

Tribunal de Arbitramento

Bellsouth Colombia S.A.

v.

Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración

Mayo 4 de 2004

Laudo arbitral

Bogotá, cuatro (4) de mayo de dos mil cuatro (2004).

Encontrándose surtidas todas las actuaciones previstas en la ley y siendo la fecha y hora señaladas para llevar a cabo la audiencia de fallo, este tribunal de arbitramento profiere el laudo correspondiente dentro del proceso arbitral integrado para dirimir las controversias existentes entre Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles Colombia S.A. (en adelante “Bellsouth”) y Recuperaciones y Cobranzas S.A. en reestructuración (en adelante “Reyco”), surgidas con ocasión del contrato C-0063-03 de 2003, el cual se profiere en derecho y se adopta de manera unánime por los árbitros.

A. Antecedentes

1. El contrato.

Bellsouth y Reyco suscribieron el contrato C-0063-03, cuyo objeto se definió así: “De conformidad con los términos y condiciones del presente contrato, el contratista se obliga a suministrar a Bellsouth servicios de cobro de la cartera de que ella es titular y a cargo de los suscriptores de los servicios de telecomunicaciones por ella prestados, los cuales se describen en la cláusula segunda, en adelante el servicio. Como contraprestación por tales servicios, Bellsouth se obliga a pagar el precio estipulado en la cláusula tercera. Dichas obligaciones, con las demás que se estipulan, se sujetan a los términos y condiciones previstos en este documento y sus anexos”.

2. Las partes del proceso.

La parte convocante y demandante inicial es Bellsouth Colombia S.A., sociedad comercial, legalmente constituida y con domicilio en Bogotá, la cual cambió su nombre por el de Telefónica Móviles Colombia S.A. mediante escritura pública 120 del 21 de enero de 2005 de la Notaría 35 de Bogotá, inscrita en el registro mercantil el día 25 de enero siguiente, tal y como se acreditó con escrito del 14 de abril de 2005.

La parte convocada y demandante en reconvención es Recuperaciones y Cobranzas S.A., actualmente en reestructuración, sociedad comercial, legalmente constituida y con domicilio en Bogotá.

3. El pacto arbitral.

En la demanda se adujo como tal el contenido en la cláusula décima novena del contrato C-0063-03 de 2003, pacto que reúne los requisitos legales y es del siguiente tenor:

“Cláusula décima novena. Ley aplicable y jurisdicción.

19.1. El presente contrato se regirá, interpretará y ejecutará íntegramente por leyes de la República de Colombia.

19.2. Cualquier diferencia que surja entre el contratista y Bellsouth con relación al presente contrato, incluidas las que versen sobre su interpretación, desarrollo, ejecución e incluso su liquidación, será sometida a la decisión de un tribunal de arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, proferirá un fallo en derecho y se sujetará en su funcionamiento y tarifas al reglamento del centro de conciliación y arbitraje de la cámara de comercio de Bogotá. El número de árbitros que integrarán el tribunal será de tres (3), salvo en el caso en que la cuantía del proceso sea inferior al equivalente a 400 salarios mínimos legales mensuales vigentes, evento en el cual el tribunal estará

integrado por un árbitro único. El, o los árbitros que integren el tribunal serán abogados en ejercicio en Colombia, y se designarán por las partes de común acuerdo y, a falta de este, por la junta directiva de la cámara de comercio de Bogotá, de las listas que al efecto tiene integradas esa institución”.

4. El trámite del proceso.

El día 2 de septiembre de 2003 Bellsouth solicitó la convocatoria de este tribunal de arbitramento y formuló demanda contra Reyco ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante el “Centro de Arbitraje”).

Mediante escrito del 30 de septiembre de 2003 las partes informaron al centro de arbitraje el nombramiento que hicieron de los suscritos árbitros, quienes aceptamos la designación.

El 28 de noviembre de 2003 tuvo lugar la audiencia de instalación en la cual el tribunal admitió la solicitud de convocatoria y de ella corrió traslado a Reyco, cuyo representante legal se notificó personalmente de tal providencia una vez finalizada la mencionada audiencia.

Contra el auto admisorio de la solicitud de convocatoria Reyco interpuso recurso de reposición el 3 de diciembre de 2003, el cual le fue resuelto desfavorablemente por el tribunal por auto 2 del 12 de diciembre del mismo año.

Con escrito del 22 de enero de 2004 Reyco dio respuesta a la demanda, mediante escrito en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

Igualmente, en esa misma fecha, Reyco formuló demanda de reconvención contra Bellsouth, la cual fue admitida por auto 3 del 11 de febrero de 2004.

El 23 de febrero de 2004 se notificó la anterior providencia a Bellsouth, quien en esa misma fecha interpuso recurso de reposición, que le fue resuelto en forma adversa por auto 4 del 11 de marzo siguiente.

El 1º de abril de 2004 Bellsouth dio respuesta a la demanda de reconvención mediante escrito en el cual se opuso a la prosperidad de las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

Con escrito de esa misma fecha, Bellsouth presentó reforma de la demanda que fue admitida por auto 5 del 19 de abril de 2004, frente al cual Reyco solicitó su adición, la que le fue denegada por auto 6 del 20 de mayo del mismo año. Posteriormente, el 31 de mayo de 2004, Reyco interpuso recurso de reposición contra el auto 6, el cual fue confirmado por auto 7 del 5 de junio de 2004.

El 11 de junio de 2004 Reyco dio respuesta a la reforma de la demanda mediante escrito en el cual reiteró su oposición a las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

En cumplimiento de lo dispuesto por el numeral 2º del artículo 141 del Decreto 1818 de 1998 el tribunal citó a las partes a audiencia de conciliación, la cual tuvo lugar el día 6 de julio de 2004, pero se dio por concluida y fracasada ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo. En esa misma oportunidad, mediante auto 9, el tribunal señaló las sumas que debían sufragar las partes por honorarios y gastos.

La parte convocada canceló oportunamente tanto los gastos y los honorarios que le correspondían, como los que debía asumir Bellsouth, quien no atendió inicialmente el pago, pero posteriormente acreditó el reembolso a su contraparte de lo pagado por esta en su nombre.

La primera audiencia de trámite se inició el 2 de agosto de 2004, oportunidad en la cual, mediante auto 15, confirmado por auto 16, el tribunal asumió competencia para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes. No obstante, como ese mismo día Reyco había presentado reforma de la demanda de reconvención, por auto 17 el tribunal la admitió y ordenó correr el correspondiente traslado.

Con escrito del 9 de agosto de 2004 Bellsouth dio respuesta a la mencionada reforma de la demanda de reconvención, en donde nuevamente manifestó su oposición a las pretensiones y formuló excepciones de mérito.

Mediante auto 18 del 24 de agosto de 2004 el tribunal reiteró su competencia frente a la reforma de la demanda de reconvencción, y por auto 19 de la misma fecha decretó pruebas del proceso y fijó las correspondientes audiencias y diligencias, con lo cual concluyó la primera audiencia de trámite.

A partir del 30 de agosto de 2004 y hasta el 14 de marzo de 2005, incluyendo algunas suspensiones del proceso decretadas a solicitud de las partes, se instruyó el proceso.

El 13 de abril de 2005 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión, en la cual los apoderados de las partes expusieron sus argumentos de manera oral y al final presentaron los correspondientes resúmenes escritos.

El presente proceso se tramitó en dieciocho (18) audiencias, en las cuales el tribunal admitió la solicitud de convocatoria y las mutuas demandas de las partes, integró el contradictorio y surtió los respectivos traslados, asumió competencia, decretó y practicó pruebas, resolvió varias solicitudes de las partes, recibió sus alegaciones finales y ahora profiere el fallo que pone fin al proceso.

Corresponde entonces al tribunal mediante el presente laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite concluyó el 24 de agosto de 2004, el plazo legal de seis meses para fallar vencía el 24 de febrero de 2005. No obstante, por solicitud de las partes el proceso se suspendió entre el 7 de octubre y el 1º de noviembre de 2004; entre el 2 y el 15 de noviembre de 2004; entre el 26 de noviembre y el 14 de diciembre de 2004; entre el 16 de diciembre de 2004 y el 19 de enero de 2005; y entre el 1º y el 27 de febrero de 2005; de manera que dicho plazo se extendió hasta el 25 de junio de 2005, de suerte que el pronunciamiento del laudo en este momento es oportuno.

5. La demanda inicial y su contestación.

Teniendo en cuenta que, como se dijo en los párrafos anteriores, la parte convocante presentó reforma de la demanda en un escrito integrado con el libelo inicial, y que, en la misma forma, la parte convocada dio respuesta a tal escrito, ratificando las excepciones de mérito pero adecuándolas a los nuevos hechos allí expuestos, el tribunal solamente hará referencia a los escritos integrados de reforma de la demanda y su respuesta.

5.1. Las pretensiones de Bellsouth.

En su demanda la convocante elevó las siguientes pretensiones:

“Primera. Que se declare que la Sociedad Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración, incumplió el contrato C-0063-03 y su otrosí 1 suscritos con la Sociedad Bellsouth Colombia S.A., por las razones y los motivos que en los hechos de esta demanda se indican.

Segunda. Que como consecuencia de la pretensión primera, se declare la resolución del precitado contrato C-0063-03 y su instrumento modificatorio, otrosí 01 de 2003.

Segunda subsidiaria. Que como consecuencia de la pretensión primera, se declare la terminación del precitado contrato C-0063-03 y su instrumento modificatorio, otrosí 01 de 2003.

Tercera. Que se condene a la Sociedad Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración, a pagar a la Sociedad Bellsouth Colombia S.A., el daño emergente y el lucro cesante que se demuestre en el proceso.

Cuarta. Que se condene a la Sociedad Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración, a pagar a favor del demandante, intereses de mora, liquidados a la tasa máxima autorizada por la (*) Superintendencia Bancaria sobre las sumas que sean reconocidas a favor de Bellsouth Colombia S.A., y en contra de la Sociedad Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración.

Quinta. Que se ordene a la sociedad demandada, abstenerse de utilizar cualquier nombre, signo distintivo, marca, denominación, lema, emblema, patente, documentación, información, dibujo, bosquejo, muestra, dato, programa de computación, especificación de materiales, de propiedad de, o recibidos de Bellsouth Colombia S.A. para la ejecución del contrato C-0063-03 de 2003 y su instrumento modificatorio denominado otrosí 01 de 2003, y a reintegrar y/o entregar a Bellsouth Colombia S.A., todos los bienes e información que haya recibido y/o procesado

o elaborado con base en aquella, para la ejecución del (sic) C-0063-03 de 2003 y su instrumento modificatorio denominado otrosí 01 de 2003.

Sexta. Que se condene en costas y agencias en derecho a la parte convocada”.

5.2. Los hechos de la demanda.

La demanda planteó unos hechos relacionados con los antecedentes del contrato C-0063-03 de 2003, otros relacionados con dicho contrato y, finalmente, otros dos que tienen que ver con el pacto arbitral, los cuales pueden resumirse así:

5.2.1. Antecedentes del contrato C-0063-03 de 2003.

1. Bellsouth presta el servicio de telefonía móvil celular en Colombia desde hace varios años y uno de los temas más sensibles de su actividad desde el punto de vista económico y comercial es el manejo de la cartera de sus usuarios porque si se torna en irrecuperable compromete la viabilidad del negocio.
2. Bellsouth estimó que la forma más eficiente de realizar una gestión de cobro de una porción de su cartera era la selección de algunas compañías dedicadas profesionalmente a ello, para lo cual abrió un proceso de escogencia, resultando beneficiaria, entre otras, la Sociedad Reyco.
3. Bellsouth y Reyco suscribieron el contrato de suministro de arrendamiento de servicios inmateriales 2710 del 1º de febrero de 2000.
4. La ejecución de ese contrato estuvo llena de inconvenientes al punto que el 4 de octubre de 2001 Reyco notificó a Bellsouth del incumplimiento “grave e injustificado” de las obligaciones adquiridas en cuanto a la asignación de cartera inferior al 40%, asignación de cartera de una calidad diferente a la estipulada, reasignación de la cartera superior a 120 días, y estimó sus perjuicios en \$1.800’000.000.
5. El 6 de noviembre de 2001 Reyco reclamó a Bellsouth la falta de respuesta a su carta anterior y adicionó como incumplimiento del contrato 2710 la falta de entrega por no incluir en su reparto las cuentas del corte 5 del ciclo 10 (“cuentas corporativas”).
6. El 8 de noviembre de 2001 Reyco reiteró su inconformidad y estimó una serie de perjuicios en \$1.950’000.000.
7. A pesar de que Bellsouth nunca aceptó las reclamaciones formuladas por Reyco por considerarlas infundadas y porque, a su turno, consideraba que había sido esta sociedad quien incumplió el contrato, dada la extensa relación comercial existe, decidió junto con ella celebrar el 18 de octubre de 2002 un contrato de transacción para precaver un eventual litigio.
8. El objeto de dicho contrato incluyó la obligación de Bellsouth de entregarle a Reyco “el total de la cartera que para el día en que se suscriba el contrato de transacción tenga más de 360 días de antigüedad”.
9. Según lo acordado, el contrato de transacción debió firmarse el 23 de octubre de 2002, fecha en la cual se encontraban vigentes tres contratos de suministro de arrendamiento de servicios de inmateriales para la gestión de cartera de Bellsouth, pero aquel solo vino a suscribirse hasta el 23 de abril de 2003.
10. Las partes acordaron declararse mutua y recíprocamente a paz y salvo por todo concepto hasta la fecha de suscripción del contrato de transacción renunciando a cualquier reclamación o acción judicial.

5.2.2. El contrato C-0063-03 de 2003.

11. En cumplimiento del contrato de transacción mencionado las partes suscribieron el 23 de abril de 2003 un nuevo contrato, fechado el 21 de marzo del mismo año, pero vigente entre el 1º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2004, cuyo objeto consistió en el suministro por parte de Reyco a Bellsouth de los servicios de cobro de la cartera a cargo de los suscriptores de los servicios de telecomunicaciones prestados por la convocante.

12. Bellsouth dio estricto cumplimiento a su obligación de entregar la cartera correspondiente.
13. Reyco se obligó a prestar los servicios de cobro buscando garantizar el oportuno recaudo y atendiendo las políticas y procedimientos generales establecidos por Bellsouth contenidos en el manual de cobranzas a clientes, el cual aquel declaró conocer.
14. Reyco no ha cumplido con las obligaciones descritas en las cláusulas 2.1 y 2.2 del contrato y en las correspondientes del mencionado manual ya que no ha prestado el servicio, garantizando a Bellsouth el oportuno y adecuado recaudo de la cartera.
15. Reyco incumplió con la obligación de elaborar un concepto sobre la recuperabilidad de la cartera una vez por semestre, según lo dispuesto en el numeral 2.10 del contrato, obligación esencial que le permite a Bellsouth establecer con algún grado de certeza el manejo contable.
16. Además de varias obligaciones y de pactar reglas relacionadas con la ausencia de vínculo laboral, se acordó que la sociedad contratista asumiría la responsabilidad que le corresponde como único empleador para que en caso de reclamación o litigio contra Bellsouth concurriera en su defensa y atendiera los gastos que tales erogaciones demanden, y se convino que la convocada debía tomar a su costa y por su cuenta y riesgo, a favor de la contratante, como primer beneficiario, una póliza de seguro expedida por una compañía autorizada para operar en Colombia, para cubrir el riesgo de pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones por una suma equivalente al 5% del valor final del contrato, vigente desde su firma y por tres años más.
17. Mediante el otrosí 1 se modificó el valor asegurado, el cual se pactó en una suma de \$60.000.000.
18. Para la fecha de presentación de la convocatoria Reyco no ha constituido la póliza antes indicada ni se ha allanado al cumplimiento efectivo de tal obligación, dejando desamparados los respectivos riesgos.
19. Por razón del servicio a cargo de la contratista, la calidad del mismo, el tipo de información manejada, y por la importancia del resultado, las partes acordaron a favor de Bellsouth un derecho de inspección e interventoría para verificar el cumplimiento de las disposiciones legales, reglamentarias y convencionales, de carácter administrativo, comercial y técnico.
20. Reyco se ha negado a permitir el legítimo ejercicio de ese derecho.
21. No obstante el incumplimiento de Reyco, esta sociedad formuló a Bellsouth una reclamación solicitando el cumplimiento de lo previsto en el literal (ii) del numeral 3.1. del contrato, en los errados términos como aquella entiende tal estipulación, alterando seriamente la economía del contrato y rompiendo la mutua confianza que debe existir en los negocios.
22. Las partes pactaron que el incumplimiento de las obligaciones del contratista dentro del plazo previsto en el contrato lo constituirá en mora, sin necesidad de reconvención judicial o extrajudicial, a lo cual Reyco renunció expresamente.

5.2.3. El pacto arbitral.

23. En la cláusula décima novena del contrato CC-0063-03 de 2003 las partes pactaron arbitramento.
24. La controversia aquí planteada debe ser resuelta bajo el mencionado pacto arbitral.

5.3. Oposición a las pretensiones.

Reyco se opuso expresamente a todas las pretensiones y al efecto formuló las siguientes excepciones de mérito:

“Exclusión del derecho de resolución o terminación.

Inexistencia de mora en el cumplimiento de la obligación contenida en la cláusula décima (otrosí 1) del contrato C-0063-03”.

“Inexistencia de mora en el cumplimiento de las obligaciones de que tratan los numerales 2.1. y 2.2. del contrato C-0063-03”.

“Inaplicabilidad de la disposición contenida en el numeral 2.10. del contrato C-0063-03”.

“Excepción de contrato no cumplido”.

“Improcedencia de la acción resolutoria en los eventos de incumplimiento parcial del contrato, cuando la prestación incumplida no tiene importancia para la economía del mismo”.

“Inexistencia del derecho a solicitar indemnización de perjuicios”.

“Irretroactividad de la terminación (“resolución”) del contrato”.

5.3.1. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.

Reyco dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, aceptando unos, negando otros, pero realizando en múltiples ocasiones precisiones y distinciones. De sus respuestas se desprende lo siguiente:

5.3.1.1. Sobre los antecedentes del contrato C-0063-03 de 2003.

1. Reconoce que Bellsouth presta el servicio de telefonía móvil celular en Colombia pero señala que las consideraciones sobre la sensibilidad del tema del manejo de la cartera es un asunto ajeno al contrato C-0063-03.
2. Señala que no le consta la motivación que tuvo Bellsouth para contratar compañías especializadas en el cobro de cartera y dice que es cierto que esa determinación comprendía cartera con edad superior a 30 días de mora y que para ello se escogió a firmas que demostraron capacidad operativa e idoneidad profesional.
3. Indica que no es cierto que Reyco haya sido beneficiaria del proceso de escogencia de firmas cobradoras de cartera iniciado en el último trimestre de 1999, sino que lo fueron Centro Colombiano de Información S.A. y Covinoc S.A. Reyco fue designada de manera unánime por la junta directiva de Bellsouth.
4. Acepta la existencia del contrato de suministro de arrendamiento de servicios inmateriales 2710, los inconvenientes que surgieron entre las partes y la reclamación presentada por Reyco, pero niega que esta se limitara a la suma de \$1.800'000.000.
5. Reconoce la transacción realizada por las partes y su objeto pero niega que Bellsouth no haya aceptado su incumplimiento, que Reyco haya incumplido aquel contrato y que la motivación del acuerdo haya tenido origen en la extensa relación comercial entre las partes.
6. Acepta que el contrato de transacción debió firmarse el 23 de octubre de 2002 pero indica que la demora en la suscripción es imputable a Bellsouth porque no obtuvo oportunamente las autorizaciones internas y porque tenía vigentes otros contratos para el cobro de cartera que tan solo terminaron el 1º de febrero de 2003. Dice que no es cierto que para la fecha de suscripción del contrato Reyco tuviera conocimiento de la vigencia de esos otros contratos que Bellsouth tenía para el cobro de cartera, aspecto sobre el cual indica que esa circunstancia es intrascendente porque la convocante tenía la libre disposición de la misma.
7. Dice que el contrato transacción vino a celebrarse el 21 de marzo y no el 23 de abril de 2003 tal y como se desprende de los documentos emitidos y recibidos en aquella fecha como consecuencia del acuerdo, tales como los pagarés expedidos y su recibo, el otorgamiento del poder conferido por Bellsouth a la doctora Claudia Marcela Gómez Vásquez, el escrito de renuncia a la práctica de una prueba anticipada de interrogatorio de parte ante el Juzgado 16 Civil del Circuito, etc.

5.3.1.2. Sobre el contrato C-0063-03 de 2003.

8. Acepta la existencia del contrato C-0063-03, que este fue celebrado en cumplimiento de lo acordado en el contrato de transacción, su objeto y su vigencia entre el 1º de noviembre de 2002 y el 31 de octubre de 2004, pero

dice que no es cierto que aquel haya sido suscrito el 23 de abril de 2003 porque fue firmado el 21 de marzo del mismo año simultáneamente con la firma de la transacción.

9. Advirtiendo que en la ejecución de contratos de cobranza extrajudicial de cartera masiva no existe un hecho físico de entrega, dice que es cierto que Bellsouth cumplió con la entrega jurídica de la misma, que no le consta si la convocante efectuó la asignación correspondiente en su sistema operacional y que no es cierto que Bellsouth haya cumplido con la obligación de relacionar el total de las cuentas asignadas a Reyco.

10. Reconoce el contenido de las cláusulas del contrato relativas a las obligaciones de la convocada y la existencia del manual de cobranzas a clientes pero advierte que este se aplica a la cobranza de todo tipo de cartera con independencia de si la gestión de cobro es adelantada directamente por Bellsouth o por conducto de un cobrador externo.

11. Dice que no es cierto que Reyco no haya cumplido sus obligaciones y que hasta la fecha no ha recibido ningún llamado de atención, reclamo u observación al respecto.

12. Niega que la convocada se encuentre en mora de cumplir su obligación de presentar un concepto sobre la recuperabilidad de la cartera porque este solo era indispensable “para efecto de su registro con las provisiones pertinentes en los estados financieros de Bellsouth” y, de conformidad con el citado manual, la convocada ya había ordenado tal castigo, por lo cual el concepto ya no se requería.

13. Reconoce la obligación a cargo de la convocada de tomar una póliza para garantizar el pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones pero le niega el carácter de “esencial” que le atribuye la convocante porque no es indispensable para la ejecución del contrato. Igualmente niega que Reyco se encuentre en mora de cumplir esa obligación porque la obligación no se encuentra de plazo vencido ya que debe ser cumplida en el momento en que venza el término del contrato.

14. Admite que las partes pactaron el derecho de inspección e interventoría a favor de Bellsouth pero niega que las razones para ello sean las esgrimidas por la convocante porque se trata de una estipulación que se incluye en todos sus contratos con prescindencia de su naturaleza e importancia. Igualmente niega que Reyco haya impedido el legítimo ejercicio de ese derecho y que la única oportunidad en que Bellsouth intentó practicar una inspección en sus oficinas fue el 26 de agosto de 2003, fecha para la cual ya se encontraba en mora de cumplir sus obligaciones, lo cual motivó la oposición a su práctica.

15. Niega que la convocada haya incumplido sus obligaciones ni que se encuentre en mora de hacerlo y reconoce que Reyco formuló una reclamación a Bellsouth.

5.3.1.3. El pacto arbitral.

16. Acepta la existencia de la cláusula compromisoria pactada en el contrato C-0063-03 de 2003.

5.4. La demanda de reconversión y su contestación.

La parte convocada presentó reforma de la demanda pero no efectuó una integración de escrito con el libelo original, de manera que el tribunal hará referencia a la demanda tomando en consideración ambos documentos y sus correspondientes respuestas.

5.4.1. Las pretensiones de Reyco.

En su demanda la convocada elevó las siguientes pretensiones:

“2.1. Que se declare que, respecto de las cuentas retiradas o disminuidas hasta el día 30 de abril de 2003, Bellsouth Colombia S.A. incumplió la obligación de pagar el precio establecida en el literal (ii) del numeral 3.1 de la cláusula tercera del contrato C-0063-03 por ella celebrado con Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración.

2.2. Que, como consecuencia de la anterior declaración (2.1), **se ordene a Bellsouth Colombia S.A.**, en

cumplimiento de la obligación contenida en el literal (ii) del numeral 3.1 de la cláusula tercera del contrato C-0063-03, **pagar a Recuperaciones y Cobranzas S.A.**, en reestructuración una suma de dinero equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor que tenían las cuentas que le fueron retiradas o disminuidas del total del objeto del contrato hasta el día 30 de abril de 2003. —Esta pretensión de condena persigue el pago de una suma no inferior a diez mil millones de pesos (\$10.000'000.000), cuyo monto exacto deberá ser determinado por el honorable tribunal con base en el acervo probatorio que se recaude en el proceso—.

2.3. Que se condene a la Sociedad Bellsouth Colombia S.A. a reconocer y pagar a Recuperaciones y Cobranzas S.A., en reestructuración, respecto de la suma de dinero que se determine que Bellsouth Colombia S.A. ha de pagar a mi mandante conforme la pretensión inmediatamente anterior, intereses a la máxima tasa legalmente permitida, desde el día en que ha debido pagarse (30 de abril de 2003) y hasta la fecha de pago efectivo de dicho monto, o desde la fecha y hasta la fecha que determine el honorable tribunal.

2.4. Que se condene a Bellsouth Colombia S.A. al pago de las costas y agencias en derecho que se ocasionen como consecuencia de este proceso”.

5.4.2. Los hechos de la demanda.

La demanda de reconvención abordó los siguientes aspectos: origen indemnizatorio del contrato C-0063-03, disposiciones especiales pactadas a favor de Recuperaciones y Cobranzas S.A., objeto del contrato C-0063-03, monto al que asciende la cartera asignada mediante el contrato C-0063-03, precio del contrato y procedimiento para su pago, disminución presentada en las cuentas objeto del contrato hasta el día 28 de abril de 2003 y remuneración pactada por este hecho, obligaciones incumplidas por Bellsouth Colombia S.A., cuyo cumplimiento se pretende con esta demanda, acción de cumplimiento, cláusula compromisoria, poder para demandar en reconvención, alcance del contrato de transacción, razones para suscribir el contrato de transacción el día 21 de marzo de 2003, la celebración del contrato de transacción el día 21 de marzo de 2003, la celebración del contrato C-0063-03 el día 21 de marzo de 2003, el objeto del contrato C-0063 del 21 de marzo de 2003, razón de inclusión de cláusulas especiales en los contratos de transacción y C-0063-03 y contratos de cobranza extrajudicial de cartera masiva, los cuales pueden resumirse así:

5.4.2.1. Origen indemnizatorio del contrato C-0063-03.

1. Bellsouth dio cumplimiento a la obligación adquirida en el literal (i) del acápite 3 del contrato de transacción por ella celebrado, el día 21 de marzo de 2003, con Reyco, mediante la celebración, en ese mismo día, del contrato de suministro de servicios inmateriales número C-0063-03, en el cual se incluyeron las previsiones especiales a las que se obligó aquella.

5.4.2.2. Disposiciones especiales pactadas a favor de Recuperaciones y Cobranzas S.A.

2. Además de otras disposiciones especiales pactadas a favor de Reyco, Bellsouth se obligó para con ella a (i) relacionar el total de las cuentas objeto del contrato, así como el valor de las mismas, (ii) remitir diariamente a Reyco información del recaudo de la cartera, (iii) pagarle el precio acordado en el contrato, fijado en el cuarenta por ciento (40%) del monto al que asciendan el valor de las cuentas retiradas o disminuidas (por cualquier causa) del total de las que conforman el objeto del contrato (literal (ii), numeral 3.1. y (iv) mantener el reporte en las bases de datos de comportamiento crediticio de los deudores a ella asignados.

5.4.2.3. Objeto del contrato C-0063-03.

3. En la cláusula segunda del contrato C-0063-03, las partes previeron que Reyco se comprometía a hacer gestiones para buscar el pago de la cartera que los “clientes de Bellsouth deben por concepto de la facturación generada por los servicios prestados, según las cuentas asignadas por Bellsouth bajo el presente contrato”, se estableció que la cartera asignada a Reyco en desarrollo del contrato lo constituye “la totalidad de la cartera que para el día primero (1°) de noviembre de dos mil dos (2002) tuviera una edad de mora igual o superior a trescientos sesenta (360) días” (numeral 2.1.1) y se le autorizó a conservar temporalmente una parte de la que le había sido asignada en ejecución del contrato número 2.710 de fecha 1° de febrero de 2000.

5.4.2.4. Monto al que asciende la cartera asignada según contrato C-0063-03.

4. Bellsouth no entregó a Reyco la información relacionada con el número total de las cuentas objeto del contrato, ni le indicó el valor al que ascendían las mismas para el día 1° de noviembre de 2002.
5. Dentro del procedimiento establecido en el numeral 3.2 de la cláusula tercera del contrato C-0063-03, las partes acordaron que, en el trámite de la objeción de que allí se trata, se “presumirán como correctos y fidedignos los libros y registros contables y técnicos de Bellsouth”.
6. Para el 31 de diciembre de 2001, Bellsouth registró activos castigados por valor de \$ 152.616’764.000 y provisiones por \$ 34.851’642.000 y, en la provisión para cuentas de dudoso recaudo, indicó que al “31 de diciembre del año 2001, las cuentas de difícil cobro ascendieron a \$ 108,032 millones, que en su totalidad obedecen a cartera de clientes de servicio celular, de los cuales \$ 97,219 millones presentaban una antigüedad mayor a un año”.
7. Para esa misma fecha Bellsouth registró activos castigados por \$ 152.616’764.000 y provisiones para cuentas de dudoso recaudo por \$ 72.837’513.000.
8. El valor de la totalidad de la cartera de la que era titular Bellsouth para el 1° de noviembre de 2002 con una edad de mora igual o superior a 360 días superaba, para esa fecha, la suma de \$ 155.000’000.000.

5.4.2.5. Precio del contrato y procedimiento para su pago.

9. Se dispuso que el precio que Bellsouth pagaría a Reyco tenía origen, además de en el recaudo efectivo de cartera, en el retiro o disminución que aquella llegare a efectuar en relación con el total de las cuentas objeto del contrato.
10. Igualmente se previó el mecanismo para objetar la liquidación que a Reyco presentara Bellsouth.

5.4.2.6. Disminución presentada en las cuentas objeto del contrato hasta el día 28 de abril de 2003 y remuneración pactada por este hecho.

11. Para el 28 de abril de 2003, las cuentas asignadas a Reyco en ejecución del contrato C-0063-03 eran 139.420 y el valor total de las mismas estaba representado en la suma de \$ 64.320’741.149, valor que fue certificado por la convocante.
12. El valor de la cartera asignada a Reyco para ese día era inferior al valor de las cuentas objeto del contrato por lo menos en \$ 50.000’000.000.
13. Como consecuencia de la disminución del valor de las cuentas objeto del contrato, nació la obligación a cargo de Bellsouth de pagar a Reyco la remuneración de que trata el literal (ii) del numeral 3.1. de la cláusula tercera del contrato C-0063-03, en cuantía del 40% del monto al que ascendió el valor de las cuentas así retiradas o disminuidas.
14. En la liquidación del valor de la remuneración que se puso a disposición de Reyco para liquidar el precio del contrato en el mes de abril de 2003, Bellsouth no incluyó el monto del precio por ella adeudado por concepto de la disminución en el valor de las cuentas a ella asignadas, por lo cual, mediante escrito radicado el día de mayo de 2003, Reyco presentó objeción a tal liquidación, la cual no ha sido pagada por Bellsouth.

5.4.2.7. Obligaciones incumplidas por Bellsouth Colombia S.A., cuyo cumplimiento se pretende con esta demanda.

15. Bellsouth incumplió la obligación consistente en relacionar el total de las cuentas asignadas y el valor de las mismas que ha debido efectuarse en los días subsiguientes a la fecha de celebración del mismo, para que generara la utilidad que las partes esperaban.
16. Bellsouth ha cumplido defectuosamente la obligación a cargo suyo consistente en remitir diariamente a Reyco

la información detallada de los pagos y abonos que se han realizado a las cuentas asignadas a este.

17. Reyco ha requerido privadamente a Bellsouth para que cumpla las mencionadas obligaciones.

18. Bellsouth ha incumplido la obligación consistente en pagar a Reyco el precio causado respecto del valor de las cuentas que le han sido retiradas o disminuidas por la demandada del total de aquellas cuya cobranza se encargó a la convocada.

19. A través de la demanda de reconvención se persigue el cumplimiento de la referida obligación de pago solo en relación con la disminución o retiro de cuentas que se haya producido hasta el día 30 de abril de 2003, reservándose Reyco el derecho de exigir el cumplimiento de esa obligación respecto de meses posteriores en proceso que instaure posteriormente.

5.4.2.8. Acción de cumplimiento.

20. Para el día en que Bellsouth incumplió las obligaciones a su cargo Reyco se encontraba cumpliendo cabal y oportunamente las suyas y se allana a cumplir cualquier obligación a su cargo que se encuentre de plazo vencido en el momento en que Bellsouth cumpla las atrás indicadas.

5.4.2.9. Cláusula compromisoria y poder para demandar en reconvención.

21. La disposición contenida en el numeral 19.2 de la cláusula décima novena del contrato C-0063-03 sirve de fundamento para la demanda de reconvención y para ese efecto se confirió poder al apoderado.

5.4.2.10. Alcance del contrato de transacción.

22. El contrato de transacción celebrado el día 21 de marzo de 2003 tuvo por objeto “precaver un eventual litigio derivado del incumplimiento del contrato de suministro de arrendamiento de servicios inmateriales número 2.710, celebrado por las partes el día primero (1º) de febrero de dos mil (2000)”, no limitándose al incumplimiento ocurrido durante el período relacionado en la reclamación presentada en escrito del 4 de octubre de 2001 y sin que en ningún momento se hubiera precisado el monto máximo de los perjuicios aunque allí se haya indicado que ascendía a una suma superior a los \$ 2.000'000.000.

5.4.2.11. Razones para suscribir el contrato de transacción el día 21 de marzo de 2003.

23. En relación con la reclamación presentada a Bellsouth, aquella solicitó una opinión legal y sus abogados externos le recomendaron que cualquier contrato de transacción que se fuera a celebrar en relación con los incumplimientos derivados de la ejecución del contrato 2710 del 1º de febrero de 2000 se llevara a cabo después de haber obtenido el correspondiente “paz y salvo” de Centro Colombiano de Información y Mercadeo S.A. y Covinoc S.A., los otros contratistas de cobranza de cartera, cuyos contratos terminaron por vencimiento del plazo el día 1º de febrero de 2003.

24. La administración de Bellsouth solicitó autorización para celebrar con Reyco el mencionado contrato de transacción el día 20 de febrero de 2003 en el comité de compras número 11 y obtuvo aprobación de parte del presidente de la empresa el día 3 de marzo de 2003, mediante correo electrónico remitido por este al vicepresidente financiero.

5.4.2.12. La celebración del contrato de transacción el día 21 de marzo de 2003 y la celebración del contrato C-0063-03 el día 21 de marzo de 2003.

25. El contrato de transacción celebrado el 21 de marzo de 2003 y el contrato C-0063-00 de 2003 fueron suscritos por la convocante, con el visto bueno previo del abogado interno Camilo Alberto Gutiérrez Toro y en presencia de este, quien colocó su firma abreviada.

26. Dicho abogado recibió el mismo día los pagarés otorgados por Danilo Mauricio Vergara Ospina a favor de Bellsouth en cumplimiento de la obligación asumida por Reyco, como consta en la copia del recibo y en la fecha de la carta de instrucciones.

27. En el numeral 3.2.1 del contrato de transacción, Bellsouth cedió a favor de Danilo Mauricio Vergara Ospina los créditos de los que aquella era titular y que se encontraban a cargo de Reyco y La Giralda Ltda., cesión que se perfeccionó con la firma de aquella transacción el 21 de marzo de 2003.

28. Bellsouth otorgó poder especial a la abogada Claudia Marcela Gómez Vásquez para ser representada en el trámite de reestructuración de Reyco, documento que tiene reconocimiento notarial el día 25 de marzo de 2003.

29. En desarrollo de la obligación que asumió Reyco en el contrato de transacción, el día 27 de marzo de 2003 se presentó escrito de desistimiento de la práctica de una prueba anticipada de interrogatorio de parte porque para la fecha ya se encontraba suscrito el contrato C-0063-03.

5.4.2.13. El objeto del contrato C-0063 del 21 de marzo de 2003.

30. En el documento (acuerdo transaccional) suscrito el 18 de octubre de 2002 las partes estipularon que el “Objeto del contrato indemnización” estaría constituido por “el total de la cartera que para el día en que se suscriba el contrato de transacción tenga más de 360 días de antigüedad” y así se indicó en la autorización solicitada por la administración de Bellsouth al comité de compras de esa empresa, en la instrucción correspondiente, en la solicitud de aprobación a la presidencia de la convocante por parte del vicepresidente financiero de Bellsouth, en la autorización correspondiente y en el mismo contrato de transacción.

5.4.2.14. Razón de inclusión de cláusulas especiales en los contratos de transacción y C-0063-03.

31. Bellsouth incluyó, tanto en el contrato de transacción como en el contrato C-0063-03 suscritos el día 21 de marzo de 2003, el clausulado necesario para garantizar a Reyco que el objeto de este sería el inicialmente acordado (el total de la cartera que para el día 1º de noviembre de 2002 tenía más de 360 días de antigüedad), obligándose a listar (con posterioridad al 21 de marzo de 2003) el total de estas cuentas, y que la remuneración se pagaría no solo por el recaudo de sumas de dinero, sino además sobre el valor de las cuentas que le fueran retiradas o disminuidas (por cualquier causa) del total de aquellas (con independencia de si el recaudo hubiera sido obtenido o llegare a obtenerse por persona diferente a Reyco o de si el retiro o disminución se produjera por causa diversa, todo ello habida cuenta de la naturaleza indemnizatoria del contrato).

5.4.2.15. Contratos de cobranza extrajudicial de cartera masiva.

32. En los contratos de cobranza extrajudicial de cartera masiva, como es el caso del contrato C-0063-03, no existe un hecho físico de entrega de la cartera sino que, una vez determinadas las obligaciones que lo conforman la empresa contratante procede a efectuar una asignación en su propio sistema operacional y el suministro de un listado con la información de las cuentas asignadas al cobrador y uno o varios códigos de acceso (password) para que los empleados del cobrador puedan acceder al módulo correspondiente. En cumplimiento de la disposición contenida en el numeral 2.9 del contrato C-0063-03, Reyco tiene acceso al sistema de administración de clientes de Bellsouth (élite) y ha mantenido en funcionamiento la infraestructura de sistemas que le permite tener acceso directo a dicho sistema de administración de clientes.

5.4.3. Oposición a las pretensiones.

Bellsouth se opuso expresamente a todas las pretensiones y al efecto formuló las siguientes excepciones de mérito:

“Inexistencia de la obligación incumplida”.

“Nulidad del contrato C-0063-03 de 2003 por dolo de la empresa demandante”.

“Ineptitud sustantiva de la demanda”.

“Abuso del derecho”.

“Incumplimiento voluntario, culposo y/o doloso del contrato por parte de Reyco”.

5.4.4. Pronunciamiento sobre los hechos de la demanda.

Bellsouth dio respuesta a cada uno de los hechos de la demanda, aceptando unos, negando y realizando en varios precisiones y puntualizaciones. De su respuestas se desprende lo siguiente:

1. Reconoce la existencia de los contratos de transacción y del C-0063-03 pero remite al texto de sus cláusulas. También admite la expedición de los documentos que se instrumentaron a raíz de la firma de aquellos.
2. Precisa que el acuerdo transaccional en que las partes fijaron las condiciones en que Reyco gestionaría la cartera fue suscrito el 18 de octubre de 2002 y allí se convino firmar el contrato transacción en un plazo no mayor de 5 días calendario. El contrato de transacción y el C-0063-03 fueron suscritos el 23 de abril, no obstante haberse indicado en él el 21 de marzo de 2003 y de estarse ejecutando desde el 1° de noviembre de 2002. Si bien en el contrato de transacción se indicó que a cargo de Bellsouth estaría la celebración de un contrato de arrendamiento de servicios inmateriales, por imposición de Reyco se definió como uno de suministro de tales servicios.
3. Reconoce la obligación a cargo de Bellsouth de relacionar el total de cuentas asignadas pero advierte que para el momento de suscripción del contrato aquella ya la había cumplido, al punto que una funcionaria de Reyco por e mail del 28 de noviembre de 2002 relacionó las obligaciones que estaban en su poder para el cobro, con las características descritas en el contrato.
4. Dice que es cierto que Bellsouth se obligó a remitir diariamente la información detallada de pagos y abonos pero remite al texto de la cláusula.
5. Sobre el precio del contrato dice que es parcialmente cierto lo afirmado por la demandante porque la previsión de la cláusula correspondiente es distinta a la expuesta, por ejemplo, en cuanto indica que la liquidación para el pago por concepto de las cuentas retiradas o disminuidas se hace sobre las correspondientes al total de las que son objeto del contrato, cuando lo pactado es sobre el total de las cuentas entregadas, es decir, de aquellas que están en posesión de Reyco.
6. Aclara que la referencia a la totalidad de la cartera que se hace en el contrato C-0063-03 se refiere a la que se encuentra en poder de Reyco.
7. Por la misma razón anterior, niega que Bellsouth no haya entregado a Reyco la información sobre el número total de cuentas objeto del contrato, lo implica que no había lugar a una entrega adicional a la que ya tenía porque la demás estaba siendo cobrada por otras empresas.
8. Considera irrelevantes las menciones sobre el valor de los activos y provisiones de Bellsouth, sobre el valor de la totalidad de su cartera y, en general, sobre sus estados financieros frente a lo pactado en el contrato.
9. Advierte que la previsión contractual sobre el retiro o la disminución de la cartera no ha acontecido durante la vigencia del contrato porque Reyco ha tenido a su disposición la posibilidad de gestionar la totalidad de la que contractualmente se le asignó.
10. Niega que para el 28 de abril de 2003 el valor de la cartera asignada a Reyco fuera inferior al valor de las cuentas objeto del contrato en por lo menos \$ 50.000'000.000.
11. Acepta que Bellsouth recibió una reclamación de Reyco pero la rechaza por cuanto, insiste, las bases sobre la que las partes negociaron y celebraron la transacción se funda en las cuentas que al 1° de noviembre de 2002 tenían 360 días de mora y que estaban en poder de Reyco. Sin embargo aclara que la suma de \$ 2.000'000.000 allí mencionada correspondió al valor sobre el cual las partes negociaron y suscribieron el contrato de transacción y que el valor estimado del contrato C-0063-03 era de \$ 1.200'000.000.
12. Indica que la certificación expedida por Bellsouth a Reyco sobre el número y valor de las cuentas que estaban siendo de cobro son las que eran materia del contrato sin que en ningún momento la convocada solicitara certificar cuentas no asignadas bajo el mismo contrato.
13. Niega, en consecuencia, que Bellsouth haya retirado o disminuido el valor de las cuentas a las que contractualmente se obligó y, por consiguiente, la existencia de una obligación de pagar una remuneración por ese

concepto.

14. Reconoce como ciertos la existencia de otros contratos de cobro de cartera con el Centro Colombiano de Información y con Covinoc pero advierte que el contrato con Reyco no incluía la cartera que gestionaban otros contratistas, la cual, además, era corriente, es decir, que no estaba contablemente castigada.

15. Acepta como parcialmente cierto el hecho relacionado con la solicitud de autorización por parte de la administración de Bellsouth para la firma del contrato de transacción pero aclara que, como el acuerdo con Reyco no superaba los US\$ 500.000, solo se solicitó el visto bueno de la presidencia.

6. Presupuestos procesales.

Los presupuestos procesales están dados. En efecto, como se señaló en la primera audiencia de trámite, las partes son plenamente capaces y están debidamente representadas. De conformidad con las certificaciones que obran en el expediente, tanto Bellsouth como Reyco son sociedades comerciales, legalmente constituidas y con domicilio en Bogotá; los representantes legales de las partes son mayores de edad como se acreditó con el reconocimiento de los respectivos poderes; igualmente, ambas partes actuaron por conducto de sus apoderados reconocidos en el proceso.

Al analizar su competencia, los árbitros encontraron que el tribunal fue debidamente integrado e instalado, que las controversias planteadas son susceptibles de transacción y que las partes tienen capacidad para transigir.

Finalmente, el proceso se adelantó con el cumplimiento de las normas previstas sin que obre causal de nulidad que afecte la presente actuación.

7. Pruebas practicadas.

Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus pretensiones o excepciones, las partes aportaron varios documentos y solicitaron la incorporación de otros, los cuales fueron anexados al expediente con las formalidades legales. Igualmente, el tribunal practicó dos exhibiciones de documentos por parte de terceros.

A. Solicitud de las partes se recibieron varios testimonios.

De la misma manera se recibieron los interrogatorios a los representantes legales de las partes.

Se decretaron y practicaron tres dictámenes periciales rendidos por peritos ingeniero de sistemas, contador y economista.

En esta forma se concluyó la instrucción del proceso durante la cual las partes tuvieron la oportunidad de controvertir las pruebas en los términos de ley.

B. Consideraciones del tribunal.

1. Las tachas formuladas a los testigos.

Varios de los testigos, Angela Yovanna Salinas, Esteban Botero, Nelson Castro Mora, Camilo Gutiérrez, Neftalí Saenz, William Mariano Quiroga, María Isabel Romero, Darío Arango, fueron tachados por sospechosos en razón de los vínculos que tienen con la parte convocante.

El artículo 217 del Código de Procedimiento Civil prevé que “son sospechosas para declarar las personas que en concepto del juez, se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés con relación a las partes o a sus apoderados, antecedentes personales u otras causas”. Sin embargo en asuntos como el que se analiza en el presente proceso, cuando los testigos, a pesar de estar vinculados con alguna de las partes, han sido partícipes del negocio que ha originado la controversia, no se les puede considerar *per se* como sospechosos si no se advierten circunstancias adicionales que fluyan de su testimonio y puedan sembrar esa sospecha en el juzgador.

Analizadas de nuevo sus declaraciones, en cuanto tuvieron alguna relación con la formación del criterio del tribunal, se puede concluir que ninguno de los testigos ha desconocido el deber de declarar la verdad, no obstante participar cada uno, en mayor o menor medida, de la posición defendida por la parte a que se encuentra vinculado. Los apoderados de las partes, por lo demás, tampoco dedujeron glosa seria de ninguno de los testigos como quiera que aparte de la tacha como planteamiento de alerta, no presentaron documento alguno probatorio de hechos concretos atentatorios de la verdad, como habría sido necesario para que prosperara la tacha conforme al artículo 218 del Código de Procedimiento Civil.

Así las cosas, al no estar demostradas circunstancias distintas a la relación laboral o profesional con una de las partes, el tribunal denegará las tachas formuladas.

2. La demanda principal y su reforma.

Procede el tribunal al estudio de la demanda principal y de su reforma, en las cuales se solicita, en síntesis, que se declare que Reyco incumplió el contrato C-0063-03 y su otrosí número 1 y que como consecuencia, se declare resuelto ese negocio y se condene a esta a pagar el daño emergente y el lucro cesante ocasionados a la convocante por el referido incumplimiento.

Se encaminan pues esas pretensiones a una declaratoria de responsabilidad contractual de la convocada y por ello se procederá a estudiar si se encuentran verificados todos y cada uno de los requisitos esenciales de ese tipo de responsabilidad, a saber: (i) la existencia del contrato y de las obligaciones que de él se derivan, (ii) el incumplimiento de las obligaciones asumidas por el deudor, (iii) la generación de un daño al acreedor, y (iv) la imputación de ese incumplimiento al deudor.

2.1. La existencia del contrato y de las obligaciones que de él se derivan.

No existe reparo de ninguna de las partes en torno a la existencia y validez del contrato C-0063-03 y observa incluso el tribunal que su texto fue aportado por cada una de ellas en las oportunidades procesales correspondientes.

Igualmente se observa que las obligaciones surgidas a cargo de Reyco y a favor de Bellsouth se encuentran plenamente demostradas con el texto del contrato, respecto del cual las partes no manifestaron vicio o defecto alguno que pueda invalidarlo, y que existe acuerdo sobre el objeto de las obligaciones que por virtud de ese contrato surgieron para la convocada.

2.2. Los incumplimientos alegados por Bellsouth.

Al decir de la convocante, Reyco “no ha cumplido con las obligaciones descritas en las cláusulas 2.1 y 2.2 (sic) del contrato C-0063-03 de 2003 y en las correspondientes del manual de cobranzas a clientes”⁽¹⁾; igualmente ha desatendido la obligación de elaborar un concepto sobre la recuperabilidad de la cartera⁽²⁾, no cumplió con el deber de prestar una póliza de seguro que amparara a Bellsouth por razón del pago de salarios, prestaciones sociales e indemnizaciones⁽³⁾ y se ha negado a permitir el ejercicio del derecho de inspección pactado en el referido contrato⁽⁴⁾.

2.2.1. El alegado incumplimiento de los numerales 2.1, 2.2 y 2.10 de la cláusula segunda del contrato C-0063-03.

El numeral 2.1. de la cláusula segunda del contrato dispone que “el contratista prestará el servicio buscando garantizar el oportuno y adecuado recaudo de la cartera que los clientes de Bellsouth deben por concepto de la facturación generada por los servicios prestados, según las cuentas asignadas por Bellsouth bajo el presente contrato. El contratista prestará el servicio mediante la gestión administrativa o extrajudicial del cobro o, previa autorización de Bellsouth, mediante el cobro judicial sujetándose en todos los casos a las políticas y las instrucciones impartidas por Bellsouth(sic) (...)”⁽⁵⁾.

El numeral 2.2 de la referida cláusula prevé a su turno que “el servicio se suministrará de conformidad con las políticas y procedimientos generales establecidos por Bellsouth para el recaudo de su cartera, que actualmente

están en el anexo 1 manual de cobranzas a clientes, el cual declara conocer y aceptar el contratista”.

Y en lo que se refiere al numeral 2.10 de la cláusula en estudio el contrato dispone que “el contratista deberá conceptuar técnicamente, por lo menos una vez al semestre, sobre el grado de recuperabilidad y de valoración de cada una de las obligaciones entregadas para su cobro, para efecto de su registro con las provisiones pertinentes en los estados financieros de Bellsouth”.

Para sustentar el incumplimiento de la referida disposición contractual, el apoderado de la convocante en su alegato de conclusión ha invocado diversas pruebas testimoniales, según las cuales, en su sentir, quedaba en evidencia que Reyco no adelantó de manera adecuada el recaudo de la cartera que le fue encomendada.

Sobre el particular el tribunal observa que en la declaración de Angela Yovanna Ramírez Salinas, soporte, entre otras, de la petición de Bellsouth para declarar el recaudo deficiente, si bien la testigo mencionó que el desempeño en cuanto al nivel de gestión “es muy bajo”, también manifestó no tener las cifras para demostrar ese bajo nivel, y adicionalmente sostuvo que dentro de los contratos cuyo control le fue encomendado, no se encontraba el C-0063, circunstancia que impide concluir sobre esas bases que la convocada cumplió defectuosamente la obligación contenida en el numeral 2.1 de la cláusula segunda del contrato. En similar sentido rindieron testimonio algunos otros funcionarios de la convocante, es decir, manifestando de manera un tanto vaga e imprecisa, algunos reparos sobre la efectividad del recaudo por parte de Reyco pero sin referirse de manera concreta a indicadores de gestión o de resultados que pudieran haber llevado al tribunal a la certeza de que se evaluó la gestión de la convocada con unos parámetros adecuados a las condiciones especiales del contrato C-0063. Por el contrario, en la declaración del señor Nelson Castro, profesional del área de cartera de Bellsouth, se manifestó que para el contrato C-0063, no había metas de gestión ni de efectividad.

Por ello, no puede considerarse, con base en las declaraciones recibidas, por lo demás todas provenientes de trabajadores de Bellsouth⁽⁶⁾, que el recaudo de la cartera encomendada a Reyco por virtud del contrato C-0063-03 no fue el esperado, porque frente a las contradicciones de los testigos, era necesaria la aportación de medios probatorios más precisos e idóneos que permitieran acreditar esa situación objetiva, tales como un dictamen pericial o la medición técnica de los indicadores de gestión, de cuya existencia dan cuenta algunos testigos pero nunca fueron allegados al proceso.

Adicionalmente debe tenerse en cuenta, como lo manifestaron casi todas las personas que declararon en el proceso sobre este tema, que el contrato C-0063-03 tenía unas especiales circunstancias de ejecución que no pueden escapar a las consideraciones del tribunal, toda vez que se salió de los lineamientos usuales de contratación de Bellsouth para el cobro de su cartera, y que su objeto recayó sobre unas obligaciones con mora superior a 360 días, es decir, de difícil recaudo, cuya recuperabilidad no podía ser medida con los mismos parámetros aplicados a la cartera de 30 ó 60 días. Refuerza esta apreciación del tribunal el hecho de que la convocante hubiera castigado esas obligaciones, y por ello era de esperarse que su recuperación no fuera tan ágil y tan exitosa como podría ser aquella respecto de deudas con una mora inferior.

Por otro lado, en lo que se refiere a la no emisión de un concepto de recuperabilidad de las obligaciones, debe manifestar el tribunal que por tratarse de una negación indefinida cuya prueba en contrario correspondía a la convocada, una vez examinado el expediente queda demostrado que ese concepto en efecto no se emitió y por lo tanto Reyco sí desatendió esa obligación.

En los términos anteriores y a manera de síntesis de lo expuesto, si bien no aparece acreditado el incumplimiento de las obligaciones contenidas en los numerales 2.1 y 2.2 de la cláusula segunda del contrato, es claro que la obligación prevista en el numeral 2.10 de la misma estipulación, sí fue incumplida por la convocada.

2.2.2. La falta de otorgamiento de la póliza de cumplimiento para garantizar el pago de salarios y prestaciones sociales.

La cláusula décima del contrato C-0063-03 tenía previsto que el contratista tomara por su cuenta y a favor de Bellsouth una póliza de seguro de cumplimiento que garantizara el pago de salarios y prestaciones sociales por una suma asegurada equivalente al 5% del valor del contrato con una vigencia igual a la duración de este y 3 años más.

La parte convocada, en la contestación de la demanda y de su reforma, así como en su alegato de conclusión ha aceptado que no ha constituido aún esa póliza, en primer lugar por cuanto inicialmente el valor del contrato no había sido establecido por las partes y por ello no podía determinar el valor asegurado, y posteriormente porque en su opinión, la póliza debía prestarse una vez vencido el plazo contractual.

Observa el tribunal que el día 23 de abril de 2003, las partes suscribieron un otrosí al contrato, con el objeto exclusivo de acordar el valor asegurado de la póliza, la cual, al tenor de la cláusula 10.1 debía ser prestada para amparar el riesgo durante toda la vigencia del contrato y los tres años posteriores a su vencimiento. No comparte el tribunal el argumento de la sociedad convocada, en el sentido de que la póliza debía prestarse solamente una vez cumplido el plazo del negocio jurídico, pues resulta innegable que el riesgo de reclamaciones de carácter laboral de los empleados de Reyco contra Bellsouth por virtud de las normas y jurisprudencias que así lo permiten, podía presentarse desde el comienzo de la vigencia del contrato C-0063-03 y por ende era menester que la póliza fuera expedida, si no desde el comienzo del convenio, por lo menos con un amparo inicial coincidente con la duración de aquel.

En estos términos, el tribunal concluye que Reyco incumplió la obligación prevista en la cláusula 10.1 del contrato C-0063-03.

2.2.3. El incumplimiento de la obligación de permitir una auditoría por parte de Bellsouth.

La parte convocante ha sostenido en la demanda que Reyco incumplió la cláusula décima primera del contrato C-0063-03 en la cual se acordó un derecho de inspección en su favor.

Los testigos auditores⁽⁷⁾ que rindieron declaración ante este tribunal, efectivamente han corroborado la negativa de la convocada a permitir el ejercicio de tal derecho y en igual sentido la parte convocada ha admitido esa negativa, invocando para justificar su conducta que Bellsouth había incumplido anteriormente sus obligaciones y por ello no estaba en el deber de permitir esa inspección.

En lo que se refiere a este tema, e independientemente del incumplimiento, reprocha el tribunal las aseveraciones contradictorias de los funcionarios de Bellsouth al respecto, pues mientras el señor Norbel Villegas declaró que el área legal de la compañía le solicitó efectuar la visita de inspección, la doctora Martha Elena Ruiz, directora jurídica de la convocante, manifestó que el departamento jurídico nunca lo hizo.

Sin embargo, y sin que hayan de tenerse en cuenta las razones que pudo tener la demandante para intentar esa inspección, es claro que las partes convinieron ese derecho para Bellsouth y que el representante legal de Reyco se negó a permitir su ejercicio.

2.3. Existencia de un daño como elemento adicional para que se configure la responsabilidad.

Establecido como ha quedado, que algunas de las obligaciones a cargo de Reyco fueron incumplidas, es necesario que el tribunal evalúe si esos incumplimientos ocasionaron un daño a la sociedad convocante para poder configurar así una responsabilidad de la convocada.

En efecto, la ley establece que incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran los efectos jurídicos que ellas persiguen (CPC, art. 177) y por consiguiente quien pretende judicialmente la reparación de un daño, debe probarlo, porque este elemento es presupuesto indispensable de la obligación de indemnizar.

No es suficiente que en la demanda y en desarrollo del proceso se afirme la existencia del perjuicio, ni tampoco es suficiente probar el incumplimiento del contrato para deducir la existencia del perjuicio; es necesario, se repite, que el mismo se acredite.

Comparte el tribunal la apreciación doctrinal conforme a la cual el daño “no es una constante más [de la responsabilidad]; es la constante vital del sistema, el motor determinante de los derroteros por los que actualmente está discurriendo la responsabilidad civil”⁽⁸⁾ y por ello, debe procederse en consecuencia, a evaluar cuál fue el daño provocado a Bellsouth por los incumplimientos de la convocada.

Igualmente ha de tenerse en cuenta que “...los únicos casos en los que el demandante está relevado de su tarea de demostrar los daños se presentan cuando la ley misma los establece, esto es, cuando hay ‘evaluación legal’ o cuando las partes los tasan de antemano, a través de una cláusula penal o de un pacto de arras, es decir mediante ‘evaluación convencional’ de los deméritos económicos”⁽⁹⁾.

Revisadas las cláusulas del contrato, se concluye que en ninguna de ellas existe para los incumplimientos alegados por Bellsouth en este proceso, una tasación o previsión anterior de los daños y por ello, corresponde analizar si la no expedición del concepto de recuperabilidad de la cartera, la no contratación de la póliza de cumplimiento y la negativa a la visita de auditoría solicitada por la convocante, le ocasionaron un perjuicio patrimonial que se haya demostrado en el proceso.

Sobre el primero de esos eventos, es evidente que la convocante no demostró el eventual perjuicio que esa omisión le ocasionó. En ese mismo sentido, observa el tribunal en la cláusula 2.10 del convenio que ese concepto de recuperabilidad tenía como finalidad la elaboración de “las provisiones pertinentes en los estados financieros de Bellsouth”, circunstancia que a pesar de estar pactada en el contrato, no parece muy oportuna, pues, como lo declararon el señor Pablo Duarte, contador de la demandante, y los demás funcionarios, la cartera que le fue entregada a Reyco ya había sido castigada en los estados financieros de la actora. No aparece entonces una prueba de que la no expedición del concepto haya deteriorado el patrimonio de la sociedad convocante, mucho menos si contablemente, por tratarse de cartera castigada, ya se habían efectuado todas las provisiones posibles.

En lo tocante a la no entrega de la póliza de seguro que amparara el riesgo de una eventual reclamación de los trabajadores de Reyco contra Bellsouth por sus derechos laborales, no aparece tampoco en el expediente prueba alguna de que una de esas actuaciones se haya presentado ni de que la convocante se haya visto obligada a indemnizar laboralmente a alguno o algunos de los empleados de Reyco por virtud de la solidaridad laboral prevista en casos como este. Así, si bien el riesgo todavía existe y constituye, sin duda, deber de Reyco aportar esa póliza aún hoy, no puede concluirse que exista un daño probado por la no entrega de ese seguro y en consecuencia, no se da tampoco en este evento ese requisito esencial para la prosperidad de la pretensión indemnizatoria.

Idéntica observación debe hacerse respecto de la negativa a permitir la auditoría prevista en la cláusula décima primera del contrato, pues si bien no se le permitió a Bellsouth la revisión, no se demostró que esa prohibición haya repercutido desfavorablemente en su patrimonio.

Con fundamento en lo anterior, si bien existen algunos incumplimientos contractuales por parte de Reyco, estos no tuvieron la virtualidad de generar un daño patrimonial a la sociedad convocante, y por ello es imposible que el tribunal profiera una declaratoria de responsabilidad al respecto, y mucho menos la condena solicitada por la parte convocante en su demanda, la cual por lo demás, nunca fue cuantificada.

2.4. Consecuencia del incumplimiento y gravedad del mismo.

Si bien los incumplimientos contractuales aceptados por el tribunal, aparecen ciertos en su ocurrencia, podría de otra parte considerarse que carecen de la suficiente entidad e importancia para predicar de ellos las consecuencias jurídicas que derivan del incumplimiento contractual o del cumplimiento defectuoso. Sabido es que la doctrina y la jurisprudencia han venido construyendo la tesis de que un incumplimiento debe tener entidad suficiente para que de él puedan derivarse las consecuencias que predica el artículo 870 del Código de Comercio, norma que reprodujo, para los asuntos mercantiles, como este que nos ocupa, con una muy superior redacción, la regla clásica del artículo 1546 del Código Civil. Con mayor propiedad la disposición comercial se refiere al incumplimiento contractual como causa generadora de la disyuntiva de pedir la terminación o la ejecución de las prestaciones pendientes, sin mencionar una condición resolutoria tácita, que no es propiamente tal, porque en caso de tratarse de una condición esta debería ser tenida como potestativa, por depender de la conducta exclusiva de uno de los contratantes que, en los términos del artículo 1535 del Código Civil, de aplicarse con todo el rigor la técnica jurídica, debería tenerse por nula, al depender tan solo de la renuencia del contratante incumplido.

En todo caso, dejando de lado esta última disquisición jurídica, se reafirma por el tribunal que no cualquier incumplimiento da lugar a la disyuntiva ya mencionada, en tanto es normal que una ejecución contractual, en particular si esta es de alguna complejidad, genere toda una serie de circunstancias imprevistas, de pequeños

detalles que escapan al cuidado más esmerado, que resultaría un rigor excesivo considerarlas como suficientes para fundar sobre ellas las consecuencias del mencionado artículo 870 del Código de Comercio. Se requiere que la ecuación contractual, por obra de una de las partes, no por hechos extraños a los contratantes, haya sufrido menguas sensibles para que puedan predicarse de esta situación las consecuencias legalmente previstas para el incumplimiento o para el cumplimiento defectuoso. El criterio de justicia que debe regir toda interpretación y aplicación de la ley, manda que se tenga en cuenta la importancia de las prestaciones respectivas y la entidad de la conducta de las partes frente a ella, antes de tomar las decisiones que derivan del artículo 870 que estudiamos.

Bien afirmó la Sala de Casación Civil en sentencia del 11 de septiembre de 1984, con doctrina reiterada en una gran variedad de oportunidades, lo siguiente:

“En rigor jurídico es verdad que en los procesos en que se pide la resolución de un contrato bilateral por incumplimiento del demandado, es deber inexcusable del juez, para que su fallo resulte equitativo, detenerse sobre el requisito de la importancia que la ley requiere para que el incumplimiento invocado dé asidero a la pretensión deducida; en justicia el contrato no se podrá resolver si el incumplimiento de una de las partes contratantes tiene muy escasa importancia en atención al interés de la otra”.

Revisado el análisis que se hace de los incumplimientos alegados por Bellsouth y aceptados por el tribunal, evidentemente no puede aceptarse como de suficiente talla la renuencia a la práctica de la auditoría, entre otras cosas porque la falta de la misma, atendidas las condiciones de la contratación que dio lugar a este proceso, no podía generar un daño importante a la parte que convocó a este trámite arbitral. En efecto, Reyco trabajaba sobre un resultado y cobraba por este, sin que los procesos internos para obtenerlo interesaran en demasía a Bellsouth, cuya única preocupación debió ser la del volumen del recaudo de los créditos que se daban en cobranza. En buena parte el desarrollo del cometido contratado con Reyco podía ser seguido a través del sistema electrónico previsto para este efecto, sin necesidad de la mencionada auditoría “*in situ*”.

Respecto de la falta de la póliza que respaldara el pago de salarios y prestaciones sociales para cubrir la responsabilidad derivada del artículo 34 del Código Sustantivo del Trabajo, con la modificación que le introdujo el artículo 3° del Decreto Ley 235 de 1965, es verdad que se puede encontrar en su omisión una falla de la conducta debida de alguna importancia superior, sin llegar a ser determinante en las responsabilidades recíprocas de las partes. Tampoco se encuentra probado en el expediente que Bellsouth haya desplegado cualquiera clase de diligencia para subsanar la respectiva falta, limitándose a invocarla como sustento de sus pretensiones.

Con apoyo en las consideraciones últimamente expresadas, el tribunal estima que las causales de incumplimiento alegadas en contra de Reyco buscan más sostener una posición procesal, la de la parte convocante, ante la expectativa de este trámite, que haber constituido una conducta capaz de enervar la continuación y el desarrollo previsto de la relación contractual que dio lugar a esta causa. No se trata de temas sobre los cuales aparezca que las partes hayan sostenido entendimientos previos, en busca de ser debidamente subsanados, como es propio de la lealtad debida en una ejecución contractual, que en los términos del artículo 871 del Código de Comercio, debe adelantarse “de buena fe”, sino de incidencias contractuales que se traen a cuento cuando un conflicto estalla y cada uno de los contendores pretende ubicarse en las mejores condiciones procesales posibles.

Para rematar esta parte de las consideraciones, debe agregarse que, aún admitiendo, como se hace, que algunas prestaciones menores fueron incumplidas y aún dando a estas la importancia de que carecen y aceptando que merecen ser tenidas en cuenta a pesar de no haberse reclamado oportunamente, los incumplimientos que se invocaron, no solamente no generaron perjuicios, sino que ni siquiera pueden dar lugar a la resolución o terminación del contrato, en tanto este, en la fecha en que se produce este laudo, expiró por vencimiento del término previsto para su ejecución.

2.5. Conclusión.

De todo lo anterior concluye el tribunal que no están llamadas a prosperar las pretensiones primera, segunda, segunda subsidiaria, tercera y cuarta de la demanda principal reformada y que en consecuencia, de su lado, está llamada a prosperar la excepción denominada por la convocada “Inexistencia del derecho a solicitar indemnización de perjuicios” lo cual será declarado en la parte resolutive de esta providencia.

Adicionalmente como ese medio exceptivo tiene la virtualidad de enervar las pretensiones referidas, el tribunal se abstendrá de entrar e estudiar las demás excepciones propuestas frente a esas peticiones y pasará a estudiar la pretensión quinta de la demanda.

2.6. Precisión final respecto de la pretensión quinta de la demanda y su reforma.

En el *petitum* de la reforma de la demanda, el apoderado de la convocante solicitó que se ordenara a la sociedad demandada abstenerse de utilizar cualquier nombre, signo distintivo, marca o similar de propiedad de Bellsouth Colombia S.A., recibidos para la ejecución del contrato C-0063-03, y reintegrar todos los bienes e información que haya recibido y/o procesado o elaborado.

De las pruebas que obran en el expediente, y en especial del texto del contrato, queda establecido que el plazo pactado por las partes ya expiró. Podría haberse tomado la pretensión que se comenta como una consecuencia lógica de la resolución solicitada en la demanda; sin embargo habiendo concluido el contrato por vencimiento de su término, independientemente de aquel entendimiento el tribunal considera que debe acceder a la petición y consignar la prohibición entre sus resoluciones, dando a la misma la fuerza ejecutiva que quiso la convocante para cuando dejara de existir, como ya ocurrió, vínculo o relación comercial derivada de un contrato entre las partes.

Si a lo anterior se agrega el hecho de que la convocada no se opuso a esa petición, ni presentó excepción alguna frente a ella, habrá aún mayor razón para acceder a lo solicitado en la pretensión quinta de la demanda, y así se registrará en la parte resolutoria de esta providencia.

3. La demanda de reconvención.

Antes de precisar el alcance de la pretensión principal de la demanda de reconvención, el tribunal debe ocuparse de fijar claramente el contenido de la obligación asumida por Bellsouth respecto del monto de la cartera que debía ser entregada o asignada a Reyco para su cobranza.

3.1. La cartera objeto del contrato C-0063-03.

Sobre este particular las partes han presentado en el curso de este trámite arbitral posiciones sensiblemente divergentes, aspecto que, en criterio del tribunal, es el meollo de esta litis y sobre el cual conviene avanzar cuidadosamente.

En el contrato de transacción suscrito el 21 de marzo de 2003, se convino por las partes que Bellsouth encargaría a Reyco “la cobranza de la totalidad de la cartera que, para el día primero (1º) de noviembre de dos mil dos (2002), tuviera una edad de mora igual o superior a trescientos sesenta (360) días, **debiendo relacionarse el total de las cuentas asignadas y el valor de las mismas**” (resalta fuera del texto). En idénticos términos se consagró este mismo encargo de Bellsouth a Reyco en la cláusula segunda (2.1.1) del contrato C-063-03, celebrado en ejecución y desarrollo del primero y suscrito formalmente por las partes con la misma fecha indicada.

Discrepan las partes sobre el alcance que, en desarrollo de sus contratos, debe darse a la expresión “la totalidad de la cartera que para el día primero (1º) de noviembre de dos mil dos (2002) tuviera una edad de mora igual o superior a trescientos sesenta (360) días”. Para Reyco su encargo de cobranza se refería a la totalidad de la cartera existente a favor de Bellsouth con mora igual o superior a 360 días. Para Bellsouth solamente a la cartera que con tales características estaba en poder de Reyco el 1º de noviembre de 2002.

Reyco prueba su posición con los textos de los contratos ya mencionados, con la declaración del representante legal de su contraparte y con los testimonios de los señores Camilo Alberto Gutiérrez Toro y Neftaly Sáenz Riaño. De su lado, Bellsouth argumenta que en las negociaciones que dieron origen al convenio de transacción y luego al contrato que lo desarrolló —negociaciones que a su parecer forman la intención de las partes— se calculó una suma que pudiera resarcir los perjuicios que Reyco reclamaba, aproximados a la cantidad de \$2.000 millones, y sostiene que a esa cifra se llegaba aumentando la remuneración para Reyco al 40% del valor de los recaudos de la cartera que ya tenía en su poder. Bellsouth afianza esta postura con los testimonios de los señores Esteban Botero, Darío Arango y Nelson Castro, con copia de una anotación hecha por el señor Arango en un cuaderno de apuntes y con los mensajes cruzados entre el señor Nelson Castro y la señora Carolina Guido Vélez.

Por las razones que se exponen a continuación, el tribunal estima que la cartera a que se refiere el contrato C-0063-03, y por tanto la que debe tomarse en consideración para decidir la pretensión esencial de la demanda de reconvencción, está constituida por la totalidad de las obligaciones que a cargo de clientes de Bellsouth, por concepto de facturación por servicios de telefonía móvil, registraban el día 1º de noviembre de 2002 una edad de mora igual o superior a 360 días. Su monto estimado, conforme al promedio de los dos dictámenes periciales que obran en el proceso y que se refieren al punto, y antes de las deducciones que adelante expresa el refiere el tribunal, era de \$ 163.876.474.567. El tribunal considera adecuado tomar este promedio entre dos apreciaciones periciales que, partiendo de bases distintas, llegan con todo a una determinación bastante cercana, lo cual avala la consistencia de los dictámenes respectivos.

El tribunal encuentra las siguientes razones para sustentar su conclusión:

1. El sentido natural de las palabras empleadas en los contratos suscritos el 21 de marzo de 2003 (“la cobranza de la totalidad de la cartera”) como el de las palabras que definen el objeto del convenio denominado acuerdo transaccional de fecha 18 de octubre de 2002 (“el total de la cartera”) no se presta a dudas. Y menos cuando no hubo en ninguna de tales convenciones distinciones o aclaraciones que pudieran indicar clases diferentes de deudas, ni referencias a determinadas deducciones o exclusiones. Como se diría en la hermenéutica legal, si la norma no distingue, no debe distinguir el intérprete. De igual manera, si las partes no establecieron ninguna diferencia, esta no puede tener cabida para el tribunal.

De alguna manera Bellsouth ha querido introducir en el proceso la tesis de que los textos de los contratos fueron suscritos sin asesoría jurídica, posiblemente con la idea de que se entienda que sus expresiones no fueron suficientemente precisas. Sin embargo, está claro que, si bien al menos en el primero de los textos no participaron los abogados en la redacción del documento, este sí fue con todo supervisado por uno de ellos, así no fuera el asesor de mayor jerarquía dentro de la organización de la oficina jurídica de la parte convocante en la demanda principal. De todas maneras, los contratos fueron convenidos por personas avezadas en la contratación y seguramente el segundo de los textos revisado cuidadosamente, bien que hubiera sido preparado por la demandante en reconvencción. Esta última circunstancia permitiría interpretarlo contra ella, en aplicación de la última parte del artículo 1624 del Código Civil, pero solamente si existiera alguna duda justificada sobre su entendimiento o si la cláusula pudiera tomarse como ambigua, situaciones que el tribunal no encuentra. En todo caso, es claro que los dos textos contractuales fueron concordantes, y que no existen, salvo las posiciones asumidas por las dos partes y las versiones que presentaron personas ligadas a una u otra, elementos documentales que permitan desvirtuar los textos respectivos.

Es verdad y constituye un aspecto que el tribunal no puede dejar de tener en cuenta, que el artículo 1618 del Código Civil, aplicable a esta materia mercantil en virtud de la remisión general que se hace por el artículo 822 del Código de Comercio, establece que “conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (resalta fuera del texto). Esta regla admite una comparación con la que le resulta opuesta, que bien podría enunciarse así: en caso de que no existan elementos de juicio suficientes para inferir una intención de los contratantes, debe el intérprete atenerse a los textos documentales que ellas usaron como referencia al contratar. La prueba documental busca, precisamente, que existan textos comunes de referencia, encaminados a demostrar cuál fue la verdadera intención que se tuvo al estipular unas prestaciones, sin dejar esta intención abandonada a los recuerdos posteriores, a las reconstrucciones testimoniales o a la indagación que se pueda efectuar a través de los hechos propios de la ejecución contractual. En tanto no existe ninguna discusión entre las partes sobre la autenticidad del contrato celebrado entre ellas, debe aceptarse su eficacia probatoria mientras esta no haya sido suficientemente desvirtuada, lo cual en criterio del tribunal no ha sucedido en este trámite.

Bien afirmó nuestra Corte Suprema de Justicia (Casación Civil de 19 de noviembre de 2001) lo siguiente:

“(…) señala la doctrina especializada que, por el aspecto exterior, “el testimonio es un acto y el documento un objeto y, por tanto (...) el primero es un medio subjetivo y el segundo un medio objetivo de representación”. Mientras que desde la perspectiva de su formación, “la representación documental es inmediata y permanente”, porque el *factum* que se documenta se refleja directamente en el documento, el cual tiene eficacia para conservar

por sí la huella del hecho representado, independientemente de la memoria del hombre; al paso que la representación testimonial es “mediata y transeúnte” (...) El documento puede referirse a hechos presentes, pasados o futuros; en cambio, el testimonio hace referencia siempre a hechos pasados (...) Un testimonio (está) impregnado de una buena dosis de subjetivismo en la evocación de los hechos y caracterizado por la transitoriedad en la fijación de los mismos (...)”.

2. Es claro el concepto de indemnización o resarcimiento que movió a las partes a celebrar el contrato objeto de la litis, es decir, el espíritu o intención de los contratantes. De otro lado, puede tomarse la suma de \$ 2000 millones como cifra básica o mínima por compensar, como lo aceptan los dos apoderados en sus alegatos de conclusión (primera página del segundo cuadernillo escrito del apoderado de Reyco, y páginas 62 y 63 del alegato del apoderado de Bellsouth).

3. Con estas bases, los cálculos elaborados por Bellsouth, a los cuales se refiere el testigo Darío Arango en su declaración, quedan muy distantes de la expresada suma. Dice este deponente que para conseguir los efectos de “resarcir el presunto perjuicio”, se aplicaría solo el marginal o diferencial resultante de subir la comisión por recaudo de 20% a 40%, en un plazo de 24 meses (páginas 3, 5, 6, 8, 9, 12, 28 de la versión escrita de su declaración). Sin embargo, con solo la cartera en poder de Reyco, la aplicación del marginal de 20% apenas habría alcanzado a \$ 625 millones. En efecto, según los cálculos del deponente Arango, con el 0,22% mensual de éxito en la cobranza (5,28% en 24 meses) se recaudarían \$ 130 millones mensuales, que al 20% marginal habrían significado \$ 26 millones mensuales (cerca de \$ 625 millones en 24 meses). El mismo testigo Arango reconoció este resultado cuando respondió al señor apoderado de Bellsouth su pregunta sobre el cálculo de lo que iría a recibir Reyco en la gestión de cartera en las condiciones anotadas:

“Básicamente sobre 60 mil millones para hacer un poco fácil las cuentas nosotros estimábamos que él podría hacerlo, basado en el comportamiento histórico podría recaudar el (sic).22% sobre ese monto eso nos daba alrededor de unos 132, 135 millones de pesos de recaudo, esos 130 millones digamos al 40% eso eran 52 millones, lo que se estaba reconociendo, digamos adicional pues era la diferencia entre 26 y 52 al pasar del 20 al 40 esos 26 millones en un período digamos de 24 meses que fue lo que acordamos, eso nos daba alrededor de mil doscientos millones más o menos lo que él podría hacer en forma total y digamos en forma marginal alrededor de unos 600 millones” (página 12 de la versión escrita de su declaración).

4. La anotación en el cuaderno de apuntes de Darío Arango muestra el mismo cálculo a que se acaba de hacer mención, sin agregar elementos nuevos.

5. Tanto en la declaración de Neftaly Sáenz, como en el alegato de conclusión del señor apoderado de Bellsouth, se agrega a la suma anteriormente referida una cantidad adicional de \$ 800 millones, en razón de la atribución concedida a Reyco en el convenio de transacción de mantener por seis meses más (de febrero de 2003, cuando debía terminar el contrato 2710, a agosto del mismo año) la cartera que venía gestionando y estaba en su poder con vencimientos diferentes a 360 días. Sin embargo, tal cifra no tiene fundamento real, primero porque por cartera con vencimientos inferiores a 360 días solo existía en poder de Reyco, según el dictamen pericial de Esperanza Ortiz, la suma de \$ 1.240 millones (páginas 47 y siguientes del dictamen) y, luego, porque la comisión para esta cartera era la básica del 20%, sin diferencial como en el caso anterior. En el mejor de los casos, con éxito al 100%, por este concepto se habrían recibido por Reyco \$ 248 millones, cifra cuya función indemnizatoria sería de todos modos dudosa, por tratarse de ingresos derivados de una comisión usual o normal, sin diferencial que pudiera tomarse como abono a la compensación buscada por el arreglo.

6. Por iguales razones, tampoco puede estimarse como abono al propósito compensatorio la invitación de que sería objeto Reyco por parte de Bellsouth para contratar la gestión de la cartera nueva que sería asignada a partir del vencimiento de los contratos entonces en curso.

7. En síntesis, la cuenta del señor apoderado de Bellsouth por más de \$ 2.000 millones, obrante en las páginas 62 y 63 de su alegato, integrada por el diferencial del 20% sobre la cartera en poder de Reyco, más la prolongación del contrato 2710, más la nueva invitación a contratar, en la práctica difícilmente alcanzaría a \$ 800 millones.

8. En el plano de indemnizar, por lo menos, los \$ 2000 millones, solo la cobranza de la totalidad de la cartera a

favor de Bellsouth (estimada por el tribunal con base en los dictámenes periciales en \$ 163.876 millones), podría acercarse, sin llegar a ella, a la suma indicada. En efecto, con porcentaje de éxito en el recaudo del 4,96% (en seguida el tribunal se refiere a este porcentaje) y comisión marginal de 20% prevista como factor de indemnización, el recaudo sería de \$ 8.194 millones y el ingreso marginal de espíritu resarcitorio de \$ 1.626 millones. Aunque es verdad que esta última cifra es igualmente inferior a la cantidad de \$ 2000 millones estimada por las partes, la diferencia podría explicarse por la circunstancia de que el acuerdo, en últimas, no llegó a la estimación “mínima” efectuada por Reyco, o porque las partes partieron de una apreciación del recaudo posible superior a la realidad encontrada por los peritos, o, porque, como lo expresó el apoderado de Bellsouth y algunos testigos, a tal cifra se añadirían los estimativos de mantener por seis meses más la cartera que ya venía gestionando Reyco con vencimientos diferentes a 360 días y los estimativos de un nuevo contrato de cobranza de cartera.

9. Por lo demás, para el tribunal los e-mails enviados el 28 de noviembre y el 3 de diciembre de 2002 por Carolina Guido, de Reyco, a Nelson Castro, de Bellsouth, no tienen alcance distinto de informar sobre la preparación del listado de las 118.635 cuentas en poder de Reyco con más de 360 días de mora, “que formarían parte del contrato de transacción” (resalta el tribunal), y a solicitar un visto bueno para la firma del contrato. Precisamente la expresión entrecomillada es bien diciente del entendimiento que estas personas dieron a la cifra de cartera antes expresada. De lo contrario, no se entiende esa expresión, en tiempo no sospechoso, de “formarían parte del contrato”. No puede deducirse lo contrario, es decir, que solo esas serían las cuentas que harían parte del contrato, ni menos aún que fuera ella, jefe de sistemas y comunicaciones de Reyco, quien tuviera la potestad de establecer el monto de la cartera objeto del contrato, sin embargo de que la expresión usada sí da cuenta de su entendimiento o de la versión recibida por ella. Tampoco, por supuesto, que la frase coloquial “sería regio que me regalaras las cuentas respectivas lo antes posible para dejar todo cuadrado”, pudiera tomarse en el sentido de que hay más cuentas para agregar. Para la valoración del tribunal estos e-mails no constituyen pruebas determinantes, así una de ellas refleje un indicio en el sentido aceptado por el tribunal para los alcances del contrato.

3.2. Porcentaje de recaudo sobre la cartera asignada para la cobranza.

Obran en el expediente diferentes pruebas indicativas del porcentaje de éxito en la cobranza a que aspiraban las partes, ora como índice de los contratos de gestión, (10% y 6%, según las comunicaciones transcritas en las páginas 48 y siguientes del dictamen de Esperanza Ortiz), ya como resultado concreto de la tarea realizada por Reyco (6,46% y 4,64%, según los cuadros que aparecen en la página 47 del mismo dictamen), bien como cálculo realizado por Bellsouth para “resarcir el presunto perjuicio” alegado por Reyco (0,22% mensual para 24 meses de gestión, es decir, un 5,28% para el total del período).

De esa diversidad de porcentajes, para efectos de deducir un promedio, el tribunal toma como más reales y representativos, provenientes de las dos partes, el índice calculado por Bellsouth para resarcir el perjuicio (5,28%) y, de otro lado, el resultado concreto de la gestión de Reyco en la cobranza de cartera de más de 360 días de mora, conforme al cálculo que aparece en la página 47 del dictamen de Esperanza Ortiz (4,63%, resultado de comparar un recaudo de \$ 2.688.092.167, frente al total de cobros de \$ 57.996.022.476). El promedio es, entonces, de 4,96%. No se trata de un cálculo arbitrario, en tanto es la misma parte convocante, en este caso demandada en reconvencción, el origen de una de las dos cifras extremas que se tienen en cuenta, estimativo que lleva el tribunal a suponer que no fue producto de la improvisación, sino fruto de la experiencia de Bellsouth en el recaudo de esta clase de cartera, sobre universos mucho más amplios que este que se analiza en el presente laudo. Estamos, entonces, frente a una estimación sólida. De otra parte, la experiencia directa de Reyco en la cobranza respectiva merece ser tenida en cuenta, ya que en esta experiencia milita igualmente el resultado de su propio trabajo y de su propia eficacia. Tratándose de dos cifras relativamente cercanas, como que no distan entre sí en más de un 0.7 sobre la base inferior, resulta lógico apoyarse en el promedio de los dos porcentajes.

3.3. Deducciones de la cartera para la cobranza.

Según el promedio de las cifras de los dictámenes que obran en el proceso, la distribución del monto global de la cartera a favor de Bellsouth, con mora de 360 días o superior, al término de octubre de 2002, era la siguiente:

	Dictamen	Dictamen	Cálculo	%
--	----------	----------	---------	---

Esperanza Ortiz	Alfredo Amore	Promedio		
No asignada	88.585.620.778	90.936.983.995	89.761.302.387	54,77
Covinoc	5.667.471.334	5.265.313.490	5.466.392.412	3,34
Colcenter	8.279.011.962	7.403.244.874	7.841.128.418	4,78
Reyco	61.374.388.123	60.240.914.577	60.807.651.350	37,11
Total	163.906.492.197	163.846.456.936	163.876.474.567	100,00

Aceptan las dos partes que los contratos de cobranza celebrados por Bellsouth con Covinoc y con Colcenter finalizaron el 1° de febrero de 2003 (hecho número 1.42 de la reforma de la demanda de reconvención de Reyco, y contestación al mismo hecho aceptando la fecha, en la respuesta de Bellsouth). Como el convenio de transacción y el contrato C-0063-03 se refirieron a la cartera que al término de octubre de 2002 tuviera 360 días o más de mora, es posible que los montos de cartera que gestionaban esas casas registraran algunas disminuciones entre las dos fechas (del 1° de noviembre de 2002 al 1° de febrero de 2003) y que los saldos devueltos o desasignados por las mismas para ser asignados y entregados a Reyco, fueran ligeramente inferiores. Aunque, a juicio del tribunal, estas disminuciones resultan poco significativas dentro del conjunto, estima conveniente calcular una deducción sobre sus montos equivalente a lo que habría sido esperable como recaudo en el trimestre comprendido entre las citadas fechas, al 4.96% de éxito, es decir, una deducción del 0,62% (igual a 4,96% en 24 meses), así:

Cartera	Deducción		Neto
Covinoc	5.466.392.412 -	33.891.633 =	5.432.500.779
Colcenter	7.841.128.418 -	48.614.996 =	7.792.513.422
Sumas	13.307.520.830 -	82.506.629 =	13.225.014.201

De esta manera, Bellsouth ha debido asignar a Reyco la cartera con antigüedad superior al año, que no tenía asignada a ninguna casa de cobranzas por valor de \$ 89.761.302.387, más \$ 13.225.014.201 de la cartera desasignada a Covinoc y Colcenter, reducida ya en un 0,62%. Un total de \$ 102.986.316.588, que sumado a la cartera que obraba en su poder por \$ 60.807.651.350, habría arrojado la cantidad de \$ 163.793.967.938, cuya cobranza, conforme al contrato C-0063-03, tenía derecho Reyco a gestionar durante 24 meses con remuneración del 40% sobre los recaudos.

3.4. Cartera “entregada” o “asignada”. Cuentas “retiradas” o “disminuídas”.

Tanto en el convenio de transacción, como en el contrato C-0063-03, las partes utilizaron las palabras “entregar” y “asignar” para referirse a la cartera que, en los términos acordados, constituiría el objeto del encargo de cobranza. Las cláusulas 3.1.1 de la transacción y 2.1.1 del contrato C-0063-03, establecen en forma idéntica que se encargará a Reyco “la cobranza de la totalidad de la cartera que para el día primero (1°) de noviembre de dos mil dos (2002) tuviera una edad de mora igual o superior a trescientos sesenta (360) días, **debiendo relacionarse el total de las cuentas asignadas y el valor de las mismas**” (resaltado del tribunal).

Del mismo modo, las cláusulas 3.1.1 de la transacción y 3.1 del contrato C-063-03, prevén que en contraprestación por su gestión de cobranza Bellsouth pagará a Reyco una cantidad “equivalente al cuarenta por ciento (40%) del monto al que asciendan: (i) las sumas de dinero recaudadas en cumplimiento de su labor, o (ii) el valor de las cuentas que **le fueran retiradas o disminuidas** (por cualquier causa) **del total de las cuentas a ella entregadas**” (resaltado del tribunal).

Debe el tribunal, a continuación, precisar el sentido y alcance que da para los efectos de este laudo a estas expresiones, especialmente respecto del entendimiento presunto de las mismas por parte del demandante en reconvención.

Como se deduce de los hechos números 1.10, 1.57 y 1.58 de la demanda de reconvención, Reyco estima que el

objeto del contrato C-0063-03 estaba formado por la totalidad de la cartera con mora igual o superior a 360 días. De otro lado, en el hecho número 1.16, Reyco supone que el total de la cartera con 360 días o más de mora a favor de Bellsouth era superior a \$ 155.000 millones, y en el hecho 1.22, que la cartera asignada a Reyco en abril de 2003 era inferior al valor de las cuentas objeto del contrato en por lo menos \$ 50.000 millones. De este conjunto de hechos Reyco parece concluir que se produjo una disminución en las cuentas objeto del contrato y pide “que se declare que respecto de las cuentas retiradas o disminuidas hasta el día 30 de abril de 2003, Bellsouth Colombia S.A. incumplió la obligación de pagar el precio establecida en el literal (ii) del numeral 3.1 de la cláusula tercera del contrato C-0063-03...” y que se ordene a Bellsouth Colombia S.A. pagar a Reyco “una suma de dinero equivalente al cuarenta por ciento (40%) del valor que tenían las cuentas que le fueron retiradas o disminuidas del total del objeto del contrato hasta el día 30 de abril de 2003...”.

El tribunal considera conveniente usar su facultad de interpretación para dar un alcance lógico a la reforma de la demanda de reconvención de Reyco, interpretación que, como lo dice la Corte Suprema de Justicia, “es una labor que debe emprender el juez para desentrañar el querer del demandante, querer que está ahí, implícito en el libelo, pero que no se muestra claro o coherente” (Casación Civil, 30 de noviembre de 1.994, M.P. Héctor Marín Naranjo). En otra oportunidad, la misma Corte fue aún más enfática, al sostener lo siguiente: “Cuando la demanda genitora del proceso sea oscura, imprecisa o vaga, gravita sobre el juzgador, **no una mera potestad de interpretarla, sino el deber de hacerlo**, por supuesto dentro de los límites establecidos en la ley con miras a precisar sus verdaderos alcances, **labor a la que solo pueda (sic) sustraerse** cuando la confusión sea de tal magnitud que, pese a sus esfuerzos, no logre desentrañar los alcances sin alterar el contenido objetivo, pues es obvio que en tal caso, en lugar de cumplir con su cometido, estaría sustituyendo la voluntad del demandante y trocando a su antojo el objeto del litigio” (Casación Civil, 17 de abril de 1998, M.P. Dr. Jorge Antonio Castillo Rugeles. Resaltado fuera del texto).

Debe interpretarse la demanda de reconvención porque hay en ella muchos hechos concausales de las pretensiones transcritas que suponen, antes de considerar si hubo o no disminución o retiro de cuentas, el análisis del cumplimiento de la obligación previa, de asignar y entregar las cuentas objeto del contrato, de la cual habrían de deducirse aquellas.

En otros términos, no podría el tribunal estudiar si hubo disminución o retiro de cuentas respecto de un volumen asignado y entregado de cartera, sin haber dilucidado previamente si se asignó y entregó ese volumen, en qué condiciones, por qué monto y qué fechas. Por eso el tribunal, interpretando la reforma de la demanda de reconvención, considera que un presupuesto implícito de esta es la declaración de cumplimiento o incumplimiento de la prestación asumida por Bellsouth de encargar a Reyco “la cobranza de la totalidad de la cartera que para el día primero (1º) de noviembre de dos mil dos (2002) tuviera una edad de mora igual o superior a trescientos sesenta (360) días, debiendo relacionarse el total de las cuentas asignadas y el valor de las mismas”, y la correspondiente de pagarle una cantidad “equivalente al cuarenta por ciento (40%) del monto al que asciendan (i) las sumas de dinero recaudadas en cumplimiento de su labor o (ii) el valor de las cuentas que le fueran retiradas o disminuidas (por cualquier causa) del total de las cuentas a ella entregadas”.

Un primer elemento en la tarea de ver si se cumplió, en todo su alcance, la obligación de Bellsouth de poner a Reyco en condiciones de hacer la cobranza en los términos acordados, es la aceptación de las dos partes acerca del proceso de asignación y entrega de cuentas en un contrato que, como el que se examina, es, al decir de Reyco, de aquellos que podrían considerarse de cobranza de cartera masiva. El proceso fue descrito en el hecho número 1.65 de la reforma de la demanda de reconvención en los siguientes términos: “una vez determinadas las obligaciones que conforman el objeto de los mismos (los contratos de cobranza), la empresa contratante (Bellsouth en el caso concreto) procede a efectuar (i) una asignación de la misma (la cartera masiva) en su propio sistema operacional, y (ii) el suministro de (a) la información de cuáles cuentas han sido asignadas (listado o relación) al cobrador y (b) uno o varios códigos de acceso (password) para que los empleados del cobrador puedan acceder al módulo de cartera de la empresa titular de ella”. Este hecho 1.65 fue aceptado plenamente por el apoderado de Bellsouth en su contestación.

Con estas bases, en el caso *sub lite* el tribunal puede distinguir tres pasos diferentes en la asignación y entrega de la cartera para su cobranza: 1) la asignación de las obligaciones que forman el objeto del contrato, lo que se cumple

en el sistema operacional de Bellsouth; 2) la información de Bellsouth a Reyco, mediante un listado o relación de cuáles son las cuentas asignadas, y 3) el suministro de uno o más códigos de acceso (password) a Reyco, para poder acceder al sistema operacional.

El primer paso debió consistir en asignar las cuentas de 360 días o más, es decir, en señalar o fijar cuáles eran las cuentas que, en cumplimiento del contrato, iban a confiarse a Reyco para su cobranza. Esta asignación se habría hecho en forma virtual, mediante registros en el sistema operacional de Bellsouth. No hubo en el proceso declaración específica o puntual acerca de haberla hecho; tampoco de haberla omitido. Entiende el tribunal que la asignación, por no ser una actuación transitiva, de transferencia o traslado de documentos de un tenedor a otro, era más una definición interna de Bellsouth, consistente en un señalamiento dentro del sistema de las cuentas que se habrían de cobrar.

El segundo paso implica, en cambio, una actitud concreta de materialización e individualización de las cuentas que habrían quedado asignadas en el sistema operacional de Bellsouth. Debía cumplirse mediante un listado o una relación de tales cuentas, en medio escrito o en medio magnético, de tal modo identificadas, que permitiera al cobrador adelantar su labor frente a cada uno de los clientes del contratante que registrara mora en sus pagos. Para el tribunal este listado o relación es verdaderamente la esencia del encargo de la cobranza; es la concreción del mismo, como con toda claridad lo contempla la cláusula contractual, cuando a vuelta de precisar que la cobranza versa sobre la totalidad de la cartera que tuviera una edad de mora igual o superior a 360 días, agrega la expresión: “debiendo relacionarse el total de las cuentas asignadas y el valor de las mismas”. Este paso es el de la “entrega” de las cuentas asignadas para su cobranza.

Tratándose de un derecho incorporal, el de cobrar una determinada cartera no materializada a través de títulos, no puede hablarse propiamente de una “entrega”, sino, como se hace en los contratos que se estudian, de una “asignación”. Consiguientemente, no hay lugar tampoco, como se pretende en la demanda de reconvención, a sostener que se presentó un “retiro” o una “disminución”. Estas expresiones hay que entenderlas en su verdadero alcance, como una medida en que cuentas previamente “asignadas” pudieran luego retirarse de dicha asignación. La falta de esa condición transitiva antes anotada, no es obstáculo para que se considere una especie de tradición impropia que, en cuanto respecta a derechos incorporales y carece de título, no haría necesaria ninguna clase de “aprehensión” por parte de quien pasa a ejercer cualquier clase de control sobre tales derechos incorporales, bastando que se lo coloque en situación de ejercitar este control por cualquier medio apto para ello, como ocurrió parcialmente y pudo ocurrir en el resto con la cartera comprometida entre Bellsouth y Reyco.

El suministro de uno o más códigos o claves (password) para poder acceder al sistema operacional (tercer paso), no es más que una facilidad para consultar aquella relación. Existe y se explica, solo si se da la relación, porque es simplemente la llave para entrar en ella.

Reyco sostiene que Bellsouth incumplió la obligación de relacionar las cuentas asignadas y el valor de las mismas (hecho 1.27 de la demanda de reconvención); Bellsouth niega el hecho en su respuesta, y hace referencia al cumplimiento de su compromiso, en la medida en que fueron relacionadas 139.420 cuentas con un valor de \$ 64.320.741.149. Son las dos posturas encontradas, planteadas atrás: Reyco estima que Bellsouth no cumplió, porque a su juicio debían ser todas las cuentas, y Bellsouth sostiene que cumplió, porque en su entender el contrato solo se refería a las cuentas que ya obraban en poder de Reyco, no a la totalidad, y ellas, las que tenía ya asignadas Reyco, habían sido objeto de relación.

Por las razones ya expuestas, en el sentido de que el objeto del contrato C-0063-03 debió extenderse a todas las cuentas que registraran 360 días o más de atraso, el tribunal debe concluir que Bellsouth incumplió su obligación de relacionar la totalidad de las cuentas de las características previstas en el contrato. No podía limitarse, como lo hizo, a reducir el objeto del contrato a las 139.420 cuentas que ya habían sido relacionadas. En la terminología contractual, entonces, Bellsouth no entregó a Reyco la cantidad de cuentas a que estaba obligada, y esa omisión le genera las consecuencias que adelante se exponen.

En términos generales, tomando en cuenta sus palabras, Reyco pretende que Bellsouth disminuyó la cantidad de cuentas relacionadas respecto de las que debió relacionar, o si se quiere, con la impropiedad ya anotada, que “disminuyó” las cuentas “entregadas” frente a las que conforme a lo expuesto estaba obligado a asignar. Sin

embargo, la “disminución” o retiro a que se refieren las cláusulas 3.1.1 de la transacción y 3.1 del contrato C-0063-03, cuando prevén que en contraprestación por su gestión de cobranza Bellsouth pagará a Reyco, en tal supuesto, una cantidad equivalente al 40% del monto al que asciendan las cuentas “que le fueran retiradas o disminuidas por cualquier causa”, no dice relación a las cuentas que debió relacionar y no relacionó, sino a las cuentas que, relacionadas y entregadas efectivamente a Reyco, le fueran luego retiradas o disminuidas. Así lo expresan tales cláusulas con toda claridad, cuando prevén que Bellsouth pagará a Reyco una cantidad equivalente al 40% del monto al que ascienda... “el valor de las cuentas que le fueran retiradas o disminuidas (por cualquier causa) del total de las **cuentas a ella entregadas**” (resalta el tribunal).

Asiste lógica a esta previsión del contrato. Es un pacto de remuneración por una gestión que no pudo concretarse ante el retiro, la disminución o la rebaja de una cuenta en razón de arreglos o concesiones especiales de Bellsouth a un cliente sin la aquiescencia de Reyco. Este entendimiento del tribunal en el sentido de que la regla contractual contempló la retribución completa por la cobranza en caso de que esta le fuera disminuida a Reyco luego de habersele asignado, podría empalmar, por la vía de la analogía, con lo dispuesto por el artículo 2056 del Código Civil para el contrato de confección de obra material, en concordancia con la remisión del 822 del Código de Comercio, que en su segunda parte acepta que un contratista tendrá derecho a su remuneración total si el contratante, en uso del derecho que en dicho artículo se le confiere, hace cesar la ejecución contractual. En últimas, lo anterior significa, a juicio de la doctrina, que la ley fija los perjuicios de esta rescisión unilateral del contrato o de la prestación, en aquello que precisamente era esperado por el contratista.

No puede el tribunal, de otro lado, tomar la pretensión de la parte demandante en reconvención como una cláusula penal prevista para el incumplimiento de Bellsouth, ya que en tal caso, frente al interés jurídico de Reyco en la cobranza, ya analizado, consistente en la retribución pactada sobre un cuatro punto noventa y seis por ciento del valor de la cartera, lo cual permite, como se hace en este laudo, estimar su cuantía, nos encontraríamos ante una sanción penal exagerada, superior en cuatro veces al ingreso esperado, que debería ser reducida por el tribunal, siguiendo el mandato del artículo 867 del Código de Comercio. Un entendimiento como cláusula penal de lo estipulado, se llevaría de calle el principio del artículo 1620 del Código Civil, según el cual “el sentido en que una cláusula puede producir algún efecto, deberá preferirse a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno”. En este caso, el sentido de cláusula penal haría que, al menos los efectos previstos por las partes, no produzcan el resultado que ellas habrían podido esperar, sino otro distinto, establecido por el tribunal.

A esta última consideración conviene agregar otra tomada del artículo 904 del Código de Comercio, norma que regula la llamada conversión del negocio jurídico, que lleva al intérprete y al juzgador a buscar aplicaciones de la voluntad contractual que dejen en pie, si no los esquemas contractuales escogidos por las partes, al menos sí relaciones jurídicas válidas que produzcan entre ellas los efectos más cercanos a su intención, cuando pueda suponerse que, frente a la inoperancia de lo pactado, de haberla conocido, habrían aceptado esta sustitución.

Esta última consideración apoya la necesidad de interpretar la demanda, como lo hizo el tribunal, buscando un resarcimiento por la falta de cumplimiento de unas prestaciones establecidas en su favor, que es, en últimas lo que pretende a través de su demanda en reconvención.

Así las cosas, la disminución a que se refieren las dos primeras pretensiones de la demanda de reconvención reformada, solo puede predicarse de las cuentas no relacionadas o “entregadas” por Bellsouth a Reyco en los términos expuestos. Pero así entendida tal disminución, no genera el 40% de su valor, pues este porcentaje quedó reservado en el contrato por voluntad de las partes, sin embargo de los comentarios anteriores, solamente para disminuciones o retiros de cuentas **ya relacionadas y entregadas**.

3.5. Valoración de las pretensiones.

La disminución en el volumen de las cuentas que Bellsouth ha debido entregar a Reyco para la gestión de cobranza, produjo ante todo una menor gestión y, con ello, un menor ingreso para Reyco. Dentro de este orden de ideas no cabe duda al tribunal, interpretando la demanda como antes se afirmó, que Reyco busca a través de sus pretensiones ser indemnizada por los incumplimientos de Bellsouth, lo cual puede lograrse en la medida en que las pretensiones de la demandante en reconvención se ajusten a lo que tiene derecho de solicitar, vale decir, una indemnización por el incumplimiento de su contraparte en la asignación de cuentas. No está por este camino el

tribunal abandonando su deber de producir un fallo en derecho, sino aplicando el principio constitucional de prevalencia de lo material sobre lo meramente formal, para estudiar una indemnización congruente y apropiada.

El tribunal procede en seguida a estimar ese menor ingreso, para valorar las pretensiones en su alcance conceptual expuesto y determinar el monto del perjuicio y las condenas a que haya lugar.

Si Bellsouth hubiere dado cumplimiento a la obligación asumida en el contrato, habría relacionado y entregado a Reyco para su gestión de cobranza cartera por \$ 163.793.967.938. Como atrás se precisó, tan solo relacionó y entregó cartera por \$ 60.807.651.350, de donde resulta un faltante por entregar de \$ 102.986.316.588.

Aplicando a este total el porcentaje del 4.96% como promedio de éxito en el recaudo de la cartera con mora igual o superior a 360 días, se obtiene una suma de \$ 5.108.121.303, la que, a su turno, conforme al contrato, habría dado lugar al 40% de remuneración para Reyco, es decir, la cantidad de \$ 2.043.248.521.

No obstante, obra una circunstancia especial que el tribunal no puede dejar de considerar en relación con esta cantidad, cual es su composición: una mitad de ella, es decir el 20% del valor efectivamente recaudado, habría obrado como comisión usual para el encargo de cobrar cartera, comisión que por lo demás había sido convenida entre las partes con anterioridad; y la otra mitad —el 20% restante del recaudo— como una cantidad que obtendría Reyco a título de indemnización por los perjuicios que sufrió en el desarrollo del contrato anterior, indemnización cuyo reconocimiento siempre estuvo en la intención de las partes.

Sobre la primera mitad, el 20% de comisión usual, el tribunal estima que de ella habría tenido Reyco que descontar los costos y gastos requeridos para lograr la cobranza generadora de la comisión, como salarios, servicios, gastos financieros, impuestos, mantenimiento de instalaciones, imprevistos y en general todas las erogaciones de una empresa en funcionamiento. En este escenario, la utilidad neta que dejó de percibir Reyco habría sido la diferencia entre aquel 20% de comisión usual y el monto de los gastos y costos de administración. Con fundamento en jurisprudencia del Consejo de Estado, especialmente aquella que ha estudiado la llamada “pérdida de oportunidad”, que es la circunstancia que se presenta en este caso, el tribunal habrá de aplicar los criterios previstos para esos eventos en lo que se refiere a la cuantificación del daño. Se observa que Reyco contaba con estructura suficiente, ya establecida, que permitía considerar como ingreso marginal buena parte del resultado de las cobranzas nuevas que debían entregársele. Por ello, el tribunal estimará como costos de administración un setenta por ciento de aquel 20% de comisión usual, quedando entonces a Reyco el treinta por ciento restante como utilidad.

Sobre esta forma de cuantificación del daño el tribunal comparte la tesis del Consejo de Estado expuesta en la sentencia de la Sección Tercera, expediente 2000-N10963, en los siguientes términos:

“Ha estimado la doctrina que en casos especiales son resarcibles los daños y perjuicios derivados de un menoscabo eventual, que es lo que pasa, según Mazeaud y Tunc.

‘cuando el demandado ha privado, por su culpa, al demandante de una posibilidad de conseguir una ganancia o de evitar una pérdida. La dificultad proviene de que, en este supuesto no resulta posible ya esperar para determinar si el perjuicio existirá o no existirá; la realización del perjuicio no depende ya de acontecimientos futuros e inciertos. La situación es definitiva; nada la modificará ya; por su culpa, el demandado ha detenido el desarrollo de una serie de hechos que podían ser fuente de ganancias o de pérdidas. Eso es lo que expresa la Corte de casación al decir que “esté consumado el hecho del cual dependa el perjuicio eventual” (Henri y León Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires, edit. Ejea, 1977. Volumen I Tomo I. P. 307.10).

La llamada “pérdida de una oportunidad” causa daño a quien se privó de ella y basta considerar algunas situaciones para comprender que la oportunidad o la chance posee un valor en sí misma, independientemente del hecho futuro.

Sobre este particular también ha dicho el profesor Christian Larroumet:

‘Tanto en la responsabilidad contractual como en la extracontractual, la jurisprudencia admite la reparación del perjuicio que consiste en la pérdida de una oportunidad. Por tanto si se trata de la responsabilidad contractual,

como la pérdida de una oportunidad era previsible, será objeto de una reparación por parte del deudor. No hay que confundir la pérdida de una oportunidad con un perjuicio posible. En efecto, lo que se repara no es el daño que resulta de que un acontecimiento que hubiera podido producirse no se produjo, puesto que, desde luego, no se sabía si dicho acontecimiento se iba a producir y que no se podría tratar de reparar el daño posible, sino el daño que resultara de lo que el deudor hizo para que el acontecimiento ya no se produjera. Lo que da lugar a la reparación, son únicamente las consecuencias que resultan de la privación de una oportunidad para que un acontecimiento pueda producirse. Por ejemplo, se debe declarar la responsabilidad en el caso de un abogado que, al cometer una falta por no haber presentado oportunamente los alegatos ante el tribunal de apelación, hizo perder a su cliente la oportunidad de que la sentencia fuera modificada en la apelación... ..Es evidente que no podemos estar seguros de que el tribunal de apelación iba a reformar la decisión de primera instancia. El perjuicio no lo constituye la falta de reforma de la sentencia, sino solo la privación de la oportunidad de obtener la reforma. Mientras que la reforma no era sino una posibilidad, la privación de la oportunidad de obtenerla si era una certidumbre. Por consiguiente, únicamente la pérdida de la oportunidad de ver que un acontecimiento se produzca, debe dar lugar a la reparación y no el hecho de que el acontecimiento no se produjo. De allí se deduce que los daños y perjuicios no pueden corresponder al perjuicio que resulta porque el acontecimiento no se produjo. Solo corresponderán a una suma menor, la cual evidentemente no es fácil de evaluar y da lugar, como en cuanto al perjuicio moral, a aplicar un criterio arbitrario' *Teoría General del Contrato*. Santafé de Bogotá, D.C., Edit. Temis, 1993. Volumen II P. 84, 85.11).

Teniendo en cuenta que queda al arbitrio del juez determinar la indemnización por “la pérdida de la oportunidad” y que en todo caso es un valor inferior a lo que hubiera tenido derecho el demandante de habérsele adjudicado el contrato, la Sala estima el monto de ese perjuicio en atención a las diversas circunstancias de la propuesta, en un 20% de la utilidad (beneficio económico que recibe el consultor por ejecutar el contrato), que será la suma que a continuación se determina”.

La estimación del tribunal se inspira en que tanto la doctrina como la jurisprudencia han aceptado que, en muchos casos, debe el juzgador hacer apreciaciones razonables, sin necesitar demostraciones exhaustivas que, en buena parte de los casos, son imposibles. Cuando se aprecia el valor de un dolor o de un daño físico, por vía de ejemplo, se está acudiendo a estas apreciaciones razonables, que entran dentro de aquello que se denomina el “*arbitrium iudicis*”, campo que no puede estarle vedado al juzgador, so pena de cerrarle la puerta a su deber de administrar justicia.

Como atrás se afirmó, todo lo anterior se predica solamente de la mitad de la comisión sobre recaudos, es decir, del veinte por ciento (20%) de la misma. Reducida esta mitad en un setenta por ciento a título de costos, se deduce una primera cantidad a favor de Reyco, como utilidad esperada de la gestión que no pudo realizar teniendo no obstante la atribución contractual para hacerlo, por \$ 306.487.278 (el 30% del 20% sobre los recaudos estimados de \$ 5.108.121.303).

La segunda mitad no estuvo afectada por costos de operación. No era en el fondo el negocio de cobranza de cartera sino un ingreso para la demandante en reconvención, para que con él pudiera resarcirse del perjuicio cuya indemnización fue origen del contrato e intención de las partes.

En efecto, el contrato tuvo esencialmente carácter indemnizatorio. Por ello se buscó un marginal o diferencial del 20% sobre el honorario que se había convenido para la labor de cobranza. Ese fue el plus que habría hecho posible una cifra que pudiera tomarse como indemnizatoria del perjuicio que se alegó por Reyco, todo lo cual, conforme a las pruebas recaudadas y al alegato de conclusión de su apoderado, Bellsouth aceptó. Aplicando este marginal del 20% al total del recaudo estimado (\$ 5.108.121.303), se llega a la cantidad de \$ 1.021.624.261, que sumada a los \$ 306.487.278 de la primera mitad de la comisión, arroja un total de \$ 1.328.111.539.

Por lo demás, si a la expresada cantidad de \$ 1.328.111.539 se agregara la que significó, con el mismo carácter resarcitorio, la recibida por Reyco por la cobranza de la porción de la cartera que le fue efectivamente relacionada y entregada en los términos del contrato, equivalente a \$ 603.211.901, se habría alcanzado un total de \$ 1.931.323.440, muy próximo al monto de los \$ 2000 millones que se propuso Bellsouth alcanzar según quedó dicho en el alegato de su apoderado (páginas 62 y 63 de la versión escrita).

Como consecuencia de las consideraciones que anteceden, el tribunal decretará, a título de condena por el incumplimiento de Bellsouth, la mencionada cantidad de \$ 1.328.111.539.

Por concepto de intereses sobre la misma cantidad, el tribunal ordenará el pago de \$ 521.241.457, resultante de aplicar la tasa del interés moratorio a la suma de \$ 1.328.111.539 durante el tiempo corrido entre el día primero (1º) de noviembre de 2003 y la fecha de este laudo. El 1º de noviembre de 2003 es la mitad del término de vigencia del contrato C-0063-03, como lo expresa la cláusula 4.1 del mismo, y marca un promedio en el tiempo y, por tanto, en el recaudo que, por el incumplimiento de Bellsouth dejó de gestionar Reyco. Los intereses se liquidan conforme a la siguiente tabla:

(Tasas efectivas)						
Período	Capital	Interés Brio	Interés Brio	Interés	Interés	Intereses
		Corriente	Corriente	Moratorio	Moratorio	Período
		Anual	Mensual	Anual	Mensual	(corrientes)
Nov-03	1.328.111.539	19,87	1,5217	29,81	2,1979	29.190.564
Dic-03	1.328.111.539	19,81	1,5175	29,72	2,192	29.112.205
Ene-04	1.328.111.539	19,67	1,5076	29,51	2,1782	28.928.926
Feb-04	1.328.111.539	19,74	1,5125	29,61	2,1848	29.016.581
Mar-04	1.328.111.539	19,8	1,5168	29,70	2,1907	29.094.939
Abr-04	1.328.111.539	19,78	1,5154	29,67	2,1887	29.068.377
May-04	1.328.111.539	19,71	1,5104	29,57	2,1822	28.982.050
Jun-04	1.328.111.539	19,67	1,5076	29,51	2,1782	28.928.926
Jul-04	1.328.111.539	19,44	1,4913	29,16	2,1552	28.623.460
Ago-04	1.328.111.539	19,28	1,48	28,92	2,1394	28.413.618
Sep-04	1.328.111.539	19,5	1,4956	29,25	2,1611	28.701.818
Oct-04	1.328.111.539	19,09	1,4665	28,64	2,1209	28.167.918
Nov-04	1.328.111.539	19,59	1,5019	29,39	2,1703	28.824.005
Dic-04	1.328.111.539	19,49	1,4949	29,24	2,1605	28.693.850
Ene-05	1.328.111.539	19,45	1,492	29,18	2,1565	28.640.725
Feb-05	1.328.111.539	19,4	1,4885	29,10	2,1512	28.570.335
Mar-05	1.328.111.539	19,15	1,4708	28,73	2,1268	28.246.276
Abr-05	1.328.111.539	19,19	1,4736	28,785	2,1304	28.294.088
May-05	1.328.111.539	19,02	1,4615	28,53	2,1136	3.742.795 (*)
						521.241.457

(*) Cuatro días de mayo de 2005

Para terminar este acápite de las motivaciones, conviene considerar que aún cuando un incumplimiento contractual genera, en los términos del artículo 870 del Código de Comercio, la disyuntiva de pedir la terminación del contrato o el cumplimiento del mismo, en ambos casos con indemnización de perjuicios, lo cual ha llevado a la doctrina y a la jurisprudencia a sostener que la acción resarcitoria, que tiene como fuente una culpa contractual, es accesoria de la pretensión de terminar el contrato o de cumplirlo, este razonamiento no opera en este caso, primero porque el

contrato terminó por expiración del plazo y segundo porque no fue una solicitud formulada por la parte demandante en reconvención.

4. Las excepciones propuestas por Bellsouth frente a la demanda de reconvención reformada.

Vistas las anteriores consideraciones, el tribunal de arbitramento habrá de negar las excepciones propuestas por la parte convocante frente a la demanda de reconvención reformada, por las siguientes razones:

1. La excepción denominada “Transacción total y definitiva respecto de las diferencias surgidas con motivo de la ejecución del contrato 2710”. Observa el tribunal que ni en la demanda de reconvención ni en su reforma se plantearon pretensiones relativas al contrato 2710 y por ende, no hay lugar a estudiar la transacción invocada como medio exceptivo, pues incluso, respecto de ella, existe acuerdo entre las partes.
2. La excepción denominada “Cosa juzgada respecto de las diferencias a que se refiere el contrato de transacción del 18 de octubre de 2002”. Tampoco estima el tribunal que Reyco pretenda obtener declaraciones relativas al contrato de transacción suscrito el 18 de octubre de 2002 con la convocante, y por ello el estudio de esta excepción resulta innecesario.
3. La excepción de “Mala fe del demandante”. Del análisis de las pruebas aportadas al proceso y recaudadas durante su desarrollo, no aparece acreditado, como se sostiene en la contestación de la reforma de la demanda de reconvención, que Reyco haya actuado de mala fe, ni que sus pretensiones vayan en contra de sus propios actos, pues, como ya quedó establecido, quien incumplió el contrato fue la sociedad convocante. En esos términos, habrá igualmente que desechar esta excepción.
4. La excepción denominada “Ausencia de compromiso o cláusula compromisoria bajo el contrato de transacción”. En este punto reitera el tribunal lo resuelto al respecto en la primera audiencia de trámite, en el sentido de que las pretensiones de esta demanda se refieren al contrato C-0063-2003, el cual contiene, en su cláusula décima novena numeral segundo el convenio de arbitraje que confiere competencia a este tribunal para resolver las controversias, recordando adicionalmente, que las partes designaron a los árbitros de común acuerdo, conforme a lo previsto en el pacto arbitral. Por ello, tampoco puede prosperar esta excepción.
5. Excepción denominada “Completa indemnización de los perjuicios reclamados”. De acuerdo con lo analizado en detalle en torno a la demanda de reconvención y sus pretensiones, el tribunal considera que este medio de defensa tampoco se encuentra probado, en atención a que los perjuicios reclamados por la parte convocada se refieren a conductas ejecutadas por la convocante en desarrollo del contrato C-0063-2003 y no buscan la reparación de perjuicios ocasionados por el incumplimiento de otro u otros negocios jurídicos celebrados entre las partes.
6. La alegada “Ausencia de interés para el ejercicio de la acción”. Establecido como quedó que la conducta contractual de Bellsouth ocasionó un perjuicio a Reyco, el tribunal habrá de negar esta excepción, por cuanto a esta última le asiste pleno interés para ejercer la acción aquí incoada.
7. La excepción denominada “Ausencia de prueba sobre un mayor perjuicio al transado bajo el contrato de transacción del 18 de octubre de 2002”. Sobre esta excepción baste simplemente recordar que la indemnización reclamada se refiere al contrato C-0063-2003 y no a aquellos celebrados con anterioridad a este por las partes, y que el tribunal ha encontrada demostrada la existencia de esos daños, por lo cual tampoco habrá de prosperar esa defensa.

5. La objeción al dictamen.

En su debida oportunidad procesal, mediante escrito recibido el 3 de marzo de 2005, el apoderado de Bellsouth planteó que en el dictamen practicado por el perito ingeniero de sistemas se habría incurrido en error grave.

De manera previa el objetante señaló que el perito efectuó pronunciamientos no solicitados y no hizo un análisis de la base de datos de Reyco que le permitiera confrontar, por ejemplo, la distribución de la cartera asignada a ese cobrador a fin de verificar la certeza o desacierto de su monto y valor para el 1° de noviembre de 2002.

Al efecto expone unos errores conceptuales y una presunta falta de idoneidad técnica en las variables aplicadas frente a las que maneja Bellsouth. Esa deficiencia conceptual la funda en que el perito efectuó un ejercicio no autorizado para establecer 16 escenarios tomando en cuenta saldos negativos, en que presentó escenarios que no corresponden al manejo que de sus registros de cartera tiene la convocante, en que trabajó con base en criterios que operacionalmente no aplica Bellsouth.

Por ello identifica tres errores graves: (i) determinar y aplicar equivocadamente para el cálculo del monto de cartera valores e información entregados solamente por Bellsouth; (ii) de la simple verificación de las cifras consignadas en la información relativa al número de suscriptores incluyendo y excluyendo valores negativos a cargo de suscriptores que a partir del 1º de noviembre de 2002 tuvieran mora igual o superior a 360 días, no resulta creíble que la diferencia entre las cifras que se presentan incluyendo la cartera castigada y la que se presenta sin incluir tal cartera solo sea de 1200 suscriptores; (iii) la información no se puede segmentar por el número de cuentas (facturas) ya que el sistema asigna a las casas de cobro “clientes” y que los valores que figuran para la referencia de cobrador no asignado no detallan ni excluyen los saldos menores de \$ 30.000, las cuentas correspondientes a territorios nacionales, ni la cartera de occidente que no eran objeto del contrato.

Como pruebas pidió al tribunal remitirse a todos los documentos entregados a los peritos contable, financiero y técnico incluido el propio dictamen de la perito economista que practicó el segundo.

Dentro del traslado de la objeción, el apoderado de Reyco a su turno manifestó que el perito dio respuesta íntegra al cuestionario que le fue formulado, que los ejercicios adicionales por él efectuados no desvirtúan las conclusiones del dictamen, que no puede perderse de vista que el objeto de la prueba consistía en el análisis de la base de datos de Bellsouth y no de Reyco por ser una de las principales razones en que se funda la demanda de reconvención, que a un ingeniero de sistemas no se le pueden pedir indagaciones de carácter contable o financiero, y que el análisis del perito no trae las exclusiones indicadas por el objetante porque ellas no están previstas en el contrato.

Aunque el apoderado de Reyco pidió algunas pruebas, mediante auto 38 del 14 de marzo de 2005 y con fundamento en lo dispuesto por el numeral 5º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, el tribunal no consideró necesario decretar pruebas para resolver sobre la existencia del error.

Para resolver debe advertirse, en primer lugar, que el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil señala que para que un error sea grave, se requiere que “haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos o porque el error se haya originado en estas”.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia en auto del 8 de septiembre de 1993, dentro del expediente 3446, con ponencia del Dr. Carlos Esteban Jaramillo, manifiesta que lo que permite afirmar que un peritaje contenga error grave es el hecho de

“(…) cambiar las cualidades propias del objeto examinado, o sus atributos, por otras que no tiene; o tomar como objeto de observación y estudio una cosa fundamentalmente distinta de la que es materia del dictamen, pues apreciando equivocadamente el objeto, necesariamente serán erróneos que se den y falsas las conclusiones que de ellos se deriven...; de donde resulta a todas luces que las tachas por error grave a las que se refiere el numeral 4º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil... no pueden hacerse consistir en las apreciaciones, inferencias, juicios o deducciones que los expertos saquen, una vez considerada recta y cabalmente la cosa examinada. Cuando la tacha por error grave se proyecta sobre el proceso intelectual del perito para refutar simplemente sus razonamientos y sus conclusiones, no se está interpretando y aplicando correctamente la norma legal y por lo mismo es inadmisibles para el juzgador que al considerarla entrara en un balance o contraposición de criterio a otro criterio, de un razonamiento a otro razonamiento, de una tesis a otra, proceso que inevitablemente lo llevaría a prejuzgar sobre las cuestiones de fondo que ha de examinar únicamente en la decisión definitiva” (Revista Jurisprudencia y Doctrina N° 263, páginas 1.072 y ss. 12).

Considera el tribunal que las objeciones no pueden circunscribirse a contradecir el dictamen, por tener diferentes criterios de interpretación, por presentar escenarios diferentes, o por no coincidir en un ciento por ciento con otra pericia. Igualmente que los criterios expuestos por el perito son razonables y sus respuestas fueron dadas dentro de

las hipótesis o presupuestos de las respectivas preguntas. Así mismo, comparte el tribunal lo expuesto por el apoderado de Reyco, en el sentido de que la pericia debía basarse en los soportes de Bellsouth precisamente por versar sobre información que la parte convocada desconocía y que constituye el sustento de su demanda de reconvención.

Así las cosas para el tribunal no se advierte un error trascendente, que cambie la decisión de fondo, por lo cual desestima la objeción por error grave que se formuló al dictamen técnico rendido por el perito ingeniero de sistemas y así habrá de declararlo en la parte resolutive.

6. Costas.

Como se desprende de las consideraciones precedentes, a excepción de una, con la advertencia hecha en la parte motiva, no habrán de prosperar las pretensiones de la demanda inicial formulada por Bellsouth; y en cuanto tiene que ver con la demanda de reconvención, si bien se declarará la prosperidad de las pretensiones de Reyco, el monto de la condena resulta muy inferior al pretendido por el demandante.

Por lo anterior, con fundamento en lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 el tribunal impondrá condena parcial en los siguientes porcentajes: 60% a cargo de Bellsouth y 40% a cargo de Reyco, lo que implica que la convocante deberá pagar a la convocada el 20% de las agencias en derecho, reembolsar a la convocada por concepto de gastos y honorarios del tribunal el 10% y reembolsarle la diferencia entre el mayor porcentaje asumido en relación con los gastos y honorarios de los peritos, como pasa a verse.

Para este efecto, se señalan como agencias en derecho la suma de \$ 150.000.000, cuyo 20%, equivalente a \$ 30.000.000, deberá ser cancelado por Bellsouth a Reyco.

En cuanto hace referencia a las costas del proceso, observa el tribunal que los honorarios y gastos del tribunal fueron fijados en la audiencia del 6 de julio de 2004 y ascendieron a la suma de \$ 525.000.000. Como cada parte asumió la mitad, el 10% que debe reembolsar la convocante a la convocada, es equivalente a la suma de \$ 52.500.000.

Por otra parte, los costos de los tres dictámenes periciales ascendieron a \$ 105.404.800, discriminados en \$ 95.000.000 por honorarios y \$ 20.404.800 por gastos, los cuales fueron sufragados así: \$ 46.000.000 por Bellsouth y \$ 69.404.800 por Reyco. En consecuencia, Bellsouth deberá reintegrar a Reyco la suma de \$ 27.242.800 por este concepto.

En conclusión, la parte convocante, Bellsouth, deberá pagar a la parte convocada, Reyco, la suma neta de \$ 109.742.800.

De la misma manera, los excedentes no utilizados de la partida “protocolización, registro y otros”, una vez protocolizado el expediente y cancelados los demás gastos serán reembolsados por el presidente del tribunal a las partes en igual proporción.

C. Parte resolutive.

En mérito de todo lo anterior, el tribunal de arbitramento convocado para dirimir las diferencias entre Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., y Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración, administrando justicia por delegación de las partes, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar PROBADA la excepción denominada “Inexistencia del derecho a solicitar indemnización de perjuicios” propuesta por Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración frente a la demanda principal reformada.

Segundo. NEGAR, en consecuencia, las pretensiones primera, segunda, segunda subsidiaria, tercera y cuarta de la demanda principal reformada.

Tercero. ORDENAR a Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración abstenerse de utilizar cualquier nombre, signo distintivo, marca, denominación, lema, emblema, patente, documentación, información, dibujo, bosquejo, muestra, dato, programa de computación, especificación de materiales, de propiedad de, o recibidos de Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., para la ejecución del contrato C-0063-2003 y su instrumento modificatorio denominado otrosí 01 de 2003, y ORDENAR que reintegre y/o entregue a Bellsouth Colombia S.A. hoy Telefónica Móviles S.A., todos los bienes e información que haya recibido y/o procesado o elaborado con base en aquella, para la ejecución del contrato C-0063-03 y su instrumento modificatorio denominado otrosí 01 de 2003.

Cuarto. Declarar NO PROBADAS las excepciones propuestas por Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., frente a la demanda de reconvencción reformada.

Quinto. Declarar que Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., incumplió obligaciones a favor de Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración, derivadas del contrato C-0063-03, de conformidad con la interpretación dada a las pretensiones de la demanda.

Sexto. CONDENAR, en consecuencia, a Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., a pagar a Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración, la suma de mil trescientos veintiocho millones ciento once mil quinientos treinta y nueve pesos (\$ 1.328.111.539) por concepto de capital, calculada conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo. CONDENAR igualmente a Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., a pagar a Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración la suma de quinientos veintiún millones doscientos cuarenta y un mil cuatrocientos cincuenta y siete pesos (\$ 521.241.457) por concepto de intereses, calculados conforme a los criterios expuestos en la parte motiva de esta providencia.

Octavo. Declarar NO PROBADA la objeción por error grave presentada por Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., frente al dictamen pericial rendido por el ingeniero de sistemas.

Noveno. Declarar INFUNDADAS las tachas a los testigos propuestas por Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración.

Décimo. CONDENAR a Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., a pagar a Recuperación y Cobranzas S.A. en reestructuración por concepto de costas y agencias en derecho, la suma de ciento nueve millones setecientos cuarenta y dos mil ochocientos pesos (\$ 109.742.800) suma liquidada conforme a los criterios expuestos en la parte motiva del laudo.

Décimo primero. Ordenar la devolución a la partes de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros”, si a ello hubiere lugar, según la liquidación final de gastos.

Décimo segundo. Señalar un término de quince días hábiles, contados desde la fecha de ejecutoria del presente laudo, para que Bellsouth Colombia S.A., hoy Telefónica Móviles S.A., cancele a favor de Recuperación y Cobranzas S.A., en reestructuración las sumas de dinero a que se refieren los puntos sexto, séptimo y décimo de esta parte resolutive.

Décimo tercero. Ordenar la protocolización del expediente en una de las notarías del círculo de Bogotá, cuyo costo se cubrirá con las sumas dispuestas por el tribunal para tal fin.

Décimo cuarto. Ordenar la expedición de copias auténticas de este laudo con destino a cada una de las partes.

Esta providencia quedó notificada en estrados. Cúmplase.

Jorge Cubides Camacho, presidente—*Álvaro Mendoza Ramírez*, árbitro—*Antonio Pabón Santander*, árbitro.

Roberto Aguilar Díaz, Secretario.
