONES</p> <p>De la convocante y demandada en reconvencción – Eficacia S.A. – Pretensiones principales:</p> <p>Primera: que se declare que el incumplimiento de COLOMBIA MÓVIL de las obligaciones que asumió frente a EFICACIA, bajo la ley y el contrato, entre otras razones, por no haber atendido oportunamente sus obligaciones de pago oportuno del precio convenido en la cláusula tercera del Contrato; por haber ejercido en exceso, de manera unilateral y arbitraria, la facultad de retención de dineros prescrita en el numeral 8.1 de la cláusula octava; por no haber ejercido las medidas de apremio de que trata el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato; por haber aplicado, con la misma medida de arbitrariedad y de manera unilateral y</p>	<p style="text-align: center;">DECISIÓN</p> <p>Pretensión primera: prospera parcialmente pues se considera que efectivamente Colombia Móvil incumplió el contrato al no pagar oportunamente las sumas adeudadas a Eficacia, como consecuencia de aplicar la cláusula 10.2 a una situación no prevista en ella, circunstancia que causó perjuicios a la demandante, en los términos en los que se hará referencia más adelante.</p>

abusiva, la facultad de que trata el numeral 10.2 de la cláusula décima del Contrato y por las demás razones, hechos y motivos a que se hará referencia en los hechos de esta demanda, generó perjuicios a EFICACIA que deberán ser indemnizados por COLOMBIA MÓVIL .

Segunda: que se declare que EFICACIA cumplió con todas y cada una de las obligaciones que asumió frente a COLOMBIA MÓVIL bajo dicho contrato, por haber satisfecho en forma oportuna la totalidad de las obligaciones previstas a su cargo, pese al incumplimiento grave y reiterado de las suyas por parte de COLOMBIA MÓVIL.

Tercera: que como consecuencia de la anterior declaración, se declare que EFICACIA no es responsable de los fraudes, consumos extras, pérdida de terminales (aparatos telefónicos), mal manejo de inventarios y demás imputaciones que sin ninguna prueba ni fundamento legal o contractual le efectuó COLOMBIA MÓVIL y con base en las cuales esta entidad también le practicó, de manera infundada, algunas retenciones y le formuló otros indebidos cargos económicos a que se refieren las pretensiones y los hechos de esta demanda.

Cuarta: que se declare que COLOMBIA MÓVIL está obligada a contratar directamente o a través de la sociedad ACTIVOS S.A. o la que le venga prestando los servicios de outsourcing con posterioridad a la

Pretensión segunda: no prospera.

Pretensión tercera: no prospera.

Pretensión cuarta: no prospera.

terminación del Contrato materia de este proceso, a todo el personal que se encontraba en estado de embarazo que prestaba sus servicios a esa empresa a través de EFICACIA el día de terminación del Contrato, porque, de no hacerlo, estaría incurriendo en la responsabilidad legal inherente a la discriminación que es consecuencia de la desatención del fuero de maternidad, protección que, según la ley y la jurisprudencia constitucional, supera la órbita del contrato individual de trabajo y se extiende a todo aquel que haya sido beneficiario de la actividad personal de la trabajadora en estado de embarazo.

Quinta: que se declare que el Contrato de Transacción de que da cuenta el documento del 15 de enero de 2007, que en el expediente obra como Prueba Documental No. 16, al haber sido convenido por las sociedades COLOMBIA MÓVIL y EFICACIA con el lleno de los requisitos contractuales y de ley, es válido y eficaz y produce plenos efectos entre las partes.

Sexta: que se declare que COLOMBIA MÓVIL está obligada a concurrir en forma voluntaria a la liquidación del Contrato, absteniéndose de practicar retenciones indebidas, de manera inexplicada, sin audiencia o derecho de controversia por parte de EFICACIA, de valores que hacen parte del pago del precio debido a la demandante como contraprestación por los

Pretensión quinta: prospera.

Pretensión sexta: no prospera.

servicios que le fueron prestados hasta la fecha de terminación del Contrato.

Séptima: que se declare que COLOMBIA MÓVIL es responsable de todos los perjuicios directos e indirectos, previsibles e imprevisibles causados a EFICACIA, y como consecuencia de ello, se condene a COLOMBIA MÓVIL al pago de las indemnizaciones a que haya lugar según se solicita enseguida.

Octava: que se declare que COLOMBIA MÓVIL se encuentra en mora de pagar a EFICACIA la suma de seiscientos millones de pesos (\$600'000.000, oo) pesos o la cantidad superior que resulte probada en el proceso, desde las fechas que en cada caso se expresan, que corresponde a servicios efectivamente prestados por EFICACIA a COLOMBIA MÓVIL bajo el contrato de 1° de marzo de 2006 y que la parte demandada se ha negado injustificadamente a pagar y retiene arbitrariamente.

Novena: que como consecuencia de la anterior declaración se condene a COLOMBIA MÓVIL a pagar a EFICACIA, los intereses de mora causados sobre las sumas de dinero contenidas en la pretensión octava anterior, a la máxima tasa autorizada por la ley, desde el momento en que cada una de las sumas en mora se hizo exigible según el Contrato y hasta cuando se verifique efectivamente su pago en cada caso.

Décima: Que como

Pretensión séptima: prospera parcialmente pues no habiendo quedado demostrado que Colombia Móvil hubiera incurrido en dolo en el incumplimiento de sus obligación de pago oportuno, la pretensión en estudio prospera parcialmente, pues la demandada solo se considera responsable por los perjuicios directos y previsibles derivados del citado incumplimiento.

Pretensión octava: no prospera.

Pretensión novena: prospera.

consecuencia de las declaraciones a que se refieren las pretensiones primera a cuarta de esta demanda, se condene también a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a pagar a EFICACIA S.A., dentro de los tres (3) días siguientes al de la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios que le fueron causados en las modalidades de daño emergente y lucro cesante en una suma no inferior a seiscientos millones de pesos (\$600'000.000, 00) o la cantidad superior que resulte probada en el proceso.

Décima primera: Que se ordene la capitalización de intereses prevista en el artículo 886 del Código de Comercio si el Tribunal encontrare que hay lugar a ello de conformidad con la disposición legal invocada.

Décima segunda: Que de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y para preservar el principio de reparación integral del daño, se ordene la actualización de las condenas que se impongan a COLOMBIA MÓVIL atendiendo a los criterios técnicos que corresponda.

Décima tercera: Que se condene a COLOMBIA MÓVIL al pago de las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.

Pretensiones subsidiarias:

Primera: que se declare que COLOMBIA MÓVIL, en el desarrollo y ejecución del Contrato del 1 de marzo de 2006, debidamente identificado

Pretensión décima: no prospera.

Pretensión décima primera: no prospera.

Pretensión décima segunda: prospera.

Pretensión décima tercera: sobre las costas se incluirá un capítulo aparte en este laudo.

en esta demanda, incurrió en abuso del derecho o ejerció en forma abusiva y desmedida sus atribuciones contractuales, entre otras razones, por haber dilatado, retardado y omitido pagos a su cargo bajo pretexto de encontrarse ejerciendo legítimamente tales atribuciones contractuales; por haber ejercido en exceso, de manera unilateral y arbitraria, de mala fe contractual, la facultad de retención de dineros prescrita en el numeral 8.1 de la cláusula octava; por no haber ejercido las medidas de apremio de que trata el numeral 8.2 de la cláusula octava del contrato y haber procedido a aplicar las consecuencias del presunto incumplimiento de EFICACIA sin encontrarse el mismo probado ni haberse oído a EFICACIA sobre las razones que mediaron para que se presentaran los motivos de tales supuestos incumplimientos suyos; por haber aplicado, con la misma medida de arbitrariedad y de forma unilateral y abusiva, y de mala fe contractual, la facultad de que trata el numeral 10.2 de la cláusula décima del Contrato; por sustraerse, indebidamente a las consecuencias de sus propios actos al desconocer que estaba y se encuentra obligada en los términos y bajo las condiciones que libremente convino con EFICACIA al acordar en el texto definitivo del Contrato de Transacción del 15 de enero de 2007 y al pretender alterarlo y

Pretensión primera subsidiaria: habiendo prosperado parcialmente la pretensión primera de la demanda principal, en los términos que se expusieron antes, no hay lugar a formular pronunciamiento alguno sobre la pretensión primera subsidiaria de la demanda principal.

desconocerlo con posterioridad y por las demás razones, hechos y motivos a que se hará referencia en los hechos de esta demanda.

Segunda: que se declare que EFICACIA cumplió con todas y cada una de las obligaciones que asumió bajo dicho contrato por haber satisfecho en forma oportuna la totalidad de las obligaciones previstas a su cargo, pese al incumplimiento grave y reiterado de las suyas por parte de COLOMBIA MÓVIL.

Tercera: que se declare que COLOMBIA MÓVIL está obligada a contratar directamente o a través de la sociedad ACTIVOS S.A. o la que le venga prestando los servicios de outsourcing con posterioridad a la terminación del Contrato materia de este proceso, a todo el personal que se encontraba en estado de embarazo que prestaba sus servicios a esa empresa a través de EFICACIA, el día de terminación del Contrato, porque, de no hacerlo, estaría incurriendo en la responsabilidad legal inherente a la discriminación que es consecuencia de la desatención del fuero de maternidad, protección que, según la ley y la jurisprudencia constitucional, supera la órbita del contrato individual de trabajo y se extiende a todo aquel que haya sido beneficiario de la actividad personal de la trabajadora en estado de embarazo.

Cuarta: que se declare que el Contrato de Transacción de que da cuenta el documento

Las demás pretensiones subsidiarias tienen igual contenido a las principales sobre las cuales ya se pronunció el Tribunal.

del 15 de enero de 2007, que en el expediente obra como Prueba Documental No. 16 de la demandante, al haber sido convenido por las sociedades COLOMBIA MÓVIL y EFICACIA con el lleno de los requisitos contractuales y de ley, es válido y eficaz y produce plenos efectos entre las partes.

Quinta: que se declare que COLOMBIA MÓVIL está obligada a concurrir en forma voluntaria a la liquidación del Contrato, absteniéndose de practicar retenciones indebidas, de manera inexplicada, sin audiencia o derecho de controversia por parte de EFICACIA, de valores que hacen parte del pago del precio debido a la demandante como contraprestación por los servicios que le fueron prestados hasta la fecha de terminación del Contrato.

Sexta: que se declare que COLOMBIA MÓVIL es responsable de todos los perjuicios directos e indirectos, previsibles e imprevisibles causados a EFICACIA, y como consecuencia de ello, se condene a COLOMBIA MÓVIL al pago de las indemnizaciones a que haya lugar según se solicita enseguida.

Séptima: que se declare que COLOMBIA MÓVIL se encuentra en mora de pagar a EFICACIA la suma de seiscientos millones de pesos (\$600'000.000, oo) pesos o la cantidad superior que resulte probada en el proceso, desde las fechas que en cada caso se expresan, que corresponde a servicios

efectivamente prestados por EFICACIA a COLOMBIA MÓVIL bajo el contrato de 1° de marzo de 2006 y que la parte demandada se ha negado injustificadamente a pagar y retiene arbitrariamente.

Octava: que como consecuencia de la anterior declaración se condene a COLOMBIA MÓVIL a pagar a EFICACIA, los intereses de mora causados sobre las sumas de dinero contenidas en las pretensión séptima anterior, a la máxima tasa autorizada por la ley, desde el momento en que cada una de las sumas en mora se hizo exigible según el Contrato y hasta cuando se verifique efectivamente su pago en cada caso.

Novena: que como consecuencia de las declaraciones a que se refieren las pretensiones primera a cuarta de esta demanda, se condene también a COLOMBIA MÓVIL S.A. ESP a pagar a EFICACIA S.A., dentro de los tres (3) días siguientes al de la ejecutoria del laudo que así lo disponga, la totalidad de los perjuicios que le fueron causados en las modalidades de daño emergente y lucro cesante en una suma no inferior a seiscientos millones de pesos (\$600'000.000, 00) o la cantidad superior que resulte probada en el proceso.

Décima: que se ordene la capitalización de intereses prevista en el artículo 886 del Código de Comercio si el Tribunal encontrare que hay lugar a ello de conformidad con

la disposición legal invocada.

Décima segunda: que de conformidad con lo previsto en el artículo 16 de la Ley 446 de 1998 y para preservar el principio de reparación integral del daño, se ordene la actualización de las condenas que se impongan a COLOMBIA MÓVIL atendiendo a los criterios técnicos que corresponda.

Décima tercera: que se condene a COLOMBIA MÓVIL al pago de las costas del proceso, incluidas las agencias en derecho.”

De la convocada y demandante en reconvencción – Colombia Móvil S.A. E.S.P. –

PRIMERA: Que se declare que la sociedad EFICACIA S.A. es responsable contractualmente por todos los daños y perjuicios causados a Colombia Móvil de acuerdo con la cláusula 10.2. del Contrato.

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

a. Por descuentos, penalizaciones y demás conceptos asociados a Fraude por ventas irregulares, pérdidas y hurtos de equipos la suma total de CIENTO CUARENTA MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MIL ONCE PESOS

Primera pretensión: prospera.

Pretensión segunda: prospera.

(\$140.754,011,00), o la mayor o menor que se establezca en el proceso.

b. Por descuentos, penalizaciones y demás conceptos asociados a equipos robados la suma de CUATRO MILLONES NOVECIENTOS OCHO MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y TRES MIL PESOS (\$4.908.943,00), o la mayor o menor cifra que se establezca dentro del proceso.

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

TERCERA: Que se declare que EFICACIA S.A. está obligada a cancelar a Colombia Móvil las sumas que le adeuda por concepto de las cuentas pendientes por pagar por ventas de tarjetas prepago empleadas en las brigadas (blitz) de ventas llevadas a cabo por el personal de EFICACIA S.A.

CUARTA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la sociedad EFICACIA S.A., a reconocer y cancelar a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero:

a. La suma de CIENTO CINCUENTA MILLONES

Pretensión tercera: se abstiene el Tribunal de resolver sobre esta pretensión de la demanda de reconvención, por no ser ella

TRESCIENTOS SESENTA Y NUEVE MIL CIENTO DIECIOCHO PESOS (\$150.369.118.00) o la mayor o menor que quede demostrada en el proceso por concepto de venta de las tarjetas prepago empleadas en las Brigadas de ventas y que EFICACIA no ha pagado a Colombia Móvil S.A. E.S.P.

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

QUINTA: Que se declare que la sociedad EFICACIA S.A., es responsable contractualmente de todos los daños y perjuicios causados a Colombia Móvil por concepto de no devolución y pérdida de elementos de propiedad de Colombia Móvil que habían sido entregados a EFICACIA S.A. en desarrollo del contrato.

SEXTA: Que como consecuencia de la anterior declaración se condene a la sociedad EFICACIA S.A., a reconocer y cancelar a favor de Colombia Móvil S.A. E.S.P., dentro de los cinco (5) días siguientes a la ejecutoria del Laudo, las siguientes sumas de dinero:

a. La suma de DOCE MILLONES DE PESOS

parte de los asuntos comprendidos en la cláusula compromisoria de la cual emana su jurisdicción.

Pretensión cuarta: se abstiene el Tribunal de resolver sobre esta pretensión de la demanda de reconvención, por no ser ella parte de los asuntos comprendidos en la cláusula compromisoria de la cual emana su jurisdicción.

Pretensión quinta: no prospera.

SEISCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL TRESCIENTOS SETENTA Y NUEVE PESOS (\$12.686.379,00) o la mayor o menor que quede demostrada en el proceso por concepto de los elementos entregados a EFICACIA S.A. para el desarrollo del contrato y que no fueron devueltos a Colombia Móvil.

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

SEPTIMA: Que se condene a EFICACIA S.A., a pagar las costas y gastos de este proceso arbitral.

Pretensión sexta: no prospera.

Pretensión séptima: sobre las costas se incluirá un capítulo aparte en este laudo.

Decisión unánime

Sí

Salvamento de voto	No
Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal	No
Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal	Sí
Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención	No
Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención	Sí
<p style="text-align: center;">EXCEPCIONES</p> <p>Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención (si es del caso debe incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)</p>	<p>- Prospera la excepción propuesta por Colombia Móvil S.A. E.S.P. denominada incumplimiento de contrato por parte de la convocante.</p> <p>Problema jurídico: ¿Hubo incumplimiento por parte de Eficacia frente a las obligaciones que asumió con Colombia Móvil? En virtud de lo anterior, el Tribunal estima que los funcionarios de Eficacia debían actuar con diligencia y cuidado a la hora de verificar la información de los potenciales clientes, para continuar con el proceso de activación de la línea. Así las cosas, es preciso puntualizar lo antes expuesto no implica que los funcionarios de Eficacia asumían una obligación de resultado, en el sentido de que, una vez realizada la venta, debían garantizar que el abonado hiciera buen uso de ella, no, hasta allá no se extiende su deber de diligencia, pero sí, como se ha dicho, a la mínima verificación de la información que suministraban quienes pretendían adquirir una línea. Lo anterior, si se tiene en cuenta además, que de su objeto social se deduce que el negocio de Colombia Móvil no es la venta de terminales, sino de obtener abonados para el servicio de telefonía móvil, de manera que la mencionada verificación se considera como integrante fundamental en la prestación del servicio de ventas que le fue contratado a Eficacia. Con fundamento en lo antes expuesto, se hace evidente que Eficacia no cumplió todas las obligaciones a su cargo, derivadas del contrato de outsourcing, por lo cual la pretensión segunda de la demanda no habrá de prosperar. De la misma manera, el medio de defensa planteado por el apoderado de la demandante y demandada en reconvención en el sentido de que “Eficacia, ni ningún sujeto de derecho, está obligado a lo imposible, máxime cuando las imputaciones que se formulan en su contra se basan en hechos ajenos por completo a su control” no se encuentra demostrado. Así mismo, la excepción de “incumplimiento de contrato por parte de la convocante, propuesta por el apoderado de Colombia Móvil, prospera.</p> <p>- Tanto Colombia Móvil como Eficacia propusieron la excepción de contrato no cumplido Ambas partes, como se ha visto, propusieron como excepción de mérito la de incumplimiento de la otra con respecto a sus</p>

	<p>obligaciones contractuales. La abusadísima figura de la exceptio non adimpleti contractus ha venido a ser el último baluarte del contratante incumplido, que se refugia en el incumplimiento del otro. El fundamento de la figura es lo establecido por el artículo 1609 del Código Civil, según el cual:</p> <p>“En los contratos bilaterales, ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debidos.”</p> <p>A través de todo el estudio de las pretensiones y de las pruebas en el presente caso, este Tribunal ha tenido la oportunidad de detectar, comprobar y hacer constar múltiples incumplimientos de sus obligaciones contractuales atribuibles tanto a Eficacia como a Colombia Móvil. Y como sería absurdo y contraevidente concluir que por ser mutuos, los incumplimientos dejan de existir, la única otra solución posible para preservar la igualdad ante la ley, el debido proceso y la equidad, tiene que ser que una parte no podrá esgrimir el incumplimiento de la otra para disculpar el propio.</p> <p>Porque si lo bilateral del incumplimiento le quita su característica de indebido y accionable, el resultado necesario llegaría a que todo caso de incumplimiento mutuo equivaldría a un mutuo disenso que disolvería el contrato, por el desinterés de ambas partes para cumplirlo o lograr que la otra lo cumpla, manifestado expresa o tácitamente.</p> <p>Finalmente, para el Tribunal el efecto de la excepción propuesta conduce a que no haya lugar a la condena de intereses de mora, como quedó dicho con anterioridad.</p> <p style="text-align: center;">- Ambas partes propusieron la excepción de compensación</p> <p>Siendo mutua la propuesta de este medio exceptivo, el Tribunal encuentra que, mas que una defensa, las partes están solicitando que las condenas que se presenten a cargo de ambas partes de cancelen entre sí, para que sobreviva solamente el saldo del mas favorecido, de conformidad con lo dispuesto en artículo 1714 del Código Civil en concordancia con el artículo 392 del Código de Procedimiento Civil.</p>
Valor de la decisión	
Valor de las costas y agencias en derecho	No
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	No
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	No
Recurso de Revisión	No
Acción de Tutela	No

Conciliación total	No
Conciliación parcial	No

LAUDO ACUEDUCTO Y ALCANTARILLADO DE BOGOTA VS. SEGUROS COLPATRIA

FICHA PARA EL ESTUDIO DE LAUDOS ARBITRALES

I. IDENTIFICACIÓN	
Laudo arbitral de:	Derecho
Convocante	Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. y otros
Nacionalidad del convocante	Colombiana
Naturaleza del Convocante	E.S.P.
Sector de Actividad Económica (nacional, dptal o mpal)	Distrital (Bogotá D.C.)
Convocado	Seguros Colpatría S.A.
Nacionalidad del convocado	Colombiana
Naturaleza del Convocado	S.A.
Subsector del sector público (Hacienda, salud, pensiones, financiero)	E3600
Ciudad y fecha del laudo	Bogotá D.C. 22/01/2010
Centro de arbitraje	Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá
Árbitros	Saúl Flórez Enciso
	Ramón Eduardo Madriñán de la Torre
	Fernando Amador Rosas
Secretario (a)	Gabriela Monroy Torres
Se presentó demanda de reconvencción	Sí
Cuantía de la demanda principal	\$506.057.642.00
Cuantía de la demanda de reconvencción	\$17.184.840
II. DESCRIPCIÓN DEL CASO CON CRITERIOS DE TIEMPO, LUGAR Y MODO	<p>La Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. inició un proceso de selección cuyo objeto era recibir ofertas de las compañías de seguros, legalmente establecidas en Colombia y sometidas a la vigilancia permanente de la Superintendencia Financiera, para contratar las pólizas que amparasen los bienes e intereses de su propiedad y de los que fuera o llegase a ser legalmente responsable, mediante invitación pública a proponer, cuya fecha de apertura fue el 11 de octubre de 2005 y de cierre el 1 de noviembre de 2005.</p> <p>Dentro de los seguros a ofertar se encontraba el denominado "Seguro de responsabilidad civil servidores públicos". En las especificaciones técnicas aplicables al seguro en mención, se</p>

dispuso el interés asegurable, la cobertura obligatoria, los cargos y los amparos y cláusulas adicionales obligatorias.

Seguros Colpatria S.A. presentó oferta dentro del proceso de selección para el seguro antes referido, aceptando la totalidad de las condiciones solicitadas por la EAAB E.S.P. Por lo anterior, consignó su oferta técnica para este seguro destacándose los asegurados, amparos y condiciones.

Evaluada la oferta, se consideró adjudicar el seguro a Seguros Colpatria S.A., mediante acta de aceptación de oferta suscrita por la Gerente Jurídica de la EAAB E.S.P. en audiencia del 15 de noviembre de 2005, con un plazo de ejecución de 24 meses.

Con base a lo anterior, Seguros Colpatria S.A. aportó póliza que no correspondía a la oferta formulada, por lo cual la EAAB E.S.P. le solicitó el cambio integral de este documento por una póliza donde constara el real alcance, amparos y coberturas contratados a través de la referida invitación pública. Seguros Colpatria S.A. expidió una póliza cuya vigencia técnica fue de 30 de noviembre de 2005 a 30 de noviembre de 2006.

Tras comunicaciones enviadas entre las partes, se concluyó que la modalidad de cobertura otorgada a la póliza encuentra su base legal en la ley 389 de 1997, artículo 4 que se traduce en que el siniestro se entiende configurado con la reclamación que presente el asegurado, durante la vigencia de la póliza a la aseguradora, independientemente de que exista una reclamación judicial o extrajudicial.

En este orden de ideas, durante la vigencia de la póliza se conocieron e iniciaron por primera vez contra cargos asegurados, procesos de diversa índole. No obstante, con ocasiones de estos se originaron 40 reclamos afectándose el amparo de gastos de defensa, es decir uno de los riesgos amparados por la póliza.

En cuanto a la totalidad de siniestros reclamados, la aseguradora solo reconoció e indemnizó parcialmente 4 siniestros, aceptó responsabilidad indemnizatoria, pero posteriormente declinó el pago de las indemnizaciones pertinentes de dos siniestros, respecto de 16 no se pronunció frente a cada uno de ellos dentro del plazo legal para objetarlos. De otro lado, la aseguradora ha manifestado de manera expresa que la interpretación de los términos del contrato de seguro y por ende la definición de reclamos está en cabeza del reasegurador.

Además, la aseguradora presentó objeción de modo general para 23 siniestros, aduciendo que no le asistía obligación respecto de la cláusula de automaticidad, ya que interpretó mal una de las cláusulas del contrato. Con lo anterior, la EAAB E.S.P. envió comunicaciones a la aseguradora manifestándole que era improcedente la posición adoptada por esa compañía y se le convocó a una reunión.

Como respuesta a la controversia respecto de 39 reclamos formulados y no indemnizados, Seguros Colpatria S.A. manifestó que no le asistía responsabilidad alguna y que era procedente acudir a arbitramento para resolver el conflicto.

<p>III. PLANTEAMIENTO PROBLEMAS JURÍDICOS/PROCESALES/PROBATORIOS</p>	
<p>Problema(s) jurídico(s) principal(s)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ¿Hubo incumplimiento por parte de Seguros Colpatría S.A. frente a la obligación indemnizatoria que emana del contrato de seguros suscrito con la EAAB E.S.P. la cual consta en la póliza de responsabilidad civil de directores y administradores? - ¿Existe responsabilidad indemnizatoria por parte de Seguros Colpatría S.A.? - ¿Es nulo el contrato de seguro celebrado por Seguros Colpatría S.A. con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.?
<p>Ratio decidendi</p>	<ul style="list-style-type: none"> - ¿Hubo incumplimiento por parte de Seguros Colpatría S.A. frente a la obligación indemnizatoria que emana del contrato de seguros suscrito con la EAAB E.S.P. la cual consta en la póliza de responsabilidad civil de directores y administradores? <p>Con fundamento en lo analizado encuentra el Tribunal entonces que se ha pretendido una confusión en la interpretación de la calificación del empleado “pasado”, cuando la Aseguradora quiere dar entender que ese término se aplica al empleado que lo era en la vigencia del contrato y ya no lo es dentro de la misma, interpretación ésta que el Tribunal encuentra además de confusa, equivocada y en desacuerdo con los términos de la invitación, los de la propuesta y los contenidos en la póliza.</p> <p>Esa aceptación de las partes que constituyen la expresión de su voluntad, esto es de su consentimiento, dejó sin lugar a dudas establecida una automaticidad de cobertura para las personas que llegaran a ocupar los cargos relacionados por la EAAB y se tornaban en conocidos por Seguros Colpatría sin necesidad de aviso alguno, ya que por el hecho de llegar al cargo, la persona quedaba automáticamente amparada.</p> <p>Entonces si no hay contradicción en las cláusulas y las partes no han discutido el calificativo de presentes o futuros para los cargos a que accedieran las personas aseguradas, tampoco la debe existir en relación con los denominados “pasado” pues es claro que la retroactividad aceptada buscaba precisamente estos efectos hacia el pasado y por ello si tal calidad de pasado se predica desde 1997, es para quienes ocuparon los cargos antes de la vigencia de la póliza, interpretación ésta que explica y justifica el efecto que se le da a esa expresión de pasado y que, como se ha afirmado, permite que dentro del ámbito de la buena fe y del comportamiento ético de las partes, sea la única forma en que la retroactividad convenida y aceptada pueda aplicarse. Por lo demás, con iguales presupuestos a los que se derivan del principio de la buena fe en la ejecución de</p>

los contratos y en la interpretación de la voluntad contenida en ellos, a los cuales se hace referencia en otro aparte de este Laudo, debe entenderse la extensión de la cobertura a los ex empleados del Acueducto, cuyos procesos por hechos realizados durante el período de retroactividad de la póliza, fueron conocidos solo durante la vigencia de la misma.

En resumen, encontrando el Tribunal que la negativa de pago de la Aseguradora a los siniestros reclamados y que son objeto del presente trámite arbitral, deja sin efectos las cláusulas contendidas dentro de la póliza expedida, y en forma especial la de retroactividad, que fue como se dijo anteriormente aceptada por la Aseguradora, quien la concretó además para que tuviera vigencia a partir del 18 de diciembre de 1997, sin limitación alguna que pueda llevar al Tribunal a desconocerla y a hacer nugatorio el derecho que le corresponde a los beneficiarios reclamantes. Tal negativa constituye una forma de eludir su responsabilidad, apartándose de las reglas de interpretación de los contratos y afectando la convicción que tuvo la EAAB de que los empleados que estuvieron vinculados entre el 18 de diciembre de 1997 y el 30 de noviembre de 2.005 estaban cubiertos por el seguro base de esta controversia, este Tribunal, con sujeción a las características particulares de cada reclamación cuyo estudio se avocará más adelante, acogerá, en cuanto sean pertinentes, las pretensiones presentadas por la parte convocante en los términos y cuantías que se establecerán más adelante en este Laudo.

- **¿Existe responsabilidad indemnizatoria por parte de Seguros Colpatria S.A.?**

Sí existe responsabilidad parcial, dado que se condena a Seguros Colpatria S.A. al pago de las sumas indicadas en la página 223 a favor de las personas que ahí se indican, por concepto de la indemnización por gastos de defensa en relación con las reclamaciones que se señalan.

Además hay responsabilidad por parte de la aseguradora en cuanto a las sumas, y en favor de las personas, decretadas en las páginas 224 – 225 que se darán a partir de la fecha en que cada una de las personas mencionadas acredite a Seguros Colpatria S.A. la terminación del proceso o investigación que se trate. En consecuencia de lo ya mencionado, el Tribunal declaró el reconocimiento de intereses de mora a la tasa máxima autorizada en la ley a favor de los asegurados que se indican en la página 227

- **¿Es nulo el contrato de seguro celebrado por Seguros Colpatria S.A. con la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.?**

La Aseguradora además pretende que el Tribunal declare la nulidad del contrato en razón a que considera que los asegurados tenían conocimiento de irregularidades antes de su suscripción y que no le fueron informadas, y que de haberlo sido, la habrían llevado a no contratar o a contratar

	<p>en condiciones diferentes. Esta argumentación, como acertadamente la analiza el Ministerio Público en el concepto emitido de fecha 17 de septiembre de 2.009, en el cual para la nulidad planteada solicita su rechazo, considera que la Empresa de Acueducto y demás asegurados no tenían por qué conocer ni prever cuáles serían las consecuencias de una posible investigación ni de sus resultados ni de sus fechas de iniciación ni terminación, que pudiesen afectar en el momento respectivo la voluntad de la Aseguradora, como además ésta no demostró en el proceso las consecuencias que hipotéticamente se hubiesen dado en cada caso de no haber expedido la póliza o de haberla expedido en condiciones diferentes, más cuando el Tribunal entiende que es la Aseguradora parte conocedora y ampliamente especializada en las coberturas de seguros que ofrece, la obligada a solicitar y revisar las informaciones, documentos y pruebas que integraron las coberturas ofrecidas en su momento.</p> <p>No sobra señalar también para el análisis de la nulidad planteada, que los asegurados o beneficiarios de la póliza no aparecen diligenciando ningún cuestionario ni documento de información que hubiese requerido la aseguradora y por lo tanto no encuentra el Tribunal que la conducta de la EAAB y de los asegurados y beneficiarios pueda señalarse de reticente o inexacta y menos que se hubiese presentado un error inculpable del tomador. Ahora bien, no ha quedado demostrado en el expediente que la Aseguradora, ante el conocimiento de las investigaciones a que alude se habría “retraído de celebrar el contrato o inducido a estipular condiciones más onerosas” tal como lo plantea el artículo 1058 del C. de Comercio que regula la materia de la reticencia o inexactitud del asegurado que puede generar la nulidad relativa del seguro. Por los motivos señalados y de acuerdo con lo planteado por el Ministerio Público, la nulidad propuesta se rechazará como así se señalará en la parte resolutive de este Laudo.</p>
Tema principal	Nulidad del contrato de seguro celebrado entre EAAB y Seguros Colpatria
Tema Accesorio 1	Incumplimiento de la obligación indemnizatoria a cargo de Seguros Colpatria
Tema Accesorio 2	Responsabilidad de Seguros Colpatria
IV. CLASIFICACIÓN	
Tipo de Contrato	Contrato de seguro
Subclasificación	Póliza de Responsabilidad Civil de Directores y Administradores – Servidores Públicos
V. CONCEPTO DEL MINISTERIO PÚBLICO	

<p>Posición del Ministerio Público (1. A favor; 2. En contra; 3. En contra parcial)</p>	<p>El Ministerio Público en concepto emitido el 17 de Septiembre de 2009 a favor de la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. manifiesta que se debe rechazar la nulidad planteada por Colpatria Seguros S.A. acerca del contrato celebrado por las partes en mención, pues considera que la Empresa de Acueducto y demás asegurados no tenían por qué conocer ni prever cuáles serían las consecuencias de una posible investigación ni de sus resultados ni de sus fechas de iniciación ni terminación, que pudiesen afectar en el momento respectivo la voluntad de la Aseguradora, como además ésta no demostró en el proceso las consecuencias que hipotéticamente se hubiesen dado en cada caso de no haber expedido la póliza o de haberla expedido en condiciones diferentes, más cuando el Tribunal entiende que es la Aseguradora parte conocedora y ampliamente especializada en las coberturas de seguros que ofrece, la obligada a solicitar y revisar las informaciones, documentos y pruebas que integraron las coberturas ofrecidas en su momento.</p>
<p>VI. FUENTES RELEVANTES</p>	
<p>Normativas</p>	<p>Código de Procedimiento Civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 85 (Inadmisibilidad y rechazo de plano de la demanda) - Art. 109 (Actas de audiencias y de diligencias) - Art. 210 (Confesión ficta o presunta) - Art. 238 (Contradicción del dictamen) - Art. 145 (Declaración oficiosa de la nulidad) - Art. 392 (Condena en costas) <p>Constitución Política de Colombia:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 123 (Servidores públicos) - Art. 90 (Responsabilidad del Estado) <p>Código Contencioso Administrativo:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 77 (De los actos y hechos que dan lugar a la responsabilidad) <p>Código de Comercio:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 1054 (Definición de Riesgo) - Art. 1044 (Oposición y excepciones) - Art. 1131 (Ocurrencia del siniestro) - Art. 1080 (Plazo para el pago de la indemnización e intereses moratorios) - Art. 1135 (El reaseguro no es contrato a favor de terceros) - Art. 1136 (Normatividad supletiva) - Art. 871 (Principio de buena fe) - Art. 1058 (Declaración del estado de riesgo y sanciones por inexactitud o reticencia) - Art. 1077 (Carga de la prueba) - Art. 1061 (Definición de garantía)

	<ul style="list-style-type: none"> - Art. 1081 (Prescripción de acciones) <p>Ley 389 de 1997:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 4 (Cláusulas Claims Made) <p>Código Civil:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. 1621 (Interpretación por la naturaleza del contrato) - Art. 1624 (Interpretación a favor del deudor) - Art. 1603 (Ejecución de buena fe) - Art. 1502 (Requisitos para obligarse) - Art. 1622 (Interpretaciones sistemática, por comparación y por aplicación práctica) <p>Ley 1110 de 2006:</p> <ul style="list-style-type: none"> - Art. (Entidades estatales)
<p>Jurisprudencia Judicial (indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)</p>	<p>Corte Constitucional, sentencia C – 529 de 11 de Noviembre de 1993:</p> <p>De conformidad con la idea generalmente aceptada de que el fisco o erario público está integrado por los bienes o fondos públicos, cualquiera sea su origen, el concepto de gestión fiscal alude a la administración o manejo de tales bienes, en sus diferentes y sucesivas etapas de recaudo o percepción, conservación, adquisición, enajenación, gasto, inversión y disposición. Consiguientemente, la vigilancia de la gestión fiscal se endereza a establecer si las diferentes operaciones, transacciones y acciones jurídicas, financieras y materiales en las que se traduce la gestión fiscal se cumplieron de acuerdo con las normas prescritas por las autoridades competentes, los principios de contabilidad universalmente aceptados o señalados por el Contador General, los criterios de eficiencia y eficacia aplicables a las entidades que administran recursos públicos y finalmente, los objetivos, planes programas y proyectos que constituyen, en un período determinado, las metas y propósitos inmediatos de la administración (Ley 42 de 1993, artículos 8, 9, 10, 11, 12 y 13).</p> <p>Corte Constitucional (no se indica sentencia exacta):</p> <p>El derecho disciplinario está integrado por todas aquellas normas mediante las cuales se exige a los servidores públicos un determinado comportamiento en el ejercicio de sus funciones, independientemente de cuál sea el órgano o la rama a que pertenezcan. Ello hace parte de las condiciones mínimas inherentes a la actividad oficial, que resultan imprescindibles para la eficiente atención de los asuntos a cargo del estado, motivo por el cual su mantenimiento, merced a un ordenamiento jurídico especial de reglas y sanciones, no solamente constituye derecho si no que es ante todo deber del Estado.</p> <p>Las faltas disciplinarias son definidas anticipadamente y por vía general en la legislación y corresponden a descripciones</p>

	<p>abstractas de comportamiento que, sean o no delitos, enturbian, entorpecen o desvirtúan la buena marcha de la función pública en cualquiera de sus formas, lo que hace que las mismas disposiciones que las consagran estatuyan, también con carácter previo, los correctivos y sanciones aplicables a quienes incurran en aquellas.</p> <p>Corte Constitucional, sentencia T- 295 de 4 de Mayo de 1999: Un tema jurídico que tiene como sustento el principio de la buena fe es el del respeto al acto propio, en virtud del cual, las actuaciones de los particulares y de las autoridades públicas deberán ceñirse a los postulados de la buena fe (art. 83 C.N). Principio constitucional, que sanciona entonces, como inadmisibles toda pretensión lícita pero objetivamente contradictoria, con respecto al propio comportamiento efectuado por el sujeto “La teoría del respeto del acto propio, tiene origen en el brocardo “Venire contra pactum, proprium, nellí conceditur” y, su fundamento radica en la confianza despertada en otro sujeto de buena fe, en razón de una primera conducta realizada. Esta buena fe quedaría vulnerada, si fuese admisible aceptar y dar curso a una pretensión posterior y contradictoria.</p> <p>Sentencia Corte Suprema de Justicia, fallo del 3 de Mayo de 2000, dentro del expediente no. 5360, con ponencia del Magistrado Nicolás Bechara Simancas: Se hace referencia a la prescripción ordinaria de las acciones que derivan del contrato de seguro.</p> <p>Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, fallo del 8 de Mayo de 1981: Cabe abstenerse de hacer esta condena o de hacerla solo en la forma parcial cuando la demanda no prospere totalmente”, lo que no es nada diverso a la aplicación del numeral 6º del art. 392 del C. de P. C., que, a la letra, prescribe: “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.”</p>
Jurisprudencia Arbitral ((indicar las decisiones que el Tribunal adopta como precedente, transcribiendo la parte pertinente)	No hay
VII. DURACIÓN DEL PROCESO	
Duración del Proceso desde la presentación de la demanda (en días)	540 días (Prórroga por vía de la facultad del <u>artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá</u>)
Duración del Proceso desde la primera audiencia de trámite (en días)	360 días (Prórroga por vía de la facultad del <u>artículo 14 del Reglamento de Procedimiento del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá</u>)

Suspensiones solicitadas por las partes	No
Suspensiones por causa legales	No
VIII. DECISUM	
<p>Respuesta al problema planteado: PRETENSIONES De la Convocante y demandada en reconvencción Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P.</p> <p>PRIMERA.- Que se declare que SEGUROS COLPATRIA S.A., incumplió con la obligación indemnizatoria que emana del contrato de seguros suscrito con la EAAB E.S.P., el cual consta en la póliza de responsabilidad civil de directores y administradores-servidores públicos No. 8001074134.</p> <p>SEGUNDA.- Que como consecuencia de lo anterior declare el Tribunal de Arbitramento que le asiste responsabilidad indemnizatoria a Seguros Colpatría S.A. respecto de los siguientes siniestros, o de los que se pruebe falta de indemnización dentro del presente proceso: (Ver tabla página 26 – 29)</p> <p>TERCERA.- Que se ordene a SEGUROS COLPATRIA S.A., parte demandada, proceder al pago de los asegurados, de las indemnizaciones a lugar, junto con los respectivos intereses de mora en arreglo con lo establecido por el artículo 1080 del C.Co</p> <p>CUARTA.- Que se declare por parte del Tribunal de Arbitramento que subsisten en cabeza de SEGUROS COLPATRIA S.A. las demás obligaciones indemnizatorias derivadas de siniestros conocidos por primera vez y reclamados en vigencia del seguro, que den origen a la afectación de otros amparos de la póliza de responsabilidad civil de directores y administradores servidores públicos No. 8001074134.</p>	<p style="text-align: center;">DECISIÓN</p> <p>PRIMERA – Prospera</p> <p>SEGUNDA – Prospera parcialmente</p> <p>TERCERA – Prospera parcialmente</p> <p>CUARTA – No prospera</p> <p>QUINTA – se abstiene de imponer costas</p>

QUINTA.- Que se condene en costas procesales y agencias en derecho a la compañía SEGUROS COLPATRIA S.A.

PRETENSIONES

De la convocada y demandante en reconvencción Seguros Colpatría S.A.

PRIMERA - Que se declare que el contrato de seguro celebrado con la EAAB es nulo por la configuración de la causal de anulabilidad establecida en el Art. 1058 del C. de Co. debido a la reticencia en la que incurrió la demandante.

SEGUNDA - Que se ordene a la parte demandada o reconvenida restituir lo recibido indebidamente por concepto de honorarios, porque por la nulidad y las demás causales de exoneración de la aseguradora ese pago causó un enriquecimiento sin causa.

TERCERA - Específicamente se deben condenar a las siguientes personas para que paguen lo siguiente por capital más intereses mercantiles y de mora desde la notificación del auto que admita la reconvencción:

A Germán Ramón Corredor Abella
\$5.762.040.00

A Vilma Alcira Páez Velazco
\$2.250.000.00

A Jairo Armando Rodríguez Triana
\$2.250.000.00

A Gloria Astrid Álvarez Hernández
\$3.952.800.00

A José Francisco Manjarrés
\$2.970.000.00

CUARTA – Que se les condene a pagar las costas, magancias y gastos del tribunal.

PRIMERA – no prospera

SEGUNDA – no prospera

TERCERA – no prospera

CUARTA – se abstiene de imponer costas

Decisión unánime Salvamento de voto Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda principal Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda principal Prosperan totalmente las pretensiones de la demanda de reconvención Prosperan parcialmente las pretensiones de la demanda de reconvención	Sí No No Sí No No
<p style="text-align: center;">EXCEPCIONES</p> <p>Excepciones que prosperan frente a la demanda principal o la demanda de reconvención (si es del caso debe incluirse la referencia correspondiente en los problemas jurídicos planteados)</p>	<ul style="list-style-type: none"> - Prospera parcialmente la excepción denominada “Excepción de exclusión de investigaciones o reclamos anteriores a la fecha de vigencia de la póliza”, propuesta por Seguros Colpatria S.A. frente a la demanda principal. - Prospera parcialmente la excepción denominada “Excepción del ámbito del amparo sobre el que se sustenta la demanda, el límite de responsabilidad de acuerdo con las condiciones de la póliza y las causales convencionales de exoneración de la aseguradora, incluidas las exclusiones”, propuesta por Seguros Colpatria S.A. frente a la demanda principal. - Prospera parcialmente la excepción denominada “Excepción de improcedente cobro de intereses”, propuesta por Seguros Colpatria S.A. frente a la demanda principal. Al estudiar las reclamaciones particulares se encontró que en algunos casos prospera esta excepción. - Prospera parcialmente la excepción denominada “Excepción frente a cada uno de los casos de los demandantes, que detalla las razones legales y contractuales, que individualmente impiden la prosperidad de sus peticiones (sin perjuicio de la nulidad alegada)”, propuesta por Seguros Colpatria S.A. frente a la demanda principal. - Prospera la excepción denominada “No se acredita la existencia de reticencia o inexactitud de la EAAB E.S.P. En su declaración del estado de riesgo y por tanto no se configura causal de nulidad al tenor del artículo 1058 del Código de Comercio”, propuesta por

	<p>la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. frente a la demanda de reconvención. La convocada no acreditó la existencia de reticencia o inexactitud de la parte convocante, ni aportó evidencia alguna tendiente a demostrar que de haber conocido determinadas circunstancias, se habría abstenido de celebrar el contrato de seguro o lo habría hecho en condiciones más onerosas.</p> <p>- Prospera parcialmente la excepción denominada “Prescripción del derecho a reclamar la nulidad del contrato de seguros por Seguros Colpatria S.A.”, propuesta por la Empresa de Acueducto y Alcantarillado de Bogotá E.S.P. frente a la demanda de reconvención, dado que en cuanto a Germán Ramón Corredor Abella y Vilma Alcira Páez Velasco la acción de devolución de montos entregados a título de anticipo por concepto de gastos de defensa se encuentra prescrita, pero no lo está frente a Jairo Armando Rodríguez Triana, Gloria Astrid Álvarez Hernández y José Francisco Manjarrés, ya que la presentación de la demanda de reconvención fue oportuna.</p>
Valor de la decisión	
Valor de las costas y agencias en derecho	No hay
Valor sanción por diferencia entre la cantidad estimada juramentada y la probada (Art. 202 del CPC; 206 CGP)	No hay
IX. EVENTUALES	
Recurso de Anulación	No
Recurso de Revisión	No
Acción de Tutela	No
Conciliación total	No
Conciliación parcial	No

