

Laudo Arbitral

Gallo's Comunicaciones E. U.

v.

Super 9 Comunicaciones S.A.

Noviembre 17 de 2004

Bogotá, D.C., diecisiete (17) de noviembre de dos mil cuatro (2004).

El tribunal de arbitramento constituido para dirimir en derecho las diferencias presentadas entre Gallo's Comunicaciones E.U., parte convocante, y Super 9 Comunicaciones S.A., parte convocada, profiere el presente laudo arbitral, por medio del cual se pone fin al proceso objeto de controversia.

Para efectos metodológicos se aclara que la denominación social exacta de la parte convocada es Super 9 Comunicaciones S.A. de acuerdo con el certificado expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, allegado al expediente, aclaración que hacemos por cuanto las partes a todo lo largo del proceso han utilizado denominaciones similares pero con la intención de referirse siempre a la sociedad antes mencionada. Así mismo, cuando en este laudo se haga referencia a Gallo's, se entenderá que es Gallo's Comunicaciones E.U., y cuando se haga referencia a Super 9, se entenderá que se está haciendo referencia a Super 9 Comunicaciones S.A. Igualmente a cuando se haga mención a EPM significa que se hace referencia a Empresas Públicas de Medellín.

Cláusula compromisoria

Las controversias que se deciden mediante el presente laudo se originan en el contrato S9C-0233/200 suscrito entre las partes el día 30 de septiembre de 2002, dentro del cual se pactó la cláusula compromisoria, contenida en la cláusula décima primera del contrato. Dicha cláusula compromisoria dice textualmente:

“Toda controversia o diferencia relativa a este contrato, a su ejecución, modificación, interpretación y liquidación se resolverá por un tribunal de arbitramento designado por la cámara de comercio de Bogotá, que se sujetará a los dispuesto en los códigos de Procedimiento Civil y de Comercio de acuerdo con las siguientes reglas:

a) El tribunal estará integrado por tres (3) árbitros.

b) La organización interna del tribunal se sujetará a las reglas previstas para el efecto por el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la cámara de comercio.

c) El tribunal decidirá en derecho.

d) El tribunal funcionará en la ciudad de Bogotá en el centro de arbitraje y conciliación mercantiles de la cámara de comercio de Bogotá”.

CAPÍTULO PRIMERO

Antecedentes

1. El día 30 de septiembre de 2002 la empresa unipersonal Gallo's Comunicaciones E.U. y la Sociedad Super 9 Comunicaciones S.A., suscribieron el contrato S9C-0233 de 2002.

2. El día 7 de noviembre de 2003, la empresa unipersonal Gallo's Comunicaciones E.U., por medio de apoderado, presentó solicitud de convocatoria de tribunal de arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el propósito de dirimir el conflicto suscitado con Super 9 Comunicaciones S.A. respecto de la ejecución del contrato S9C-0233 de 2002, referido en el anterior punto 1.

CAPÍTULO SEGUNDO

Desarrollo del trámite arbitral

1. Nombramiento de árbitros, instalación del tribunal y consignación de honorarios.

De conformidad con lo dispuesto en la cláusula compromisoria, el tribunal debía conformarse por tres (3) árbitros.

En la audiencia celebrada el 18 de noviembre de 2003, se surtió el sorteo de árbitros, en el cual se nombró a los doctores Camila De La Torre Blanche, Fernando Santos Silva y Hernando Cardozo Luna en calidad de principales y Cesar Hoyos Salazar, Bernardo Herrera Molina y Juan Pablo Medrano Supelano en calidad de suplentes. Los doctores Camila De La Torre Blanche, Fernando Santos Silva y Hernando Cardozo Luna aceptaron su designación oportunamente.

En audiencia celebrada el 11 de diciembre de 2003, se instaló el tribunal de arbitramento. Se designó como presidenta a la doctora Camila De La Torre Blanche y como secretaria a la doctora Catalina Ochoa Lievano y se profirió el auto número 1 mediante el cual se fijó la suma de honorarios y gastos, disponiéndose su consignación por mitades dentro de los términos legales.

Oportunamente la parte convocante consignó a órdenes de la presidenta del tribunal la totalidad de las sumas correspondientes a los honorarios y gastos del tribunal de arbitramento.

2. Admisión de la demanda.

La solicitud de convocatoria o demanda arbitral referida, se admitió mediante auto 2 proferido el 10 de febrero de 2004 por este tribunal de arbitramento, y de ella y sus anexos se corrió traslado por el término de 10 días a la sociedad convocada (acta 3 de fecha 10 de febrero de 2004, fls. 64 a 66 del cdno. ppal. 1).

2.1. Síntesis de los hechos en que se sustenta la demanda.

Los hechos de la demanda son, en síntesis, los siguientes:

El día 30 de septiembre de 2002 Gallo's Comunicaciones E.U y Super 9 Comunicaciones S.A. suscribieron el contrato S9C-0233/2002, mediante el cual Super 9 Comunicaciones(sic) S.A., obrando como empresa comercializadora de Telecom, ofrece el servicio de compraventa de minutos de larga distancia nacionales e internacionales a Gallo's Comunicaciones E.U., y esta última, a través del telelocutorio autorizado, ofrece el servicio de llamadas de larga distancia al público en general.

En desarrollo del contrato, Gallo's Comunicaciones E.U. arrendó un local comercial en la ciudad de Medellín, en el que funcionó el punto de ventas de llamadas, denominado "el Telelocutorio", el cual fue previamente aprobado por Telecom y adecuado según las exigencias de Super 9 Comunicaciones.

Gallo's Comunicaciones E.U. , pagó a Super 9 Comunicaciones la suma de \$ 18.000.000 por concepto de equipos, instalaciones y adecuación del telelocutorio, así como \$ 2.500.000 para ingresar en el listado de franquiciados.

Gallo's Comunicaciones E.U. al suscribir el contrato referido, se comprometió a cobrar a los usuarios las tarifas indicadas por Super 9 Comunicaciones por llamadas de larga distancia nacional e internacional y a consignar a esta última semanalmente el 65% de la venta total correspondiente a lo facturado por el uso de las líneas telefónicas autorizadas.

Super 9 Comunicaciones S.A. a su vez, debía inscribir las líneas telefónicas autorizadas al telelocutorio, en la maestra de descuentos de Telecom, y realizar la respectiva gestión ante Empresas Públicas de Medellín, para que fuera Telecom, quien facturara al telelocutorio las llamadas de larga distancia nacional e internacional y no EEPP de Medellín.

Super 9 Comunicaciones S.A. no cumplió con la fecha de entrega de los equipos en funcionamiento, sino que lo hizo tardíamente, haciendo que la convocante incurriera en costos operativos y de funcionamiento sin que percibiera durante cierto tiempo, ingreso alguno.

Tampoco cumplió Super 9 Comunicaciones S.A. con la inscripción de las líneas telefónicas dentro del programa que maneja Telecom con Empresas Públicas de Medellín. Las cinco líneas telefónicas del telelocutorio no fueron inscritas en la maestra de descuentos, por lo que siempre le llegaron a Gallo's Comunicaciones las facturas expedidas por Empresas Públicas de Medellín, sin los descuentos a que se había comprometido Super 9 Comunicaciones. Siendo esto así deberá esta reembolsar a Gallo's Comunicaciones el 35% de lo pagado desde diciembre de 2002 hasta la fecha de la presentación de la demanda.

La compra de los equipos y su montaje generó un impuesto frente a la DIAN de \$ 900.000; suma que no fue le retenida oportunamente a Super 9 Comunicaciones S.A., valor que Gallo's Comunicaciones E.U. tuvo que cubrir ante la DIAN, y hasta la fecha Super 9 Comunicaciones S.A. no le ha reconocido dicho pago. Tampoco se ha recibido la asesoría jurídica y tributaria a que se comprometió Super 9 Comunicaciones.

Gallo's Comunicaciones E.U., procedió a consignar las obligaciones correspondientes al mes de julio de 2003, a la espera de que la situación de facturación con EEPP de Medellín cambiara.

Gallo's Comunicaciones E.U., "... ante la imposibilidad de lograr el equilibrio en el ejercicio del contrato suscrito, se vio precisado a dar por terminado el contrato y esto, se lo manifestó a Supernueve Comunicaciones S.A.," en septiembre 1° de 2003".

2.2. Pretensiones.

Las pretensiones, de conformidad con la demanda principal, son las siguientes:

“PRIMERA: que se declare la terminación del contrato S9C-0233/2002, suscrito entre Supernueve Comunicaciones S.A. y la firma Gallo's Comunicaciones E.U., el día 30 de septiembre de 2002.

SEGUNDA: que se declare que la sociedad Supernueve Comunicaciones S.A., domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C., representada legalmente por el señor Manuel Rincón Guevara, es civil y solidariamente responsable de los daños y perjuicios, causados a la firma Gallo's Comunicaciones E.U.; con ocasión de los sucesivos incumplimientos por parte de la sociedad demandada.

TERCERA: que como consecuencia de esta declaración, se ordene a la sociedad Supernueve Comunicaciones S.A., el pago de las indemnizaciones por los rubros y montos, que a continuación se determinan:

1. Perjuicios materiales

a) Daño emergente.

Consistente en las sumas dinerarias que salieron del peculio de mi mandante, concretamente para pagar la suma de \$ (sic) dos millones quinientos mil pesos m.l. (\$ 2.500.000), correspondiente al pago de la franquicia, que le fuera cancelada a Supernueve Comunicaciones S.A., por haberse iniciado el contrato viciado por falta de causa, pues como se ve no hubo la más mínima intención por parte de Supernueve de allanarse a lo estipulado en el contrato S9C-0233/2002.

La suma de dos millones doscientos cuarenta y dos mil pesos m.l. (\$ 2.242.000), correspondiente a los costos de funcionamiento del primer mes de labores, sin haber comenzado a ejecutarse el contrato, por culpa imputable a la sociedad demandada.

La suma de novecientos mil pesos m.l. (\$ 900.000), por concepto de retención en la fuente, cancelada por Gallo's y no reconocida por Supernueve Comunicaciones S.A., quien estaba obligada a cancelarlos por la venta de los equipos.

Sírvase liquidar lo correspondiente al 35% de sobre costos en los que incurrió mi cliente por el pago de facturas a Empresas Públicas de Medellín, por concepto de llamadas de larga distancia nacionales e internacionales, por el período comprendido entre el día 1° de diciembre de 2002 hasta noviembre de 2003. En igual sentido al servicio (sic) de llamadas locales extendidas por el mismo período facturadas por EDATEL.

La suma de un millón cuatrocientos ochenta mil pesos m.l. (\$ 1.480.000) por concepto de 2 viajes a Bogotá, por parte del señor Julio Jairo Vélez, viajes realizados a Bogotá, D.C.

La suma de mil novecientos noventa y dos dólares por concepto de tiquetes de viajes a Estados Unidos a Colombia (ver relación anexa) y un millón once mil novecientos sesenta pesos m.l. (\$ 1.011.960), pagados al Hostal Santiago de Arma, por concepto de alojamiento, efectuados por el señor Jairo W. Cardona Gallo propietarios del establecimiento comercial, los cuales deben ser valorados a la fecha de la sentencia, a la tasa representativa del mercado para ese momento.

La suma de veinticinco millones cuatrocientos veinte mil pesos m.l., según pérdidas del ejercicio comercial del año 2003 y ocho millones novecientos noventa y siete mil pesos m.l. (\$ 8.997.000) correspondientes al ejercicio comercial del año 2002, para un total de treinta y cuatro millones cuatrocientos diecisiete mil pesos m.l., de pérdida según balance general y estado de pérdidas y ganancias. Este valor corresponde, a los gastos operativos, durante toda la ejecución del contrato.

b) Lucro cesante.

La suma de veinticinco millones de pesos m.l. (\$ 25.000.000) correspondientes a lo dejado de percibir como mínima utilidad, de la firma Gallo's, en consideración a lo invertido en el montaje del establecimiento comercial y que corresponde al período comprendido entre el 1° de diciembre de 2002 hasta el 30 de noviembre de 2003.

2. Perjuicios morales subjetivos.

El “*petitum doloris*” habida cuenta de que el señor Jairo Cardona, propietario, perdió su tranquilidad y estabilidad emocional por las pérdidas permanentes, que sufrió, a consecuencia del incumplimiento desde el inicio del contrato suscrito con la sociedad Supernueve Comunicaciones, las cuales se estiman en un valor de (200) salarios mínimos legales mensuales vigentes (el artículo 97 del Código Penal señala la posibilidad de hasta 1.000 salarios, aplicable en este caso por el principio de subsidiariedad).

CUARTA: que se condene en costas y agencias en derecho, a la sociedad demandada y a los viáticos, los cuales aportaré en su momento, por cuanto el domicilio de la sociedad demandante es la ciudad de Medellín”.

3. Contestación de la demanda.

El 9 de marzo de 2004, la sociedad convocada, contestó la demanda, formuló demanda de reconvención y presentó solicitud de llamamiento en garantía a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación (fls. 76 a 89 y 112 a 114 del cdno. ppal. 1).

3.1. Respecto de los hechos.

La apoderada de Super 9 Comunicaciones S.A., al contestar la demanda reconoce que son ciertos los siguientes hechos enumerados en dicho escrito: 1, 2, 3, 5; reconoce como parcialmente ciertos los siguiente hechos: 6, 7, 8, 11, 12, 14, 15 y 17; manifiesta que no son ciertos los hechos números 9, 10, 13, y que no le constan los hechos números 4 y 16.

3.2. Respecto a las pretensiones.

La apoderada de la parte convocada, acepta la pretensión primera de declarar la terminación del contrato pero teniendo como fundamento el incumplimiento del contrato por parte de Gallo's y a partir del 31 de enero de 2004, fecha hasta la cual llegaron facturas de Telecom. Respecto de las demás pretensiones formuladas por Gallo's Comunicaciones E.U., se opone a todas y cada de ellas.

3.3. Excepciones.

En la contestación de la demanda, la apoderada de la convocada propuso las siguientes excepciones de mérito:

- Transacción.

- Inexistencia de obligación.
- Incumplimiento del contrato S9C-0233 de 2002 por parte de Gallo's Comunicaciones.
- Reclamación de lo no debido.
- Enriquecimiento sin causa.
- Riesgos Inherentes a la actividad empresarial.

4. Demanda de reconvención.

El día 9 de marzo de 2004 la sociedad Super 9 Comunicaciones S.A. presentó demanda de reconvención contra la empresa convocante Gallo's Comunicaciones E.U.

Mediante auto 4 de fecha 20 de abril de 2004, el tribunal admitió la demanda de reconvención presentada oportunamente por la sociedad convocada y de ella y de sus anexos se ordenó correr traslado a la parte convocante por el término legal de diez (10) días hábiles.

4.1. Síntesis de los hechos en que se sustenta la demanda de reconvención.

Los hechos de la demanda de reconvención son, en síntesis, los siguientes:

Las partes de este proceso arbitral suscribieron el día 30 de septiembre de 2002 el contrato S9C-0233/2002, en el cual se consagraron, entre otras, dos obligaciones específicas para Gallo's Comunicaciones E.U., a saber: la cláusula primera literal F, consagra la obligación de consignar semanalmente el 65% de la venta total correspondiente a lo facturado por las líneas autorizadas por Super 9 Comunicaciones, por venta de minutos de local extendida, larga distancia nacional e internacional.

La otra obligación a que se hace referencia, es la consagrada en la cláusula segunda literal B del contrato en la que Gallo's Comunicaciones se comprometió a pagar hasta el día 5 de cada mes o el día hábil anterior, la suma correspondiente al 5% de la facturación total de las líneas telefónicas autorizadas, antes del IVA.

A pesar de que el telelocutorio de Gallo's Comunicaciones fue inscrito en la maestra de descuentos desde octubre de 2002 por parte de Super 9 Comunicaciones, y que el contrato comenzó a operar desde diciembre de 2002, hasta la fecha Gallo's Comunicaciones no ha cumplido sus obligaciones antes referidas. Hasta la fecha, solo ha efectuado dos abonos, por lo que debe deducirse que la convocante ha incumplido con sus obligaciones contractuales; siendo ello causal de terminación del contrato por parte de Super 9.

Teniendo en cuenta que Gallo's Comunicaciones terminó anticipadamente el contrato suscrito, habrá de indemnizar a Super 9 Comunicaciones, en los términos de la cláusula penal.

4.2. Pretensiones de la demanda de reconvención.

Las pretensiones de Super 9 Comunicaciones S.A. formuladas en su demanda de reconvención son:

1. "Que se declare que Gallo's Comunicaciones(sic) E.U. incumplió el contrato SC9-0233/2002 suscrito con Super 9 Comunicaciones el 30 de septiembre de 2002.
2. Que como consecuencia de lo anterior se declare la terminación del contrato S9C-033/2002.
3. Que se declare que Gallo's Comunicaciones E.U. adeuda a Super 9 Comunicaciones S.A. la suma de cinco millones de pesos m/cte. (\$ 5.000.000) a título de cláusula penal, de conformidad con la cláusula novena del contrato S9C-0233/2002.
4. Que se condene en costas y agencias en derecho a la sociedad demandada".

La demanda de reconvención fue admitida mediante auto 4 del 20 de abril de 2004, que a la vez ordenó correr

traslado de la misma a la sociedad convocante.

Gallo's Comunicaciones contestó la demanda el día 4 de mayo de 2004, oponiéndose a la totalidad de la pretensiones y formulando la excepción de mérito de falta de causa para demandar.

5. Llamamiento en garantía.

Mediante auto 3 de fecha 25 de marzo de 2004, el tribunal admitió el llamamiento en garantía formulado por la parte convocada Super 9 Comunicaciones S.A. y en consecuencia ordenó citar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación para que compareciera al proceso.

El 31 de marzo de 2004 se notificó personalmente a la señora apoderada de la sociedad convocada el contenido del auto 3 del 25 de marzo de 2004.

El día 1º de abril de 2004, se notificó al representante legal de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación, la admisión del llamamiento en garantía formulado por la sociedad convocada.

El 16 de abril de 2004, se notificó personalmente el contenido del auto 3 de 25 de marzo de 2004, a la apoderada sustituta de la parte convocante.

El 15 de abril de 2004, la sociedad llamada en garantía mediante escritos presentados ante este tribunal, contestó la demanda, formulando excepciones de mérito y el llamamiento en garantía (fls. 120 a 126 del cdno. ppal. 1).

Mediante auto 4 de fecha 20 de abril de 2004, el tribunal, de conformidad con lo dispuesto por el artículo 150 del Decreto 1818 de 1998, fijó las sumas a cargo de la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom en liquidación, por concepto de honorarios y gastos del tribunal.

En consideración a que la sociedad llamada en garantía no consignó las sumas fijadas por el tribunal por concepto de gastos y honorarios, mediante auto 5 se ordenó continuar el trámite arbitral sin su intervención.

6. Audiencia de conciliación y primera audiencia de trámite.

El día 23 de junio de 2004 se llevó a cabo la audiencia de conciliación, sin que las partes pudieran llegar a un acuerdo por lo que a continuación, se dio inicio a la primera audiencia de trámite, dentro de la cual fue leída la cláusula compromisoria del contrato S9C-0233/2002, suscrito por las partes; se señalaron las cuestiones objeto de la controversia y el tribunal definió su propia competencia.

Esta audiencia fue suspendida para continuarla el primero de julio de 2004, fecha en la que el tribunal procedió a decretar las correspondientes pruebas solicitadas.

7. Pruebas.

Mediante auto 9 del primero de julio de 2004, el tribunal decretó las pruebas solicitadas por las partes que cumplieran con los requisitos legales para ello, las cuales fueron practicadas de la siguiente manera:

7.1. Solicitadas por la parte convocante:

7.1.1. Documentales:

Aportadas al proceso en las oportunidades legales.

7.1.2. Declaraciones extrajuicio:

Se aportaron con la solicitud de convocatoria, las declaraciones extrajuicio de las siguientes personas: Carmen Liliana González, Julio Jairo Vélez Rendón y Lady Tatiana Becerra Luján.

7.1.3. Interrogatorio de parte:

- Mauricio Alberto Peraza Rasmussen, representante legal de Super 9 Comunicaciones S.A. prueba practicada el

28 de julio de 2004. La versión escrita del interrogatorio consta a folios 158 a 172 del cuaderno de pruebas número 2.

7.1.4. Oficios.

Se libraron los correspondientes oficios solicitados, dirigidos a Empresas Públicas de Medellín y a Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación. Los documentos allegados en respuesta a los oficios, se encuentran en del cuaderno de pruebas 2 folios 184 a 208.

7.1.5. Escrito de respuesta al llamamiento en garantía.

El escrito mediante el cual la sociedad Empresa Nacional de Telecomunicaciones Telecom en liquidación, describió el traslado del llamamiento en garantía hecho por la parte convocante se encuentra a folios 115 a 119 del cuaderno principal 1.

7.2. Solicitadas por la parte convocada:

7.2.1. Documentales.

Aportadas al proceso en las oportunidades legales.

7.2.2. Declaraciones de terceros.

- Teresa Beatriz Cancelado Carretero. Prueba practicada el 28 de julio de 2004. La versión escrita del testimonio consta a folios 121 a 148 del cuaderno de pruebas 2.
- Wilson Hernán González Guerrero. Prueba practicada el 28 de julio de 2004. La versión escrita del testimonio consta a folios 149 a 157 del cuaderno de pruebas 2.
- Miguel Ángel Espejo Mejía. Prueba practicada el 28 de julio de 2004. La versión escrita del testimonio consta a folios 108 -120 del cuaderno de pruebas 2.
- Andrés Buendía. Prueba desistida y desistimiento aceptado mediante auto 11 dictado el 28 de julio de 2004 (acta 10, fls. 210 a 217).
- Mauricio Alberto Peraza. Prueba desistida y desistimiento aceptado mediante auto 11 dictado el 28 de julio de 2004 (acta 10, fls. 210 a 217).

7.2.3. Interrogatorio de parte.

- Édgar Orlando Cardona Gallo, representante legal de Super 9 Comunicaciones S.A. Prueba practicada el 28 de julio de 2004. La versión escrita del interrogatorio consta a folios 173 a 183 del cuaderno de pruebas 1.

7.2.4. Oficios:

Se libraron los correspondientes oficios solicitados, dirigidos a Telecom en liquidación y Globatel. Los documentos allegados en respuesta al oficio, se encuentran en el cuaderno de pruebas 2 folios 184 a 206 y 209.

8. Alegatos de conclusión.

El 11 de octubre de 2004 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión.

9. El término del proceso.

Al no haber señalado las partes un término para la duración del proceso, conforme con lo dispuesto por el artículo 103 de la Ley 23 de 1991, este es de seis meses contados desde la finalización de la primera audiencia de trámite, lo cual tuvo lugar el 1º de julio de 2004, por lo cual el término de duración del tribunal vence el 1º de enero de 2005. Por tanto, el laudo proferido en el día de hoy reúne los requisitos legales de oportunidad.

10. Presupuestos procesales.

Antes de entrar a decidir de fondo las controversias planteadas, se hace necesario establecer si en el presente proceso arbitral se reúnen cabalmente los presupuestos procesales que permitan proferir decisión de fondo.

La empresa unipersonal Gallo's Comunicaciones E.U. y la sociedad Super 9 Comunicaciones S.A. son personas jurídicas cuya existencia y representación legal se acreditó en el proceso.

Las partes acudieron al proceso por intermedio de apoderados judiciales oportunamente reconocidos.

Mediante auto 8 del 23 de junio de 2004, fecha en que se inició la primera audiencia de trámite, el tribunal encontró que las partes eran plenamente capaces y que estaban debidamente representadas; que el tribunal había sido integrado y se encontraba instalado; que se había efectuado la consignación oportuna de los gastos y de los honorarios; que las controversias planteadas eran susceptibles de transacción y que las partes tenían capacidad para transigir; por lo que se declaró competente para conocer y decidir las controversias surgidas entre las partes.

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

CAPÍTULO TERCERO

Consideraciones del tribunal

A partir de los antecedentes que se dejan expuestos, procede el tribunal a exponer las razones, motivaciones y conclusiones que servirán de soporte a las decisiones que se adoptan mediante el presente laudo.

Consideraciones generales acerca del contrato.

Las controversias que se debaten en el presente proceso arbitral, tienen origen en la celebración, ejecución y terminación de un contrato suscrito entre las firmas Super 9 y Gallo's, contrato que las partes han reconocido y no han cuestionado su existencia. Este tribunal delimitará el ámbito contractual de la controversia.

Partes del contrato

Las partes en el contrato distinguido con la referencia S9C-0233/2002 son Super 9, representada legalmente por su presidente Manuel Arturo Rincón Guevara, identificado con la C.C. 19.390.376 y Gallo's representada legalmente por Julio Jairo Vélez Rendón y Luz Elena Cadavid López, en su calidad de administradores, debidamente identificados. Ambas partes acreditaron su existencia y representación legal con sendos certificados expedidos por las respectivas cámaras de comercio.

Consideración previa y objeto del contrato

En el contrato identificado en el numeral anterior, se lee un considerando previo que se refiere al contrato 00170000V.V.-0101 mediante el cual Super 9 celebró contrato de compraventa por volumen de minutos de larga distancia nacional e internacional con Telecom, quedando facultado para ofrecer el servicio de compraventa de minutos de larga distancia nacional e internacional a terceros, a través de puntos de venta autorizados. Además, se deja constancia de la aprobación previa por parte de Telecom del local comercial (Telelocutorio) de Gallo's.

A juicio de este tribunal, el considerando en estudio establece:

I. El objeto mismo del contrato, el cual es comercializar y ofrecer el servicio de compraventa de minutos de larga distancia nacional e internacional.

II. Que no solo el buen éxito de la ejecución contractual sino la posibilidad misma para suscribir el contrato se derivan y dependen del contrato previamente celebrado por Super 9 con Telecom. En otros términos, Super 9 estaba ofreciendo unas determinadas ventajas comerciales, que atendiendo predeterminados requisitos (autorización del local, información y determinación de las líneas telefónicas, etc.) existen exclusivamente en

virtud del contrato celebrado con Telecom. Adelante, se expresará cómo, a juicio del tribunal, esta circunstancia impone a Super 9 deberes de gestión vinculados al desarrollo del objeto del contrato que aquí nos ocupa, aun en el caso de no haber sido pactados expresamente.

Observa el tribunal, de manera tangencial, que varias de las obligaciones incluidas en la cláusula primera coinciden con las características que la doctrina asigna al denominado contrato de franquicia, pero no considera que profundizar en este análisis contribuya a arrojar claridad frente a su obligación de pronunciarse sobre los distintos aspectos que le han sido sometidos.

La constante referencia en el contrato S9C-0233/2002 a aquel que previamente tiene suscrito Super 9 con Telecom y la circunstancia, antes anotada, de que Super 9 está pactando con Gallo's unas determinadas condiciones que existen exclusivamente en virtud del contrato previamente celebrado con Telecom, lleva a este tribunal a calificar al contrato que origina las controversias sometidas a su decisión, como conexo o satélite del suscrito por Super 9 con Telecom. Por tratarse de creación de la doctrina a esta categoría de actos, indistintamente se les ha llamado de las dichas maneras, aun cuando un estudio profundo, que no resulta ahora oportuno, encuentre diferencias predicables entre uno y otro. No se trata de contratos estrictamente principales, puesto que están sometidos en sus efectos a otros actos jurídicos, pero tampoco son accesorios puesto que no tienen la función de garantizar otras obligaciones. En su obra, "El Negocio Jurídico" el profesor Francesco Galgano sostiene que existe "una pluralidad coordinada de contratos, cada uno de los cuales responde a una causa autónoma, aun cuando en conjunto tiendan a la realización de una operación económica unitaria y completa". La dogmática ha deducido como requisitos de los contratos conexos:

a) Pluralidad de contratos. Es decir que cada uno tiene una causa propia, lo cual los distingue de los contratos mixtos.

b) Heterogeneidad. Las relaciones abarcan situaciones diversas, como instrumentos para la realización de una operación económica.

c) Finalidad económica supracontractual. Está presente una finalidad económica que trasciende la que se propone cada contrato y que solo queda satisfecha por el conjunto de los mismos. Desde luego, pueden existir diferentes grados de conexidad, desde una hipotética dominación, en la cual sería difícil identificar la autonomía negocial, hasta el establecimiento de obligaciones recíprocas de todos los integrantes de una red como sería una de concesionarios u otra de franquiciantes.

Obligaciones de las partes

La cláusula primera del contrato S9C-0233/2002 enumera obligaciones de Gallo's para la operación del telelocutorio previamente identificado. El tribunal encuentra de especial significación frente a la controversia sometida a su estudio los literales E, F, G, I y P.

La cláusula segunda se refiere a las condiciones económicas de la comercialización discriminando los bienes y derechos incluidos en el valor pagado de \$ 18.500.000, IVA incluido. Destaca el tribunal el concepto contenido en el punto A.1 del contrato.- derecho a la comercialización de servicios definidos por Super 9 al amparo y en los términos de dicho contrato. Todos los demás conceptos se refieren al montaje y adecuación del local comercial, discriminando el correspondiente inventario. De otra parte, en el literal B de esta cláusula segunda se consagra la obligación para el Gallo's de pagar a Super 9 el 5% de la facturación total de las líneas telefónicas autorizadas en el telelocutorio, a partir de la correspondiente inclusión de las líneas en la maestra de descuentos de Telecom.

La cláusula tercera se refiere a las obligaciones de Super 9, estableciendo la de permitir la comercialización bajo su nombre comercial y el de "vía Telecom", poniéndose de presente una vez más lo que algunos doctrinantes han denominado el carácter de "contrato satélite" frente al suscrito inicialmente entre Telecom y Super 9. El literal B reviste particular significación por cuanto para que Super 9 reciba directamente de Telecom la facturación de las llamadas de larga distancia nacional e internacional y pueda pagarlas oportunamente, Gallo's autoriza de manera irrevocable e incondicional a Super 9 para:

1. "Solicitar a Telecom la facturación directa de las líneas autorizadas en el telelocutorio; 2. Presentar

reclamaciones por la facturación; 3. Transigir las reclamaciones por el servicio (...)” (fl. 2 del cdno. pbas. 1).

Ejecución contractual

De los costos de funcionamiento del primer mes del contrato

En el escrito de demanda Gallo's manifiesta que Super 9 no cumplió con la entrega de los equipos en funcionamiento, los cuales tenían que haber sido entregados a más tardar el 30 de octubre de 2002, y agrega que se tardó un mes en efectuar la aludida entrega, lo que significó costos operativos o de funcionamiento, sin que se percibiera durante ese lapso ingreso alguno y por el contrario la sociedad se vio obligada a sufragar costos que afirma ascienden a la suma de \$ 2.242.000.

Por su parte Super 9 en su contestación de la demanda acepta que hubo la tardanza aducida por Gallo's, pero que las partes llegaron a una transacción sobre el particular en febrero de 2003.

En apretada síntesis cree oportuno el tribunal referirse al concepto, los elementos y principales características del contrato de transacción.

El concepto, está expresado en el artículo 2469 del Código Civil el cual establece:

“La transacción es un contrato en que las partes terminan extrajudicialmente un litigio pendiente o precaven un litigio eventual.

No es transacción el acto que solo consiste en la renuncia de un derecho que no se disputa”.

La jurisprudencia y la doctrina han ampliado esta definición incorporando el elemento de las concesiones recíprocas que deben efectuar las partes, sacrificando parcialmente sus pretensiones.

Así se tendrían como elementos esenciales de la transacción: 1. La existencia de una controversia. 2. La intención de las partes de solucionarla extrajudicialmente, y 3. Las concesiones recíprocas. Además se trata, como lo establece la definición legal, de un contrato que tiene la virtualidad o capacidad necesaria para definir el conflicto.

Entre las varias características del contrato de transacción (bilateral, oneroso, conmutativo, principal, nominado, *intuitu personae*), para los efectos de este somero análisis es importante destacar su carácter de consensual, es decir, que no está sujeto a determinadas formalidades y que se perfecciona con la sola manifestación del consentimiento de las partes. En consecuencia el contenido del contrato de transacción puede ser probado por cualquiera de los medios contemplados en la ley, por ejemplo, por medio de la confesión.

En el expediente se encuentra claramente probada, por diferentes razones que no afectan el fondo del asunto, la tardanza o demora superior al mes pactado para la entrega e instalación de los elementos necesarios para la operación del telelocutorio. Así mismo figuran las comunicaciones suscritas en diciembre 13 de 2001 y enero 21 de 2003 por Gallo's mediante las cuales reclama la suma de \$ 1.477.745, por este concepto.

En el acta 10, correspondiente a la audiencia celebrada el día 8 de julio de 2004, consta que se hizo presente el señor Édgar Orlando Cardona Gallo, representante legal de Gallo's para rendir interrogatorio de parte, en el cual, acerca del punto que ahora se estudia, manifestó (fls. del 174 y 175 del cdno. de pbas. 2):

“Dra. Zapata: diga cómo es cierto, sí o no, que producto del acuerdo firmado, realizado entre febrero y marzo/2003, Gallos Comunicaciones reclamaba la suma de \$ 1.400.000 correspondiente al canon de arrendamiento y servicios públicos que sufragó Gallo's durante ese mes en el cual Super 9 hizo la instalación del locutorio y se llegó a un acuerdo que Super 9 reconocía la suma de \$ 1.121.000 los cuales se abonaron directamente como nota crédito a la deuda que tenía Gallos con Super 9?

Sr. Cardona: a pesar que hubo un mal acuerdo porque únicamente el arriendo costaba \$ 950 mil pesos, más los servicios públicos, más las llamadas...

Dra. De La Torre: conteste sí o no y después explica.

Sr. Cardona: sí se hizo el acuerdo, pero ese acuerdo no se cumplió...

Dra. Zapata: \$ 1.100.000 en nota crédito que ustedes debían una plata producto de facturas de telefonía a Super 9. Entonces el acuerdo fue, ustedes sufragaron \$ 1.400.000 en arrendamiento y servicios públicos por un mes que no se les hizo la instalación del locutorio.

Ustedes a su vez nos debían porque este acuerdo se hizo en febrero, marzo, ya dieron las facturas de noviembre, diciembre, enero, causadas del teléfono, entonces nosotros no íbamos a sacar dinero para darles si ustedes nos debían, entonces se hizo compensación, una nota crédito para abonar a la factura, entonces si eso es cierto o no, con \$ 1.121.000?

Sr. Cardona: sí es cierto que se hizo ese acuerdo, pero no se cumplió ese acuerdo porque siguieron llegando las mismas cuentas de empresas públicas.

Dra. De La Torre: la pregunta no es esa, la pregunta es si a ustedes les cancelaron a través de una nota crédito el valor de \$ 1.121.000 por concepto del acuerdo, ustedes reclamaron \$ 1.400.000 y la pregunta es si recibieron por el mecanismo de la nota crédito \$ 1.121.000, eso es cierto o no es cierto?

Sr. Cardona: sí es cierto, pero esa nota llegó mucho después, no llegó en el tiempo, sino mucho después”.

Del interrogatorio parcialmente transcrito, el tribunal encuentra que el representante legal de Gallo's confiesa la existencia de la transacción en lo relativo a su reclamación inicial de \$ 1.477.745, mediante la nota crédito abonada por un valor de \$ 1.121.000. El representante legal inicialmente confunde este acuerdo en sus respuestas con la circunstancia de que continuara Gallo's recibiendo facturación directa de EPM. Sin embargo, aparece clara la materia transada, limitada a los costos inicialmente alegados por Gallo's en sus comunicaciones de diciembre 13 de 2001 y enero 21 de 2003. En esta última comunicación se lee “...de acuerdo con la comunicación de diciembre 13 de 2002, donde **se especifican los gastos correspondientes del 1° al 30 del mes de noviembre**, queremos recordar nuevamente esta obligación causada en dicho mes ...” (negrilla y subrayado fuera de texto, fl. 48 del cdno. de pbas. 1). El tribunal encuentra además, que nuevos conceptos (nómina y alarma) alegados por la convocante en la demanda no solo resultan alegados extemporáneamente, sino que no aparece en el expediente prueba de la cuantía ni de la erogación en el caso de la nómina y respecto de la alarma, aparece que fue instalada solamente hasta el 28 de noviembre de 2002 (fl. 37 del cdno. de pbas. 1).

En consecuencia el tribunal en la parte resolutive declarará probada la excepción de transacción.

De la inscripción de las líneas y de las facturas emitidas por Empresas Públicas de Medellín

En el hecho identificado con el número nueve de la demanda afirmó Gallo's que Super 9 no inscribió “ante Telecom y Empresas Públicas de Medellín, las cinco líneas telefónicas, del Telelocutorio que debieron ser incluidas en la maestra de descuentos de Telecom (ver literal e, de la cláusula primera del contrato), de tal forma que siempre le ha llegado a Gallo's Comunicaciones E.U. la facturación directa de Empresas Públicas de Medellín, con los precios que debe pagar cualquier usuario, lo cual es necesario, que Supernueve Comunicaciones, reembolse a mi cliente, el 35% del total facturado y pagado durante todos los meses, desde el mes de diciembre de 2002 hasta la fecha de la presentación de la demanda.

La razón de ser de este servicio, es la comercialización de los minutos de larga distancia nacionales con un descuento del 35% para las llamadas de larga distancia nacionales e internacionales. Esta operación era la que finalmente constituía la rentabilidad del telelocutorio y la razón que lo llevó a crear la empresa”.

En los alegatos de conclusión, la apoderada de la parte convocante, al referirse a este tema, manifiesta, entre otros, que “En la demanda de reconvención, se dice en el hecho cuarto, que Gallo's Comunicaciones, fue inscrito en la maestra de descuentos desde octubre de 2002, lo cual no es cierto, pues las facturas que emitía EPM las cuales aparecen como prueba documental de la demanda, indican lo contrario; es decir que nunca hubo una tarifa especial en aquella facturación. Mi cliente siempre canceló a EPM de manera cumplida, aquellos valores, sin gozar de los beneficios de ser franquiciado”.

En la contestación de la demanda y en los alegatos de conclusión la señora apoderada de la parte convocada afirma que Super 9 efectuó la inscripción de las líneas de Gallo's en la maestra de descuentos de Telecom, haciendo una relación de las comunicaciones por medio de las cuales se solicitó a Telecom dicha inscripción.

Así mismo, expresa la convocada que la gestión ante EPM no la debía realizar Super 9 sino Telecom, de conformidad con lo establecido en el anexo de reclamos contenido en el otrosí 7 al contrato suscrito entre Telecom y Super 9.

De lo establecido en el contrato, de los testimonios e interrogatorios de parte practicados en este proceso y de las demás pruebas que obran en el expediente, el tribunal concluye lo siguiente:

Si bien es cierto que en la cláusula tercera del contrato aparecen las obligaciones a cargo de Super 9, y que dentro de dichas obligaciones no se encuentra expresamente consagrada la de inscribir en la maestra de descuentos de Telecom las líneas de Gallo's que funcionarían en el telelocutorio, considera este tribunal que dicha gestión era una obligación fundamental que debía llevar a cabo Super 9. Tan es así que se encuentra debidamente probado en el proceso que Super 9, por solicitud expresa de Gallo's, inscribió ante Telecom seis líneas de teléfono así: mediante dos comunicaciones de fecha 18 de octubre de 2002 las líneas 5137517; 5137557; 2319299; 2318965 y 2316074 y según comunicación del 18 de junio la línea 2319386 (fls. 15 a 22 del cdno. de pbas. 2).

Lo anterior se corrobora con las siguientes pruebas: i) comunicación de Telecom que obra a folio 186 y siguientes del mismo cuaderno, en la cual se lee "La empresa Gallo's Comunicaciones estuvo como franquiciado con el mayorista Supernueve desde el mes de noviembre de 2002 hasta el período de enero de 2004". ii) Cuadro resumen de porcentajes y valores aplicados por período, elaborado por Telecom, que obra a folio 188, en el cual claramente se aprecia que Telecom otorgó descuentos por concepto de llamadas de larga distancia nacional entre el 42% y el 44%, internacional entre el 26% y el 32% y local extendida del 20%, desde noviembre de 2002 hasta diciembre de 2003. iii) en las facturas de servicio expreso expedidas por Telecom.

Ahora bien, a pesar de que en la cláusula tercera del contrato tampoco se encuentra expresamente consagrada la obligación a cargo de la parte convocada de informar o inscribir las mencionadas líneas ante EPM, considera este tribunal, que era deber contractual y comercial de la persona jurídica Super 9 informar a las Empresas Públicas de Medellín que existían seis números telefónicos inscritos en la maestra de descuentos de la empresa Telecom, bien directamente o insistiendo ante Telecom para lograr la plena efectividad del contrato.

El tribunal se fundamenta en la conexidad que existe entre este contrato y el previamente suscrito entre Super 9 y Telecom y en los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio, que en su orden disponen:

"ART. 1603.—Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por la ley pertenecen a ella".

"ART. 871.—Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no solo a lo pactado expresamente en ellos sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural".

El tribunal no vacila en concluir que la finalidad de la inscripción de los números telefónicos en la maestra de Telecom era, de acuerdo a lo pactado en el contrato, que respecto de la venta por parte de Gallo's de minutos de llamadas nacionales e internacionales en la ciudad de Medellín y dentro del establecimiento de comercio (telelocutorio) al público en general se aplicaran unos descuentos. Dichos descuentos no aparecen especificados dentro del contrato suscrito por las partes, razón por la cual habría que acudir al contrato suscrito por Super 9 y Telecom que obra a folios 39 a 47 del cuaderno de pruebas 2 del expediente en donde aparecen los descuentos que se le otorgaban a la convocada por parte de Telecom tanto en tarifas internacionales como nacionales, dependiendo del rango de minutos.

Se encuentra probado que Super 9 instaló en el Telelocutorio de Gallo's un programa de software en el cual se encontraban establecidas las tarifas autorizadas por Telecom y por ende por Super 9 a Gallo's, para cobrar llamadas al público. Dichas tarifas no tenían el mismo costo que cobraba Telecom (interrogatorio de parte del

representante legal de Super 9, fls. 168 y 169 del cdno. de pbas. 2 e interrogatorio de parte del representante legal de Gallo's, fl. 179 cdno. de pbas. 2).

Telecom otorgaba directamente los descuentos por concepto de las llamadas establecidas dentro del convenio —local extendidas, larga distancia nacional e internacional— en las facturas emitidas por dicha entidad y enviadas directamente a Super 9, denominadas servicio expreso. Por lo tanto, es evidente para el tribunal que Telecom debía asumir la facturación referente el tráfico de llamadas dentro del convenio, y remitirla directamente a Super 9; mientras que EPM continuaba facturando las otras llamadas que no tenían que ver con llamadas local extendidas, larga distancia nacional e internacional (Testimonio de Miguel Ángel Espejo folio 114 del cuaderno de pruebas 2, interrogatorio de parte del representante legal Super 9 folio 164 del mismo cuaderno).

A pesar de lo anterior, EPM facturó a Gallo's llamadas que se encontraban dentro del convenio, (local extendidas, larga distancia nacional e internacional), que han debido ser facturadas directamente por Telecom, aplicando el descuento respectivo (facturas de EPM que obran a folios 79 y siguientes del cuaderno de pruebas 1).

Si bien en el expediente no aparece prueba de que Gallo's hubiese cancelado la totalidad de las facturas emitidas por EPM, que incluían llamadas local extendidas, larga distancia nacional e internacional, pues algunas aparecen con el sello de pago mientras que otras o no, el tribunal considera que todas ellas fueron debidamente canceladas, pues de lo contrario, en virtud de lo dispuesto en los artículos 140 y siguientes de la Ley 142 de 1994, EPM habría suspendido el servicio, lo cual es evidente que no sucedió, pues a todo lo largo del contrato siguieron llegando las respectivas facturas emitidas por EPM, e incluso hoy en día Gallo's sigue utilizando dichas líneas como franquiciado de Globaltel.

A hora bien, el literal f de la cláusula primera, del contrato a la letra dispone:

“F. A consignar en la cuenta bancaria que le indique Super 9, semanalmente y oportunamente (a más tardar el día lunes o primer día hábil de la semana siguiente) el 65% de la venta total correspondiente a lo facturado por las líneas autorizadas por Super 9, por concepto de venta de minutos de local extendida, larga distancia nacional e internacional, en la semana inmediatamente anterior a la que se efectúa el pago mencionado. Este porcentaje puede reducirse en razón del mayor volumen de minutos que reporte la red de Super 9, en este caso, Super 9 informará al comercializador el porcentaje a consignar. Los descuentos sobre tráfico cursado por llamadas de larga distancia nacional e internacional se aplicarán de acuerdo con el volumen de minutos de la red Super 9”.

En virtud de dicha cláusula, Gallo's debía cancelar semanalmente a Super 9, el 65% del total de lo que aparecía facturado en el programa de software suministrado por Super 9, por concepto de llamadas local extendida, larga distancia nacional e internacional (interrogatorio de parte del representante legal de Gallos, folio 181 del cuaderno de pruebas 2).

Super 9, con el producto de lo que debía consignar semanalmente Gallo's por concepto del 65% de lo facturado en el telelocutorio, debía proceder a cancelar a Telecom las facturas de servicio expreso emitidas mensualmente por este operador y enviadas directamente a Super 9.

De lo anterior resulta claro para el tribunal, que Gallo's se vio obligada a cancelar el 100% de las llamadas de larga distancia nacional e internacional y local extendida facturadas por EPM, cuando la obligación adquirida con Super 9, radicaba en el pago del 65% del total facturado por Gallo's por dichas llamadas, según las tarifas fijadas por Super 9.

Es de relevancia anotar que el tribunal efectuó un muestreo de las facturas emitidas por EPM que aparecen en el expediente y comparó las llamadas cobradas en las mismas por concepto de local extendida, larga distancia nacional e internacional, con las llamadas facturadas por Telecom, para los mismos períodos (que obran en los dos diskettes remitidos por Telecom en su respuesta al oficio librado por el tribunal el 21 de julio de 2004) encontrando que las llamadas facturadas por EPM no fueron a su vez facturadas por Telecom, sino que se trata de llamadas distintas, de donde resulta evidente que no hubo una doble facturación.

En el expediente no aparecen las reclamaciones escritas que Gallo's, dice haberle hecho a Super 9, por concepto de las facturas emitidas por EPM. Sin embargo, Super 9 ha aceptado que recibió dos reclamaciones relacionadas con

las facturas de EPM (interrogatorio de parte del representante legal de Super 9, folio 171 del cuaderno de pruebas 2). Adicionalmente, en el expediente figura una comunicación de fecha 26 de mayo de 2003, mediante la cual Gallo's informa a Super 9 que “... desde el mes de diciembre de 2002, están llegando llamadas nacionales e internacionales por las siguientes líneas 5137517, 5137557, 51318965, 2316074, correspondientes a EPM. Les agradezco su pronta gestión”. Igualmente a folios 53 y siguientes del cuaderno de pruebas 1, figura la comunicación de fecha 1º de septiembre de 2003, mediante la cual Gallo's, manifiesta a Super 9 que “... se nos hace imposible dar continuidad a este compromiso, teniendo en cuenta que a la fecha, existe un déficit dinerario bastante alto, derivado del hecho de no haberse diligenciado por ustedes, ante Empresas Públicas de Medellín, la inscripción de larga distancia adscritos a Supernueve Comunicaciones S.A. y a Telecom y por ello, como bien saben ustedes, nos ha significado el pago ante Empresas Públicas de Medellín, de los costos ordinarios por minuto, que pagaría cualquier usuario, pese a que hemos facturado de conformidad con el sistema de Supernueve Comunicaciones S.A., que está ajustando a la maestra de descuentos de Telecom. En igual sentido, no han hecho ustedes las respectivas reclamaciones ante Empresas Públicas de Medellín por el sobre costo del período comprendido entre el mes de diciembre de 2002, hasta el mes de julio de 2003...”). Por último la testigo Teresa Beatriz Cancelado, en su declaración manifestó que las reclamaciones le llegaban “Verbales o escritas, por teléfono o el cliente iba y me dejaba una reclamación o me mandaba por fax o carta, llegaban reclamaciones y si eran reclamaciones de facturas porque no le entregaban descuentos o porque estaba mal facturado, cualquier cosa que pasara, se le decía que tenía que mandar el soporte completo” (fl. 136 del cdno. de pbas. 2).

A su vez Super 9, mediante comunicación del 29 de abril de 2003 (fl. 1 del cdno. de pbas. 2) solicitó a Telecom notas crédito del período de consumo correspondiente a los meses de enero, febrero y marzo así:

Líneas telefónicas	Número factura EPM	Nº Oficio y fecha aprobación	Fecha novedad	DDN
2316074	8320647-65	Jul./31/2002	Oct./18/2002	849.559
2319386	6692941-53	0170205-185 8	S9C-E00224 7	60.772
5137517	6692945-47			621.549

Así mismo mediante comunicación de fecha julio 31 de 2003 (fl. 26 del cdno. de pbas. 2), Super 9 solicitó a Telecom notas crédito del consumo correspondiente a abril 14 a junio 30 de 2003 así:

Líneas telefónicas	Número factura EPM	Nº Oficio y fecha aprobación	Fecha novedad	DDN	DDI
5137517	002-4105604	0170205-1858Jul. 31/2002	Oct./18/2002 S9C-E002247	833.057.16	220.830.12

Ahora bien, de conformidad con el “anexo de reclamos” suscrito entre Telecom y Super 9, encontramos que en el punto octavo se trata de la refacturación y se prevé el procedimiento para proceder a la misma con ocasión de un reclamo en los siguientes términos:

“... 8. Refacturación

Es condición suficiente y necesaria para atender un reclamo de refacturación que las líneas telefónicas asignadas a un punto de venta de Teleasociada y que la facturación correspondiente se haya generado por esto y NO a través de la modalidad servicio expreso. Telecom solicitará a la gerencia departamental correspondiente o a Capitel, dependiendo de la jurisdicción geográfica del punto de venta, objeto de reclamo. En caso de que las líneas telefónicas pertenezcan a una Teleasociada, se solicita a la gerencia departamental de Telecom respectiva, adelantar el trámite ante esta para realizar la refacturación, descontando los cargos generados por concepto del

tráfico de larga distancia nacional, internacional y de local extendida. Así mismo Telecom solicitará a los operadores locales, enviar el tráfico mencionado a la división de facturación para ser reliquidado y facturado a través de la factura de servicios expreso en el siguiente ciclo de facturación.

La solución de los reclamos estará sujeta al cumplimiento de las condiciones establecidas para la presentación de los mismos.

La división atención al cliente resolverá los reclamos de manera definitiva como máximo después de los 45 días hábiles de ser radicado en la misma”.

De acuerdo con la transcripción, es necesario determinar si el procedimiento allí previsto se cumplió o no, ya que como lo habíamos manifestado Gallo’s presentó a Super 9, dos reclamaciones las cuales fueron remitidas por la convocada a Telecom pero no obra en el expediente prueba alguna que determine que Telecom, a través de su gerencia departamental, hizo las reclamaciones correspondientes a las Empresas Públicas de Medellín (EPM), tal como lo preveía el anexo de reclamos, toda vez que no aparecen en el expediente las notas créditos solicitadas por Telecom. Sin embargo ha de advertir el tribunal que en algunas de las facturas de servicio expreso emitidas por Telecom, que obran en el expediente, se encuentran incluidas notas crédito sin que sea posible determinar a qué conceptos estas corresponden, pues los valores y períodos no corresponden a las notas créditos solicitadas por Super 9, antes relacionadas.

Encuentra este tribunal que no obra en el proceso prueba de hechos o actuaciones de Super 9 tendientes a remediar la situación con EPM. Por lo tanto, es evidente para el tribunal que Super 9 no fue lo suficientemente diligente para atender los reclamos de su cliente Gallo’s, ya que, así no estuviese pactado dentro del contrato que suscribieron, sí era de la naturaleza del mismo haber informado a las Empresas Públicas de Medellín (EPM), que seis líneas telefónicas vendidas por esta irían a facturar llamadas de larga distancia, nacional e internacional a través de la red de Telecom. Dicha gestión la debió haber realizado Super 9, bien sea directamente ante dicha empresa o , como ya se dijo, insistiendo y requiriendo a Telecom con el fin de que fuera esta entidad quien realizara las gestiones tendientes a evitar que EPM continuara facturando a Gallo’s las llamadas incluidas dentro del convenio. Además, Super 9 debió haber realizado las gestiones propias de un buen administrador, haciéndole seguimiento permanente a las reclamaciones de su cliente que remitió a Telecom para que este diera aplicación al punto 8 del anexo de reclamación.

Por último es evidente para el tribunal que Gallo’s al no tener suscrito contrato alguno con Telecom, no podía exigirle a esta que adelantara las gestiones necesarias para que EPM corrigiera la situación que se venía presentando con la facturación.

Todo lo anterior resulta suficiente para concluir que Super 9 incumplió el contrato, pudiendo dar lugar a la terminación del contrato por incumplimiento y por ende a la correspondiente indemnización de perjuicios.

De los perjuicios reclamados por Gallo’s

Para que haya lugar a la obligación indemnizatoria, además de la prueba del incumplimiento de la otra parte, es necesario que el demandante acredite que ha sufrido un perjuicio como causa del incumplimiento del demandado y demuestre el vínculo causal entre dicho perjuicio y el incumplimiento del deudor.

En palabras del doctor Jorge Suescún Melo⁽¹⁾, “quien busca un resarcimiento de un demérito patrimonial debe acreditar todos los elementos configurativos de su pretensión, entre ellos probar la existencia de un daño cierto, directo y en principio previsible, así como probar su cuantía”.

Según el tratadista Guillermo Ospina Fernández, se entiende por perjuicio⁽²⁾:

“... el daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación debida”.

Para el doctor Javier Tamayo Jaramillo⁽³⁾, el daño indemnizable es “el menoscabo a las facultades jurídicas que tiene derecho una persona para disfrutar un bien patrimonial o extrapatrimonial”.

Ahora bien, para que haya daño, es necesario que este sea cierto, es decir que haya certidumbre sobre su ocurrencia, y por lo tanto no puede ser futuro o eventual. Se requiere además, que quien reclame la indemnización sea la misma persona que resultó perjudicada y que el beneficio moral o económico que se ve disminuido o suprimido debe estar protegido por el orden jurídico.

Al contrastar los elementos teóricos que se dejan señalados con las pruebas que existen dentro del expediente, concluye el tribunal lo que adelante se expone, respecto de cada una de las reclamaciones que por concepto de indemnización de perjuicios hace la demandante, excluyendo la primera de ellas referente a los costos incurridos en el primer mes del contrato, tema sobre el cual ya se pronunció el tribunal, al analizar la transacción celebrada entre las partes.

Pago de la franquicia.

Respecto de la solicitud contenida en la pretensión tercera, punto 1, literal a), relativa a la suma de \$ 2.500.000 correspondientes al pago de la franquicia, este tribunal encuentra que el concepto alegado de franquicia por la convocante está incluido en el valor pagado de \$ 18.500.000, es decir al derecho a la comercialización de servicios definidos por Super 9 al amparo y en los términos del contrato, sin que se discrimine del valor total el correspondiente a este concepto, al paso que en el expediente aparece a folio 6 del cuaderno de pruebas 1 la factura cambiaria de compraventa S9C- 0318 del 21 de octubre de 2002, por un valor total, IVA incluido, de \$ 2.500.000, expedida por Super 9, correspondiente al “Estudio y aprobación local comercial minutos de larga distancia a través de puntos de venta contrato NR. 0233 de 2002”. Según este documento el pago en cuestión obedeció al estudio y aprobación del local comercial, que en el mismo contrato aparece debidamente registrado en el considerando del mismo.

Además, no parece jurídicamente viable considerar que la pretensión se fundamente en un supuesto vicio del contrato por falta de causa, el cual no solo no habría resultado probado sino que implicaría un ataque a la validez del contrato, tema que no fue alegado por ninguna de las partes. Por el contrario ha habido un expreso reconocimiento del citado contrato y adicionalmente la partes solicitan su declare su terminación.

En consecuencia es evidente que no hay lugar a ordenar el pago alegado por concepto de franquicia.

Retención en la fuente

Respecto de los \$ 900.000 por concepto de retención en la fuente correspondiente a la suma pagada por Gallo's a Super 9 por el montaje de telelocutorio, la convocada reconoce que no se efectuó oportunamente la debida retención pero que posteriormente se le solicitó la correspondiente certificación en los términos del artículo 381 del estatuto tributario con el fin de determinar el saldo a pagar. No aparece probado que Gallo's haya expedido dicha certificación y tampoco que haya consignado a favor de la DIAN dicha suma.

En efecto en el expediente no aparece una declaración de retención en la fuente correspondiente a este valor y solo figura un borrador del formulario de declaración mensual de retenciones en la fuente sin firma ni sellos de presentación, correspondiente al mes de diciembre de 2002, por un valor total de \$ 902.000 (fl. 26 del cdno. de pbas. 1). No sobra advertir que el año fiscal correspondiente ya expiró sin que Gallo's acreditara a Super 9 la correspondiente certificación.

En vista de lo anterior, es claro para el tribunal que la convocante no probó el perjuicio alegado.

Gastos de viaje

Respecto de las sumas pretendidas por concepto de los viajes de los señores Julio Jairo Vélez y Jairo W. Cardona Gallo no se acreditó la debida relación de causalidad entre ellos y el desarrollo contractual.

Aparentemente los señores mencionados sí realizaron los viajes a que hace alusión la parte convocante, sin embargo no es posible para el tribunal determinar si ellos se hicieron con miras a enderezar el contrato.

Pérdidas del ejercicio comercial de los años 2002 y 2003

La parte convocante en su demanda solicita la suma de \$ 25.420.000 según pérdidas del ejercicio comercial del año 2003 y \$ 8.997.000 correspondientes al ejercicio comercial del año 2002, para un total de \$ 34.417.000. La convocante alega que este valor pretendido corresponde a los gastos operativos durante toda la ejecución del contrato. Por otra parte, de los documentos que figuran en el expediente aunque registran las pérdidas alegadas, no se deduce ni que se deba exclusivamente a los gastos operativos, ni figuran estados financieros que permitan un análisis detenido de las diferentes partidas que sumadas arrojan tal cuantía. El tribunal, además, encuentra desproporcionada la pérdida alegada frente a la facturación del telelocutorio aportada, lo cual sería indicio de un sobre dimensionamiento de la empresa. Así mismo, considerando que, como se explicará más adelante, se ha llegado a la conclusión de la existencia en el desarrollo del contrato de un mutuo incumplimiento contractual, en este rubro no se encuentra entonces la relación causal entre culpa y daño para que prospere la pretensión.

En cuanto a los perjuicios morales subjetivos

Gallo's es una empresa unipersonal, que solicita a este tribunal se condene a la sociedad Super 9, en una suma equivalente a 200 salarios mínimos legales mensuales vigentes por concepto de perjuicios morales subjetivos.

Al respecto ha de tenerse en cuenta que el artículo 71 de la Ley 222 de 1995 consagra que la empresa unipersonal, una vez inscrita en el registro mercantil, forma una persona jurídica.

La persona jurídica es una ficción que crea la ley para distinguir entre el creador y lo creado. Tal ficción, que siempre ha operado para toda clase de sociedades, nos lleva a la conclusión elemental de que las personas jurídicas como tales, no pueden sufrir el denominado "*petrium(sic)doloris*" o perjuicios morales subjetivos, ya que las personas jurídicas no sufren daños morales o padecen dolores por el incumplimiento contractual o extracontractual de que puedan ser objeto en sus relaciones comerciales.

La Corte Suprema de Justicia, en sentencia de septiembre 24 de 1974, manifestó que el llamado "*pretium dolores(sic)*" debe "... procurar algunas satisfacciones equivalentes al valor moral destruido permitiendo a quien ha sido víctima de sufrimiento, hacerle, más llevadera su congoja".

Además, en la demanda esta pretensión se fundamenta con la consideración que el señor Jairo Cardona, propietario, perdió su tranquilidad y estabilidad emocional por las pérdidas permanentes, con lo cual se incurre en una evidente confusión entre dos personas diferentes, según queda expuesto en el párrafo anterior. Debe observarse que el contrato a partir del cual se origina la controversia, fue suscrito exclusivamente entre dos personas jurídicas debidamente representadas tal y como se detalló inicialmente.

Sobre el particular el tratadista Javier Tamayo Jaramillo⁽⁴⁾, sostiene:

"Puesto que los perjuicios morales subjetivos consisten en un dolor físico o psíquico no hay lugar entonces a indemnización por este concepto a favor de personas jurídicas. En efecto, dichos entes no son sujetos capaces de sufrir ninguno de los dos males, por exclusión de materia. Otra cosa es que los miembros, socios o representantes legales de la persona jurídica sufran angustia por el atentado que se ha producido contra el ente del que hacen parte. Pero en tales circunstancias se tratará de un perjuicio moral que solo podrá ser cobrado por la persona que lo ha sufrido, más no por la persona jurídica representada. En lo que se refiere a la pérdida del buen nombre y reputación de la personas jurídicas pensamos que sí es posible hablar de daños extrapatrimoniales aunque de tal lesión no se deriven pérdidas pecuniarias".

Aunque todo lo anterior es suficiente para que este tribunal deseche la pretensión, debe sumarse a lo argumentado lo circunstancia de no haberse aportado por la convocante prueba de los hipotéticos daños extrapatrimoniales.

Lucro cesante

La suma de \$ 25.000.000 que la parte convocante pretende a título de lucro cesante, como correspondiente a lo dejado de percibir como mínima utilidad de la firma Gallo's en consideración a lo invertido en el montaje del establecimiento comercial no aparece sustentada en ninguno de los hechos ni debidamente probada en el expediente. Aún más, en el alegato de conclusión de la convocante ni siquiera se hace alusión a ella.

La doctrina y la jurisprudencia son pacíficas en que no es tarea fácil demostrar detrimentos económicos de esta naturaleza y su real extensión, pues a diferencia de lo que sucede en el daño emergente que por definición, en tanto referido siempre a hechos pasados, tiene una base firme de comprobación, el lucro cesante, al decir de los expositores participa de todas la vaguedades e incertidumbres propias de los conceptos imaginarios (CJS. Cas. sentencia marzo 4 del 1998, expediente 4921, M.P. Carlos Esteban Jaramillo Scholss).

Sobre este tema la tratadista española Elena Vicente Domingo⁽⁶⁾, opina:

“... la realidad confirma que la prueba del lucro cesante es un escollo difícil de superar y que de ordinario exige la reconstrucción hipotética de lo que podría haber ocurrido”.

Observa el tribunal que además de no probada esta pretensión formulada bajo el concepto de lucro cesante, corresponde según la libelista “a lo dejado de percibir”. Es decir, que se confunde con daño emergente, según pérdidas de los ejercicios comerciales, que como atrás se dijo, tampoco resultó satisfactoriamente probado ni se acreditó el vínculo causal necesario para configurar la responsabilidad civil.

Sobrecostos por el pago de facturas de EPM

La pretensión relativa a los sobrecostos incurridos por Gallo's en relación con el pago de la facturas de EPM, se contrae a solicitar lo siguiente:

“Sírvasse liquidar lo correspondiente al 35% de sobrecostos en los que incurrió mi cliente por el pago de facturas a Empresas Públicas de Medellín, por concepto de llamadas de larga distancia nacionales e internacionales, por el período comprendido entre el día 1º de diciembre de 2002 hasta noviembre de 2003. En igual sentido al servicio de llamadas locales extendidas por el mismo período facturadas por EDATEL”.

La pretensión que ahora nos ocupa, merece un detenido y profundo análisis, con el fin de determinar con precisión lo que se está solicitando en ella, y a qué tiene derecho la parte convocante. Debe advertir el tribunal que la forma como está planteada la pretensión, no resulta lo suficientemente clara. Sobre ese particular y siguiendo las orientaciones que al respecto ha señalado la Corte Suprema de Justicia, el tribunal estima necesario precisar que si bien se encuentra en el deber de interpretar la demanda de forma razonada, de tal manera que los aspectos eminentemente formales o su propia redacción no constituyan un pretexto para sacrificar el derecho sustancial invocado⁽⁶⁾, también es cierto que al efectuar esa interpretación razonada no podrá desbordar los límites que le imponen las pretensiones de la demanda y el respeto al debido proceso, tal como se encuentra recogido en la Sentencia de la Sala de Casación Civil y Agraria de la Corte Suprema de Justicia, proferida en enero 21 de 2000, expediente 5346, en la cual se lee:

“Es evidente que para no sacrificar el derecho sustancial, le corresponde al fallador interpretar la demanda cuando esta es oscura o imprecisa, en aras de desentrañar la pretensión en ella contenida, sin que tal facultad llegue al extremo de enmendar desaciertos de fondo, o de resolver sobre pretensiones no propuestas o decidir sobre hechos no invocados”.

Dicha corporación, también ha dicho:

“Precisamente, en materia de interpretaciones de la demanda, ha sostenido de manera reiterada y uniforme la Corte que la desacertada calificación que el libelista le dé en su demanda a las súplicas, no tienen por qué repercutir en el tratamiento jurídico del caso, puesto que corresponde al juzgador, y no a los litigantes, definir el derecho que se controvierte. En el punto tiene declarado la doctrina de la corporación que “son los hechos la voz del derecho y la causa eficiente de la acción. Si están probados incumbe al juez calificarlos jurídicamente en la sentencia y proveer en conformidad, no obstante los errores de las súplicas”⁽⁷⁾.

En este orden de ideas, es claro para el tribunal que el juez no solo tiene la suficiente libertad de analizar lo pedido en relación con los hechos que se encuentren debidamente probados en el proceso, sino la obligación de hacerlo, y como consecuencia de dicho análisis ha de definir el derecho controvertido, todo lo anterior dentro de los parámetros y lineamientos establecidos por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil.

Hechas las anteriores precisiones, procede el tribunal a efectuar el estudio correspondiente, en los siguientes términos:

El tribunal entiende que Gallo's está reclamando en esta pretensión el pago del 35% del total de lo que tuvo que cancelar a EPM, por llamadas de larga distancia nacional, internacional y local extendidas, que debieron ser facturadas directamente por Telecom y no por EPM. Como se ha dicho, la obligación de Gallo's con Super 9 consistía en el pago semanal del 65% del valor total facturado por concepto de llamadas incluidas dentro del convenio en el telelocutorio, según las tarifas fijadas de antemano por Telecom y por ende por Super 9, con el fin de que Super 9 cancelara a Telecom las facturas de servicio expreso expedidas por esta mensualmente. Es decir que una vez consignado el mencionado 65%, Gallo's se quedaba con el 35% de lo total facturado, sin perjuicio de la obligación del pago del 5% establecido en la cláusula segunda del contrato.

Si bien no existe prueba en el proceso del valor discriminado de las llamadas de larga distancia nacional, internacional y local extendida, cobradas por Gallo's al público, es claro para el tribunal que las tarifas autorizadas por Super 9 a Gallo's para la venta de minutos de larga distancia nacional, internacional y local extendida al público, sobre el cual debía Gallo's cancelar el 65%, son distintas de aquellas facturadas por EPM a Gallo's por las mismas llamadas.

La anterior afirmación tiene sustento en lo dicho por ambas partes sobre el particular. Es así como la parte convocante en el hecho quince de la demanda, manifestó que:

“... dado que EPM le factura el servicio de llamadas de larga distancia nacionales e internacionales al costo ordinario y Gallo's debe cobrar al usuario, tarifas muy inferiores acordes con las señaladas en el sistema de Supernueve Comunicaciones S.A...” .

Por su parte, la convocada en la contestación de la demanda manifestó que

“Se debe tener en cuenta que de conformidad con las facturas de EPM, allegadas a este proceso por la firma Gallo's correspondientes a las llamadas efectuadas a los municipios de Antioquia, estas fueron facturadas a \$ 160 y \$ 240 más IVA de acuerdo al municipio, y los precios a los cuales eran facturadas al público era suma de \$ 301 más IVA...)”.

Ahora bien, no sobra advertir que la parte convocada aportó un documento que obra a folio 27 del cuaderno de pruebas 2, con una tabla de tarifas actualizadas. Sin embargo, en lo que toca con las llamadas local y larga distancia nacional, estas hacen referencia a la ciudad de Bogotá y no a Medellín, lugar de ubicación del telelocutorio. Por lo tanto no puede el tribunal tener dicho listado como aplicable al contrato que aquí nos ocupa.

Tal y como ha quedado establecido, Gallo's, por culpa de Super 9 tuvo que cancelar el 100% del valor de las llamadas de larga distancia nacional e internacional y local extendida facturadas por EPM, circunstancia que no se encontraba prevista en el contrato. Se repite, Gallo's en virtud de lo pagado en el contrato, solo debía consignar a Super 9 el 65% de lo total facturado en el telelocutorio, según las tarifas fijadas para el efecto por Telecom y Super 9.

Por lo anterior, encuentra entonces el tribunal que Gallo's tendría derecho a que Super 9 le pagara el 100% de lo efectivamente pagado a EPM por concepto de llamadas de larga distancia nacional, internacional y local extendida. Sin embargo, al haberse solicitado solo el pago del 35%, el tribunal, de conformidad con los lineamientos antes expuesto y con lo dispuesto por el artículo 305 del Código de Procedimiento Civil, solo podría condenar al pago hasta el límite expresamente solicitado por la parte convocante, es decir el 35%.

En este punto resulta importante destacar que la arbitral es una justicia eminentemente rogada, lo cual determina que el juzgador no puede efectuar declaraciones o imponer condenas que no le hayan sido expresamente pedidas por alguna de las partes del proceso, so pena de incurrir en un fallo ‘*extra petita*’, con excepción de los casos en que expresamente se encuentra facultado por la ley para realizar pronunciamientos de oficio, puesto que resultaría violatorio de los derechos de defensa y de contradicción, que la sentencia se ocupe de resolver —y peor aun de hacer prosperar—, pretensiones que no le hayan sido expresamente formuladas y en relación con las cuales, por tanto, la parte demandada jamás hubiere tenido oportunidad alguna de pronunciarse.

Ahora bien, es necesario precisar que la liquidación del 35% correspondiente se debe efectuar solo en lo que tiene que ver con las llamadas de larga distancia nacionales, internacionales y local extendidas, y no como erróneamente lo pretende la convocante sobre el 100% de la factura de EPM, pues dichas facturas contienen no solo las llamadas antes mencionadas sino también intereses de mora, otros servicios públicos, costo fijo etc., conceptos estos que no hacen parte del contrato. Para el tribunal es claro que el contrato celebrado con Super 9 versaba única y exclusivamente sobre llamadas de larga distancia nacional, internacional y local extendida, y que en lo que tiene que ver con las demás llamadas efectuadas por Gallos y facturadas por EPM, estas debían ser canceladas en un 100% por Gallos a EPM.

Ahora bien, para efectos de la liquidación respectiva, el tribunal solo tendrá en cuenta aquellas facturas emitidas por EPM en relación con las seis (6) líneas aprobadas por Super 9 para ser incluidas en la maestra de descuentos de Telecom, que fueron aportadas al proceso y que por ende obran el expediente. Por lo tanto, al no haberse aportado facturas correspondientes a los meses de octubre y noviembre de 2003, no es posible el cálculo correspondiente y por ende sobre estos dos meses no habrá liquidación. Así mismo no se descontará valor alguno por concepto de notas créditos, teniendo en cuenta lo antes expuesto sobre el particular.

A continuación presentamos la liquidación respectiva, en donde en la primera columna se establecen los folios donde obra la factura de EPM, en la segunda columna la línea de teléfono a que corresponde la factura, en la tercera y la cuarta, la fecha y el número de la factura respectivamente, en la quinta el valor de llamadas de larga distancia nacional e internacional efectuadas a través del Telecom, en la sexta las llamadas efectuadas por concepto de llamadas local extendidas a través de EDATEL, en la séptima el valor total de las llamadas facturadas y en la octava la aplicación del 35% a dicho valor total.

Enero	N° Línea	Fecha facturación	N° factura	Valor LDN y LDI (Telecom)	Valor LE (EDATEL)	Total	35%
Folio							
79,86	5137517	ene-03	4886475-59	1.782,00	-	1.782,00	
82, 85	2316074	ene-03	4886473-07	0	0	0	
81	5137557	ene-03	4886476-70	0	0	0	
79	2318965	ene-03	4886474-28	0	0	0	
83	2319299	ene-03	4886470-44	No detalle	No detalle	0	
84	2319386	ene-03		0	0	0	
						1782	623,7
Febrero							
89	5137517	feb-03	6692945-47	720.995	72.287	793.282	
90 y 97	2316074	feb-03	6692943-95	1.011.636	171.439	1.183.075	
91	5137557	feb-03	6692946-68	0	2.940	2.940	
92 y 96	2318965	feb-03	6692944-16	0	10.953	10.953	
93 y 98	2319386	feb-03	6692941-53	70.437	2.424	72.861	
94	2319299	feb-03	6692940-32	0	0	0	
						2.063.111	722.089,9
Marzo							
106 y 112	5137517	mar-03	8320649-07	623.421	111.689	735.110	
107,108, 109	2316074	mar-03	8320647-65	985.486	147.006	1.132.492	
104, 111	5137557	mar-03	8320650-21	-	20.378	20.378	

105	2318965	mar-03	8320648-86	-	69.377	69.377	
102, 110	2319386	mar-03	8320645-23	270	-	270	
103, 113	2319299	mar-03	8320644-92	-	3.563	3.563	
						1.961.190,00	691.369,35
Abril							
Folio							
126	5137517	abr-03	1205661-09	367.743	185.590	553.333	
120,121	2316074	abr-03	1205659-64	568.441	193.645	762.086	
124,125	5137557	abr-03	1205662-20		32.628	32.628	
118	2318965	abr-03	1205660-88		76.272	76.272	
117	2319386	abr-03	1205657-22	-	-	-	
116	2319299	abr-03	1205656-01	-	4.064	4.064	
						1.428.383	499.437,05
Mayo							
147	5137517	may-03	002 2092365	791,06	184.648,0 0	185.439,06	
138	2316074	may-03	002 2081404	1.222,79	255.656	256.878,79	
146	5137557	may-03	002 2093427	-	90.648,00	90.648,00	
144	2318965	may-03	002 2093425	-	77.072,00	77.072,00	
142	2319386	may-03	002 2093114	-	-	-	
141	2319299	may-03	002 2092358	No detalle	No detalle	0	
						610.037,85	213.513,25
Junio							
152	5137517	jun-03	002 4105604	1.087.024,00	135.735,0 0	1.222.759,00	
158	2316074	jun-03	002 4105599	3.546,58	205.562,0 0	209.108,58	
162	5137557	jun-03	002 4109671	-	19.116,00	19.119,00	
156	2318965	jun-03	002 4109668	-	77.306,00	77.306,00	
160	2319386	jun-03	002 4120862	-	160,00	160,00	
161	2319299	jun-03	002 4105591	-	12.978,00	12.978,00	
						1.541.430,58	539.705,60
Julio							
179	5137517	jul-03	002 5275892	698.322,00	283.892,0 0	982.214,00	
176	2316074	jul-03	002 5261665	-	274.766,0 0	274.766,00	
178	5137557	jul-03	002 5275902	-	88.414,00	88.414,00	
175	2318965	jul-03	002 5275885	-	142.320,0 0	142.320,00	
174	2319386	jul-03	002 5276134	1.764,00	-	1.764,00	

177	2319299	jul-03	002 5261656	-	6.992,00	6.992,00	
						1.496.470,00	488.768,00
Agosto							
186	5137517	ago-03	002 6850347	701.451,00	198.035,00	899.486,00	
191	5137557	ago-03	002 6845401	-	25.919,00	25.919,00	
193	2316074	ago-03	002 6838910	-	258.773,00	258.773,00	
184	5137557	ago-03	002 6845401	-	25.919,00	25.919,00	
189	2318965	ago-03	002 6845393	-	106.265,00	106.265,00	
No hay folio	2319386	ago-03	No	-	-	-	
182	2319299	ago-03	002 6838897	-	4.844,00	4.844,00	
						1.321.206,00	453.350,45
Septiembre							
204	5137517	sep-03	002 8524796	854.230	206.545	1.060.775	
201	2316074	sep-03	002 8528594	0	203.433	203.433	
209	5137557	sep-03	002 8540057	0	45.602	45.602	
207	2318965	sep-03	002 8524785	0	47.634	47.634	
200	2319386	sep-03	002 8540050	4	-	4	
198	2319299	sep-03	002 8528581	0	8.018	8.018	
						1.365.466,00	477.913,10
				Total enero - septiembre 2003		11.789.076,43	4.086.770,40

Este es el único perjuicio a que probó haber sufrido la convocante. Sin embargo para efectos de que poder determinar si tiene o no derecho al pago del mismo, se hace necesario analizar si Gallo's cumplió a cabalidad las obligaciones a su cargo, tema que pasa a avocar el tribunal.

Cumplimiento del contrato por parte de Gallo's

El artículo 1609 del Código Civil, aplicable a los contratos mercantiles de conformidad con lo establecido en el artículo 822 del Código de Comercio, a la letra dispone.

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratistas está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no lo cumpla por su parte, o no se allane a cumplirlo en la forma y tiempo debidos”.

En virtud de la anterior normatividad, para efectos de determinar si a Gallo's le asiste el derecho al pago de la indemnización atrás determinada, se hace necesario entrar a estudiar si dicha sociedad cumplió a cabalidad sus obligaciones, o si se allanó a cumplirlas en la forma y tiempo debidos.

En posición reiterada la Corte Suprema de Justicia ha planteado que “Solamente el contratante cumplidor de las obligaciones a su cargo, nacidas de un acuerdo de voluntades, o por lo menos que se haya allanado a cumplirlas en la forma y tiempo debidos, puede pedir la resolución del contrato y el retorno al estado anterior con indemnización de perjuicios, cuando la otra parte no ha cumplido las suyas”.

“Lo cual significa que si el demandante de la resolución de un contrato se halla en mora de cumplir alguno de los compromisos que del pacto surgieron para él, carece de derecho para obtenerla...”⁽⁸⁾.

Ha quedado establecido que, de acuerdo con la cláusula tercera del contrato, Super 9 recibía de Telecom la facturación por las llamadas de larga distancia nacional e internacional, a través del servicio expreso, asumiendo la obligación de cancelarlas por lo que a su vez, Gallo's, según lo previsto en la cláusula primera literal F) del contrato debía consignar en la cuenta corriente de Super 9 semanal y oportunamente “... el 65% de la venta total correspondiente a lo facturado por las líneas autorizadas por Supernueve por concepto de venta de minutos de local extendida, larga distancia nacional e internacional en la semana inmediatamente anterior a la que se efectúa el pago mencionado ...”. Adicionalmente, según el literal b) de la cláusula segunda, debía consignarle el 5% de la facturación total de las líneas telefónicas autorizadas en el telelocutorio.

No obra prueba alguna en el expediente que demuestre que Gallo's haya cancelado a Super 9 el 65% del valor de las llamadas que se hicieron de los números telefónicos inscritos ante Telecom por concepto de larga distancia nacional, internacional y local extendida; con excepción de dos pagos, uno por valor de \$ 1'466.820 pesos M/cte., que consignó a favor de Super 9, según consignación de fecha 4 de agosto de 2003, que obra a folio 42 del cuaderno de pruebas 1 y otro, por valor de \$ 1'121.900 pesos M/cte., que corresponde a la nota crédito que aparece a folio 11 del cuaderno de pruebas 2.

Además, en el interrogatorio de parte, el representante legal de Gallo's aceptó que dicha sociedad no consignó semanal y oportunamente el 65% de lo facturado en el locutorio ni el 5% de dichas ventas (fl. 178 del cdno. de pbas. 2).

Por lo tanto concluye este tribunal, que no le asistía razón a Gallo's, para abstenerse de pagar a favor de Super 9, las sumas de dinero, a las que se había comprometido contractualmente a cancelarle.

Mutuo incumplimiento de las partes y sus efectos

La parte demandante en este proceso arbitral solicita que se declare el incumplimiento del contrato por parte de Super 9 y que como consecuencia del mismo se le condene al pago de perjuicios. Super 9, por su parte, solicita que se desestime dicha pretensión, pero reconviene solicitando así mismo la declaración del incumplimiento del contrato por parte de Gallo's y solicita el pago de la cláusula penal.

El artículo 1609 del Código Civil, aplicable a los contratos mercantiles por remisión del artículo 822 del Código de Comercio, a la letra dispone:

“En los contratos bilaterales ninguno de los contratantes está en mora dejando de cumplir lo pactado, mientras el otro no cumpla por su parte, o no se allana a cumplirlo en la forma y tiempo debido”.

De conformidad con todo lo expuesto en este laudo, el tribunal encuentra que ninguna de las dos partes honró con suficiencia sus obligaciones contractuales por cuanto de un lado, Super 9 no realizó deberes de gestión frente a las Empresas Públicas de Medellín mientras que, a su vez, Gallo's incumplió con las consignaciones ordenadas en el contrato, todo lo cual lo lleva a concluir que se presentó un mutuo incumplimiento que será declarado en este laudo.

Ahora bien, es de relevancia poner de presente que para el tribunal, ambos incumplimientos recaen sobre obligaciones relevantes y fundamentales de las partes, y por lo tanto son equivalentes.

Igualmente, destaca el tribunal que por tratarse de un contrato de ejecución sucesiva, las prestaciones recíprocas debían cumplirse permanentemente a lo largo del tiempo. Es decir que Super 9 estaba en la obligación de garantizar desde el inicio del contrato y durante toda su ejecución, la debida inscripción de las líneas telefónicas en la maestra de descuentos de Telecom, con miras a que las llamadas de larga distancia nacional, internacional y local extendida, fueran facturadas directa y exclusivamente por Telecom con los descuentos respectivos y por lo tanto que las mismas no fueran facturadas por EPM. Por su parte Gallo's debía cancelar a Super 9 semanalmente el 65% del total facturado en el locutorio y mensualmente el 5% de dicho total. Es por ello que concluye el tribunal que dichos incumplimientos fueron simultáneos.

De otra parte, no sobra resaltar que encuentra el tribunal que no existe una desproporción en el daño recíproco que se causaron las partes, en virtud de los mutuos incumplimientos. En efecto, en lo que atañe a Gallo's, el único perjuicio acreditado, relacionado con el pago de las facturas de EPM, asciende a la suma de \$ 4.086.770.40, mientras que Super 9 solicita el pago de la cláusula penal que tiene un valor de \$ 5.000.000.

La consecuencia del mutuo incumplimiento a la luz de la norma transcrita, es que ninguna de las partes puede pedir indemnización de perjuicios ni la cláusula penal.

En este sentido se pronunció la Corte Suprema de Justicia en su sentencia del 7 de diciembre de 1982:

“... en los contratos bilaterales, si ambos contratantes han incumplido ninguno de los dos puede pedir perjuicios, ninguno de los dos puede pedir la cláusula penal y de ninguno de los dos se predicen las consecuencias específicas del riesgo sobreviniente. Eso, y nada más pero tampoco menos, es lo que dice el artículo 1609”.

Por lo tanto, encuentra el tribunal que no hay lugar a condenar a Super 9 al pago de los perjuicios probados por la parte convocante, ni a Gallo's al pago del valor de la cláusula penal pedida por la parte convocada.

Término y terminación del contrato

De acuerdo con la cláusula quinta el contrato, cuya ejecución estaba condicionada a la constitución de las garantías pactadas, el contrato tenía vigencia inicial hasta el 15 de febrero del 2005. La cláusula sexta consagra varias causales de terminación alegables en cualquier tiempo, como potestad exclusivamente a favor de Super 9. Sin embargo el tribunal considera evidente que causales tales como el incumplimiento y la fuerza mayor y el caso fortuito por disposición legal resultan alegables por cualquiera de las partes.

En efecto, más que las disposiciones constitucionales relativas al derecho a la igualdad resultan pertinentes las normas que regulan las relaciones contractuales tanto civiles como comerciales, las cuales justificarían, para el caso, que probado el incumplimiento de una cualquiera de las partes, este tribunal procediera a dar por terminado el contrato.

Ambas partes en sus respectivas demandas solicitan al tribunal que declare terminado el contrato así como que la otra parte incumplió el mismo.

El artículo 1602 del Código Civil, aplicable en el presente caso por razón de lo dispuesto en el artículo 822 del Código de Comercio, al tiempo que señala los efectos vinculantes que le corresponden a todo contrato válidamente celebrado, también se ocupó de consagrar la posibilidad de que sea el consentimiento de las partes —el mismo consentimiento que dio origen al contrato— el que pueda invalidar o dejar sin efectos el contrato en cuestión, o que por causa legales el juez lo de por terminado.

Así reza el aludido artículo 1602 del Código Civil:

“ART. 1602.—Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales”.

En el expediente aparece la comunicación enviada por Gallo's a Super 9 en septiembre 1º de 2003, mediante la cual manifiesta su decisión de dar por terminado el contrato a partir del día 30 de septiembre de 2003, aduciendo por una parte que Super 9 no adelantó la inscripción de Gallo's ante EPM, lo cual le significó el pago a dicha empresa de minutos a los valores ordinarios, y por la otra, que no realizó las respectivas reclamaciones ante EPM (fls. 53 y 54 del cdno. de pbas. 1).

De otra parte en el oficio del 19 de agosto de 2004 dirigido por Telecom a la secretaría de este tribunal, en respuesta a su solicitud de información relativa al registro en la maestra de descuentos y a la facturación de la empresa Gallo's en desarrollo de su relación comercial con la sociedad Super 9, se lee que la primera de ellas estuvo como franquiciada de la segunda durante el período comprendido entre los meses de noviembre de 2002 y enero de 2004.

Por todo lo anterior este tribunal considera ajustada a derecho la afirmación de la convocada en su contestación a

las pretensiones en el sentido de que la terminación deberá operar a partir del 31 de enero de 2004, fecha hasta la cual se recibió facturación de Telecom a Gallo's por el servicio telefónico.

Otras consideraciones

Encuentra el tribunal que es necesario hacer algunas precisiones respecto de la forma como fueron formuladas las pretensiones de la demanda y la demanda de reconvencción.

En cuanto a la primera pretensión señalada por el convocante en su escrito de demanda, advierte este tribunal que la misma carece de claridad al encontrarse redactada en forma inconclusa, ya que se solicita que el tribunal declare la terminación del contrato suscrito por las partes el día 30 de septiembre de 2002, sin decir a partir de cuándo.

En cuanto a la segunda pretensión de la demanda principal, también se observa, que al igual que la primera pretensión, carece de claridad en su redacción pues la convocante solicita que “la sociedad Supernueve Comunicaciones S.A.; domiciliada en la ciudad de Bogotá, D.C.; representada legalmente por el señor Manuel Rincón Guevara, es civil y solidariamente responsable de los daños y perjuicios, causados a la firma Gallo's Comunicaciones EU; con ocasión de los sucesivos incumplimientos por parte de la sociedad demandada...”.

No se entiende respecto de quien se solicita la solidaridad ya que la única convocada dentro de este tribunal es la sociedad Super 9 Comunicaciones S.A.

En cuanto a la demanda de reconvencción, en donde la sociedad Super 9, solicita que se declare que Gallo's incumplió el contrato S9C-0233/2002 suscrito entre las partes el 30 de septiembre de 2002 y como consecuencia de ello requiere que se declare la terminación del mismo y se le condene a pagar la suma de cinco millones de pesos (\$ 5'000.000) moneda corriente, a título de cláusula penal, de conformidad con la cláusula novena del contrato referido, considera este tribunal, que tal pretensión no es llamada a prosperar por cuanto como se ha expuesto en este fallo, tanto Gallo's Comunicaciones E.U. como Supernueve Comunicaciones S.A., incumplieron con las obligaciones pactadas dentro del contrato S9C-0233/2002.

Por cuanto, como ya quedó suficientemente explicado, no se encontró pertinente acceder a la pretensión tercera de la actora, no es del caso entrar a estudiar los demás medios exceptivos propuestos por la convocada pues todos ellos están relacionados con dicha pretensión.

Costas y gastos del proceso

Comoquiera que han prosperado parcialmente las pretensiones formuladas por la parte convocante y así mismo, han prosperado parcialmente las pretensiones de la parte convocada, quien ha demandado en reconvencción, el tribunal, de conformidad con lo dispuesto en el numeral 6° del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, no impondrá condena en costas.

No obstante lo anterior, es menester señalar que la totalidad de los gastos y honorarios decretados por el tribunal mediante auto 1 de diciembre 11 de 2003, fue consignada por la sociedad Gallo's dentro de los términos legales, en tanto que Super 9 no sufragó el cincuenta por ciento (50%) que de acuerdo con lo prescrito por el artículo 22 del Decreto 2279 de 1989, a ella correspondía pagar.

No obstante que la convocante solicitó al tribunal la certificación que daba fe de tal hecho, con la cual es viable iniciar la acción ejecutiva en contra de la convocada; y esta fue oportunamente entregada, no existe en el proceso prueba alguna de que se haya iniciado el proceso ejecutivo respectivo, ni de que se le haya reembolsado el dinero pagado a la parte convocante.

En este orden de ideas se impone dar aplicación al inciso tercero del artículo 22 del Decreto 2279 de 1989 que señala:

“De no mediar ejecución, las expensas por gastos y honorarios pendientes de reembolso se tendrán en cuenta en el laudo para liquidar costas. A cargo de la parte incumplida se causarán intereses de mora a la tasa más alta autorizada desde el vencimiento del plazo para consignar y hasta el momento en que efectivamente cancela la

totalidad de las sumas liquidadas a su cargo. El tribunal podrá en el laudo ordenar compensaciones”.

Ha debido, entonces, la parte convocada pagar la mitad de la suma establecida en el referido auto 1. Empero, como no lo hizo, tiene derecho la convocante, independientemente de que sus pretensiones hayan prosperado tan solo parcialmente, a que se le reconozca en su favor la sanción moratoria que está contemplada en la norma transcrita, o sea los intereses moratorios a la tasa más alta autorizada, que se liquidan desde el día siguiente al vencimiento del plazo de los diez días que se tenían para consignar, es decir del 27 de diciembre de 2003, hasta la fecha en que se efectúe el pago, no hay prueba de que se haya iniciado proceso ejecutivo, ni que se haya realizado el reembolso, como antes se expuso.

En consecuencia, el tribunal procederá a ordenar el reembolso de los gastos y honorarios del tribunal de arbitramento a cargo de la parte convocada y para efectos de determinar el monto integral de tal rubro, hace la siguiente liquidación:

A. Honorarios de los árbitros, la secretaria y gastos del tribunal

Honorarios de los árbitros	\$ 6.630.000
IVA 16% aplicable a los honorarios de dos de los árbitros	\$ 707.200
Honorarios de la secretaria	\$ 1.105.000
Gastos de funcionamiento y administración- cámara de comercio de Bogotá	\$ 822. 000
IVA 16%	\$ 131.520
Protocolización, registro y gastos	\$ 443.000
Total	\$ 9.838.720
Total a cargo de la parte convocada	\$ 4.919.360

Respecto de las sumas que no se utilicen de la partida “Protocolización, registro y otros”, se ordenará su devolución si a ello hubiera lugar. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que debe ordenarse en el laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por mitades por ambas partes.

CAPÍTULO CUARTO

Decisión

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitramento, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero. Declarar terminado el contrato S9C- 0233/2002 suscrito el 30 de septiembre de 2002, entre Super 9 Comunicaciones S.A. y Gallo’s Comunicaciones E.U.

Segundo. Declarar que las personas jurídicas Super 9 Comunicaciones S.A y Gallo’s Comunicaciones E.U. incumplieron el contrato S9C- 0233/2002 suscrito por ellas el 30 de septiembre de 2002.

Tercero. Denegar la pretensión segunda de la demanda principal, de acuerdo con la parte motiva de este fallo y con excepción de la decisión del numeral anterior, por haber ya sido declarado el incumplimiento mutuo.

Cuarto. Denegar en su integridad la pretensión tercera de la demanda principal.

Quinto. Denegar en su integridad la pretensión tercera de la demanda de reconvención.

Sexto. Declarar probada la excepción de transacción formulada por la parte convocante, de conformidad con lo

expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Séptimo. Sin costas del proceso, según lo expuesto en la parte motiva.

Octavo. Se ordena a Super 9 Comunicaciones S.A. a reembolsar a Gallo's Comunicaciones E.U. la suma de cuatro millones novecientos diez y nueve mil trescientos sesenta pesos (\$ 4.919.360) correspondientes al 50% de los gastos y honorarios del tribunal. Sobre dicho valor se deberán intereses moratorios a la tasa máxima autorizada, desde el día 27 de diciembre de 2003 y hasta la fecha en que se efectúe el pago respectivo.

Noveno. Ordenar la devolución de las sumas no utilizadas de la partida “protocolización, registro y otros” a las partes, si a ello hubiere lugar según la liquidación final de gastos. En el evento de que la suma disponible a la fecha no resulte suficiente para cubrir los gastos de protocolización del expediente, que se ordena en este laudo, el valor faltante deberá ser sufragado por mitades por ambas partes.

Décimo. Disponer la entrega a cada uno de los árbitros y al secretario, del saldo restante de sus honorarios.

Décimo primero. Ordenar que por secretaría se expida copia auténtica e íntegra de esta providencia con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley.

Décimo segundo: Ordenar el envío por la secretaría de copia de esta providencia, a la Procuraduría General de la Nación.

Décimo tercero. En la oportunidad de ley, protocolícese el expediente en el cual obra la actuación surtida en este proceso, en una de la Notarías del Círculo de Bogotá.

Camila De La Torre Blanche, Presidente—*Hernando Cardozo Luna*, árbitro—*Fernando Santos Silva*, árbitro.

Catalina Ochoa Lievano, Secretaria.
