TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. VERSUS COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Bogotá D.C., veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

Agotado el trámite procesal establecido por la Ley 1563 de 2012 el Tribunal de Arbitramento convocado para dirimir la controversia sometida a su decisión en el que actúa como parte convocante la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. y como convocada la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., profiere el siguiente **LAUDO ARBITRAL**:

I. ANTECEDENTES

* La demanda

1. Mediante demanda que obra a folios 1 a 16 del cuaderno principal, e invocando para el efecto la cláusula 13.3. del contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013, la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. solicitó al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, que fuera convocado un tribunal de arbitramento para proveer sobre las pretensiones en ella formuladas contra la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., que se sintetizan a continuación.

1.1. Que se declare la existencia del citado contrato de agencia comercial celebrado entre las partes, cuya vigencia se pactó que sería desde el 1 de febrero de 2013 y hasta 31 de enero de 2014, el cual fue terminado de manera anticipada y sin justa causa por la sociedad convocada el 2 de agosto de 2013.

1.2. Que se declare que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. incumplió de manera reiterada la obligación de pagar la remuneración contractual pactada a su Agente Keops Comunicaciones S.A.S.

1.3. Que se declare que la sociedad convocada impuso a la sociedad convocante, con violación de lo pactado en la cláusula 11.3 del contrato de agencia comercial a que se refiere la demanda, una multa de $180.265.204 en relación con cuentas relacionadas con la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad

1.4. Que se declare que la sociedad convocada incumplió el procedimiento establecido en el anexo No. 4 del contrato de agencia comercial aludido respecto de los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CTP Médica S.A.

1.5. Que se declare que la sociedad convocada está obligada a pagar a la sociedad convocante la cesantía comercial pactada en el contrato de agencia a que se refiere la demanda, y como consecuencia de ello que está obligada a devolverla por haberla retenido en garantía sin que existiera causa para ello.

1.6. Que se declare que la convocada incurrió en incumplimiento de lo pactado en la cláusula 10.6 del contrato de agencia comercial a que se refiere la demanda.

1.7. Que se declare que la convocada se encuentra obligada a pagar a la convocante la indemnización de perjuicios establecida por el artículo 1324 del Código de Comercio (párrafo 2), como consecuencia de las pretensiones precedentes.

1.8. Que se declare que como pretensión consecuencial derivada de las anteriores, se ordene a la sociedad convocada el pago de las siguientes sumas de dinero:

- $91.975.744 por concepto de cesantía comercial causada entre el 1 de febrero y el 9 de agosto de 2013.
- $25.000.000 por concepto de cesantía comercial retenida en garantía.
- $90.806.054 por concepto de bono residual (18 meses) causado entre el 1 de febrero y el 9 de agosto de 2013.
- $37.558.00 por comisión básica de voz.
- $62.521.042 por concepto de comisiones o servicios causados entre el 10 y el 31 de agosto de 2013.
- $100.000.000 por concepto de la indemnización de que trata el párrafo 2 del artículo 1324 del Código de Comercio, sin perjuicio de la suma que sea calculada por los peritos.
- $282.354.852 por concepto de lucro cesante, valor de la utilidad operativa no percibida por la convocante por los meses de agosto de 2013 a enero de 2014.

1.9. Que se ordene a la sociedad convocada el pago a la convocante de las sumas de dinero ya mencionadas con los intereses moratorios correspondientes a la máxima tasa autorizada por la Superintendencia

1.10. Que en subsidio de las pretensiones anteriores se condene a la convocada a pagar a la convocante *"el valor de las comisiones, servicios, cesantías comerciales, daños, penas e indemnizaciones que resulten demostrados en el presente proceso, actualizados al momento del pago efectivo"*.

2. Como fundamento fáctico de las pretensiones aludidas, en resumen se adujeron los siguientes hechos:

2.1. En desarrollo de una relación comercial que se remonta al año 2005 y en la cual se suscribió con anterioridad el contrato C0656-10 que terminó el 31 de enero de 2013, las Sociedades Keops Comunicaciones S.A.S. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., celebraron el contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013 cuya vigencia se pactó de 1 de febrero de 2013 a 31 de enero de 2014.

2.2. El contrato de agencia comercial aludido se terminó sin justa causa y en forma unilateral por decisión de Colombia Telecomunicaciones S.A., con violación de lo pactado en la cláusula 10.2 y de lo dispuesto por el artículo 1325 del Código de Comercio.

2.3. La sociedad convocada a este tribunal de arbitramento, incumplió con el pago de las facturas Nos. 5141, radicada el 21 de junio de 2013, exigible el 21 de julio del mismo año; 5147, radicada el 23 de julio de 2013, exigible el 24 de agosto de ese año; 5155, radicada el 24 de septiembre de 2013, exigible el 24 de octubre el mismo año.

2.4. Los saldos insolutos de las facturas anteriormente mencionadas, a saber: $172.489.928, de la distinguida con el No. 5141 (valor inicial $194.713.373); $16.959.144, de la distinguida con el No. 5147 (valor inicial $155.662.784)); y, $71.358.413, de la distinguida con el No. 5155, (valor inicial $71.358.413), se cobran actualmente por Keops Comunicaciones S.A.S. en proceso ejecutivo que cursa en el Juzgado Doce Civil del Circuito de Bogotá.

2.5. Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., mediante comunicación de 11 de julio de 2013 puso en conocimiento de Keops Comunicaciones S.A.S. la existencia de *"supuestas irregularidades en las ventas relacionadas con el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi)"*, la existencia de las cuales no fue aceptada por el agente comercial, en comunicación de 18 de julio de 2013, razón por la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. le impuso una multa a la convocante por la suma de $180.265.204.

2.7. Afirma la sociedad convocante que no existió ninguna irregularidad en las negociaciones con los clientes mencionados y que todas las activaciones de las líneas o servicios a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad -Méderi–- fueron efectuadas de manera directa por Colombia Telecomunicaciones S.A. y, con posterioridad al contrato de agencia a que se refiere la demanda, la convocada ha continuado su atención al cliente mencionado a tal punto que a la fecha de presentación de la demanda *"tiene colocadas más de cuatrocientas (400) líneas telefónicas"*.

2.8. En relación con los clientes Trefilados de Colombia S.A. Cooptraiss y CTP Médica S.A., Colombia Telecomunicaciones S.A., nunca solicitó ninguna explicación sobre supuestas deficiencias en que habría incurrido el agente comercial, ni suministró información adicional, razón por la cual la terminación del contrato de agencia por supuestos incumplimientos respecto de estos clientes no acató el procedimiento establecido en el anexo cuatro del contrato de agencia comercial a que se refiere la demanda; y, con respecto al cliente Juan Ciudad Mederi, de manera simultánea se invocaron las presuntas irregularidades en que habría incurrido el agente comercial para imponer una multa por $180.265.204 y, al mismo tiempo, como razón invocada para dar por terminado el contrato de agencia comercial en forma unilateral, lo cual implica violación de lo pactado en la cláusula 11.3 del contrato de agencia.

2.9. Colombia Telecomunicaciones S.A. incumplió lo pactado en la cláusula 10.6 del contrato de agencia comercial celebrado con la convocante por cuanto no realizó la liquidación del mismo dentro de los cuatro meses subsiguientes a su terminación.

2.10. La convocante Keops Comunicaciones S.A.S. dejó de percibir la suma de $282.354.852 por utilidad operativa de los meses de agosto de 2013 a enero de 2014, pues el promedio mensual de la misma fue de $47.059.142 mensualmente entre el 1 de febrero y el 31 de julio de 2013.

*** Instalación del Tribunal y admisión de la demanda**

3. Como aparece en Acta No. 1 de 5 de diciembre de 2014 (fls. 181 a 186), el Tribunal luego de su declaración de instalación conforme a la ley admitió la demanda formulada por Keops Comunicaciones S.A.S. contra Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. y ordenó correr traslado a la convocada por el término de veinte días para su contestación.

*** Contestación de la demanda**

4. La Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., dio contestación a la demanda como aparece a folios 237 a 287 del cuaderno uno.

5. En relación con las pretensiones formuladas por Keops Comunicaciones S.A.S., en resumen, la sociedad convocada, se pronunció así:

5.1. Admite la existencia del contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013 celebrado entre las partes en el cual se pactó que tendría vigencia entre el 1 de febrero de 2013 y el 31 de enero de 2014. Pero agrega que por conductas irregulares del agente comercial se le dio terminación anticipada unilateral y con justa causa, anunciada el 2 de agosto de 2013 para tener efectos a partir del 9 de agosto de 2013.

5.2. No es cierto que Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. hubiere incurrido en incumplimiento, ni menos reiterado, de la obligación de pagar la remuneración pactada en el contrato de agencia aludido al agente comercial.

5.3. No es cierto que se hubiere incurrido en violación del procedimiento establecido en el anexo No. 4 del contrato de agencia comercial aludido respecto de los clientes Trefilados de Colombia S.A. y CTP Médica S.A.

5.4. No es cierto que se hubiere incurrido por la sociedad convocada en violación de la cláusula 11.3 del contrato de agencia comercial al aplicar una multa a la sociedad convocante, *"que no era viable legal ni contractualmente"*.

La supuesta multa no aparece registrada como impuesta al agente comercial demandante, lo que figura en el respectivo expediente del contrato *"es la aplicación de una penalización por irregularidades en las ventas del agente, establecida por las partes en el anexo 4 del contrato y bajo el cual se aplicó penalización por el 100% del valor de los Terminales vendidos con el 100% del subsidio",* la que tuvo origen al presentar al cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi ofertas diferentes a las aprobadas por Colombia Telecomunicaciones, sin que el Agente solicitara *"aprobación de una venta que por su volumen permitía otorgar beneficios –como era la activación de un número de líneas con equipos a Cero Pesos ($0) y descuentos en la facturación- siempre que entraran las demás activaciones con equipos traídos y sin beneficios. Finalmente Keops solo activó el número de líneas a las que se otorgaban beneficios (equipos nuevos sin costo) y no incorporó las líneas que debían ingresar con equipo traído, afectando la*

5.5. Con invocación del artículo 1325, numeral 1, literal b), del Código de Comercio y de lo pactado en los literales a), b), g), o), p) q), del numeral 10.2 de la cláusula décima del contrato de agencia pactado entre las partes, se opone a la prosperidad de la pretensión de declaración de terminación anticipada y sin justa causa del contrato de agencia a que se refiere la demanda.

5.6. Se opone a la prosperidad de la pretensión de declaración de incumplimiento de la cláusula 10.6 del contrato de agencia comercial, bajo la afirmación según la cual la convocada adelantó las gestiones y proyectó el acta de liquidación del contrato en el término de cuatro meses, al paso que durante ese término Keops Comunicaciones no hizo lo propio.

5.7. Se opuso igualmente a la prosperidad de la pretensión de declaración de inexistencia de la obligación de pagar por el agente comercial la penalidad de $180.265.204 en conexión con las ventas realizadas con el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-, así como a la devolución de esa suma de dinero a la convocante dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del laudo.

5.8. También se opuso a la prosperidad de las pretensiones de pago de la cesantía comercial, la indemnización establecida en el párrafo 2 del artículo 1324 del Código de Comercio por terminación unilateral del contrato sin justa causa, así como a la devolución de la cesantía comercial retenida en garantía y al pago de la indemnización de perjuicios correspondiente, obligaciones estas que aparecen cuantificadas en la décimo cuarta pretensión de la demanda.

5.9. De la misma manera se opuso a la prosperidad de la condena al pago de intereses moratorios calculados a la tasa máxima autorizada por la Superintendencia financiera sobre el monto de las condenas anteriormente mencionadas, así como a la actualización monetaria de las mismas y a la pretensión subsidiaria de condena al pago del valor de las comisiones, servicios, cesantías comerciales, daños, penas e indemnizaciones que resulten demostrados en el proceso, actualizados al momento de su pago efectivo, por cuanto a ellas debe extenderse la negativa de las pretensiones principales.

6. En cuanto a la respuesta a los hechos en que se apoyan las pretensiones de la demanda, en síntesis Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. respondió lo que sigue:

6.1. Acepta la existencia del contrato de agencia comercial celebrado entre la convocante y la sociedad convocada.

6.3. En cuanto a la autorización a Keops para facturar los servicios correspondientes al mes de mayo de 2013 por la suma de $194.713.373, expresó que esa autorización se otorgó el 20 de junio de 2013, teniendo en cuenta que conforme a los procedimientos y términos del contrato de esa suma *"debían restarse los eventos de nuevas conexiones constitutivas de irregularidades, cuya operación final definía la remuneración del agente, tal como lo estipula el contrato en la cláusula 4.4., en donde se indican los pasos necesarios para concretar esta remuneración"*.

Agregó que *"el resultado contable fue que la cartera de Keops superó los saldos a su favor, por lo que no se efectuó giro al Agente sino que el pago compensó los conceptos"* atinentes a certificado digital, descuento, venta inicial, penalización bajas tempranas voluntarias, reintegro venta inicial, sim card pack y venta irregular de equipos, lo que arroja un total de cartera de $185.564.457.

Por ello, al realizar la compensación de cuentas quedó un saldo a cargo de Keops por valor de $16.889.141, pues de la penalización por irregularidades en las ventas -cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi-, que fue de $180.265.204, *"solo se había cubierto la suma de $163.376.063 por lo que en la liquidación y cruce de cuentas del mes de junio efectuada en el mes de julio de 2013 se descontó a Keops ese saldo"*.

6.4. Afirma que no es cierto que se hubiere incumplido con el pago de la factura 5141 con vencimiento a 21 de julio de 2013, pues el plazo inicial pactado en el contrato de treinta días a partir de la presentación de la factura *"se extendía a 30 días más (cuando hubiera objeciones) y hasta su resolución (30 días adicionales). Es de resaltar que el resultado final que determinaba la remuneración, podía conducir a la emisión de una nota crédito a cargo del Agente (deuda del Agente a favor de Colombia Telecomunicaciones) y no necesariamente a un pago, tal como aconteció respecto de la mencionada factura)"*.

6.5. Acepta como un hecho cierto que Colombia Telecomunicaciones envió el 11 de julio de 2013 comunicación a la convocante con indicación de las irregularidades en las ventas detectadas respecto del cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi- a las cuales se refiere singularmente, a la cual se dio respuesta el 18 de julio de 2013 por Keops, que no aceptó la imputación de esas irregularidades por las razones que en tal comunicación se indican y en la contestación a la demanda se sintetizan.

6.6. Se negó en la contestación de la demanda que las planes de venta

punto que en la fecha de la demanda *"tiene colocadas más de cuatrocientas (400) líneas telefónicas"*.

Señaló que la autorización de oferta al cliente mencionado *"correspondió específicamente a 519 líneas vendidas y eso no se ejecutó"* de las cuales *"111 podían activarse con equipos a cero pesos y descuento recurrente del 18% en la facturación y las 408 restantes se activarían con equipo traído"*. Por ello, las cifras base de la autorización *"de ninguna manera pueden fragmentarse, o simplemente se trataría de otra negociación que conduciría a valores y cifras distintas en función de los beneficios posibles. Colombia Telecomunicaciones nunca aprobó los términos en que negoció Keops con el referido cliente"*.

De lo expuesto concluye la sociedad convocada respecto a este hecho que *"claramente Colombia Telecomunicaciones tuvo que vincular con equipos a cero pesos a todos los usuarios a los que se comprometió Keops",* lo que no constituye un eximente de responsabilidad del Agente, *"pero si demuestra un claro y confeso desconocimiento de los deberes de lealtad del comerciante y del contrato, pues además de negociar por fuera de las condiciones autorizadas pretende también trasladar los efectos de los beneficios por equipos entregados a terceros por Telefónica, únicamente por haber tenido que cumplir ante terceros la oferta arbitraria que sacó al mercado"*.

6.7. Acepta haber autorizado el 22 de julio de 2013 a Keops a facturar los servicios correspondientes al mes de junio de 2013, pero aclara que como existía un saldo a cargo de Keops y a favor de la convocada por la suma de $16.889.141, ésta fue compensada de conformidad con la cláusula 4.9 del contrato.

Agrega que con fundamento en el procedimiento pactado en el contrato a partir de la radicación de la factura 5147 el 24 de julio de 2013 se debería pagar dentro de los treinta días siguientes, realizados los descuentos correspondientes, por lo que se giró a favor de Keops lo que le correspondía el 12 de agosto de 2013 dentro del plazo pactado en el contrato, por lo que no es cierto el supuesto incumplimiento en el pago de la factura 5147, pues la compensación de $16.889.141 no es incumplimiento sino aplicación de la cláusula 4.9 del contrato.

6.8. En relación con la reclamación de Keops por la falta de respuesta a las comunicaciones en las que ella afirmó el incumplimiento de Colombia Telecomunicaciones a las obligaciones de pago que deberían realizarse en ejecución del cumplimiento del contrato de agencia, afirma la convocada que no es cierto por cuanto, como lo acepta la convocante, el 25 de julio de 2013

6.9. En cuanto al incumplimiento del procedimiento contractual respecto de las irregularidades en la conducta del Agente, cita las comunicaciones de 11 y 18 de julio de 2013, en la última de las cuales Keops presentó *"de manera formal"*, oposición a la penalización de que podría ser objeto por esas irregularidades, lo que significa que no es cierto que no se hubiera observado el procedimiento previo a la penalización correspondiente conforme a lo pactado en el contrato.

6.10. Afirma que el contrato de agencia a que se refiere la demanda fue terminado por justa causa, por la conducta del Agente respecto a los clientes Juan Ciudad –-, Trefilados de Colombia S.A. Cooptraiss y CTP Médica S.A., que resume así (folios 265 in fine y 266): *"(i) presentar a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi) ofertas con valores y condiciones no autorizadas por Colombia Telecomunicaciones, (ii) reiterar este patrón irregular de conducta ante el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi) en cinco oportunidades, (iii) no ingresar el número de líneas aprobadas en las ofertas incumpliendo en más de 4.000 líneas; (iv) concertar negociaciones con el cliente que perjudicaron financieramente a COLTEL; (v) ofrecer dádivas al cliente Cooptraiss para lograr ventas; (vi) ofrecer a este cliente condiciones no aprobadas de equipos a cero pesos; (vii) adulterar el contrato del cliente Trefilados incurriendo en falsedad y generando la pérdida del cliente y la mala imagen de la compañía agenciada; (viii) incumplir con la atención requerida por los clientes pues concluidas las ventas dejaba de contestar sus solicitudes y reclamos*

6.11. Afirma que no es cierto que no hubiese solicitado explicaciones previas ni suministrado información adicional respecto de los clientes Trefilados de Colombia S.A. y CTP Médica S.A., por lo que no se incumplió el procedimiento establecido en el anexo 4 del contrato de agencia comercial a que se refiere la demanda.

6.12. Aduce que no es cierto que se hubiere impuesto respecto del cliente Juan Ciudad una multa de la convocada a su Agente comercial aquí convocante por la suma de $180.265.204 y, al mismo tiempo, la argumentación pertinente se hubiere invocado para dar por terminado el contrato de agencia comercial, con violación de la cláusula 11.3 del contrato.

Agrega que respecto de las irregularidades en la ejecución del contrato el trámite pactado es el señalado en el anexo No. 4 –políticas de prevención de irregularidades y penalizaciones-, lo que es distinto de la cláusula que autoriza la imposición de multas que se encuentra prevista en la cláusula 11.3 del

De lo expuesto se concluye en la contestación de la demanda que el valor de $180.265.204 corresponde a penalización por irregularidades conforme a los numerales 4 y 5 del anexo No. 4 del contrato, para cuya determinación se observó el procedimiento pactado en el mismo.

Por ello, asevera, no es cierta la afirmación de la demandante en cuanto afirma que se le impuso una multa de que trata la cláusula 11.3 del contrato de agencia, como tampoco lo es que no se hubiere observado el procedimiento previsto en el contrato para darlo por terminado con justa causa.

6.13. En cuanto a la autorización para facturar los servicios correspondientes al mes de agosto de 2013, expresa que por tratarse de la última facturación del período del contrato, a ella le era aplicable el literal c) del inciso segundo de la cláusula 10.6. referida a la terminación y forma de liquidar el contrato, conforme a la cual *"la última factura y los siguientes bonos generados a favor del Agente, serán parte de la liquidación final",* a la que corresponde un plazo de cuatro meses para su realización.

6.14. La factura No. 5155 emitida el 24 de septiembre de 2013 y radicada en esa fecha, se gobierna por lo dispuesto en el contexto contractual para la terminación del contrato y la liquidación contractual, por lo que no es cierto el incumplimiento de la obligación de pagarla en el tiempo debido.

6.15. Negó la existencia de obligaciones a su cargo por concepto de saldo insoluto de capital respecto de las facturas Nos. 5147 y 5155, las cuales son objeto de proceso ejecutivo ante la jurisdicción ordinaria.

6.16. Afirma que la liquidación del contrato de agencia comercial no es una obligación exclusiva de Colombia Telecomunicaciones, la cual elaboró en tiempo el proyecto respectivo, lo remitió a Keops Comunicaciones mediante correo electrónico el 14 de noviembre de 2013, es decir dentro del término de cuatro meses siguiente a la terminación del contrato, proyecto que no ha tenido la aquiescencia del agente comercial, lo que no implica que Colombia Telecomunicaciones renuncie a los derechos patrimoniales derivados del incumplimiento contractual de su agente comercial ya mencionado.

6.17. Respecto de las obligaciones por concepto de cesantía comercial, retención en garantía de la misma, bono residual causado entre 1 de febrero y 9 de agosto de 2013, comisión básica de voz, comisiones o servicios causados entre 10 y 31 de agosto de 2013, se contesta en la demanda que la convocada no adeuda ninguna de estas sumas de dinero.

$282.354.852, se manifiesta en la contestación de la demanda que es un hecho que no le consta a la convocada.

7. Como excepciones de mérito fueron propuestas a folios 277 a 283 del cuaderno No. 1 las que se denominaron *"Cumplimiento del contrato por Colombia Telecomunicaciones", "El demandante no es contratante cumplido"*, *"Existencia de procedimiento para definir la remuneración del agente", "Existencia de condiciones de cumplimiento para el pago de facturas", "Excepción de pago", "Inexistencia de obligación de pago sobre montos no liquidados", "Aplicación de penalización"* conforme al contrato*, "Inexistencia de pretensión de nulidad de la cláusula de penalizaciones", "Inexistencia de multa aplicada en el contrato", "Bilateralidad del acta de liquidación", "Violación del principio de no venir contra sus propios actos", "Violación de la función económica y jurídica del contrato –mandato sin representación", "Justa causa de terminación del contrato", "Inexistencia de los requisitos para el pago de indemnización equitativa", "Inaplicabilidad de mecanismos de corrección monetaria e intereses de mora", "Enriquecimiento sin causa", "Mala fe -abuso del derecho a litigar"* y la *"Excepción genérica"*.

*** Demanda de reconvención**

8. Durante el término del traslado del auto admisorio de la demanda inicial, Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. presentó demanda de reconvención contra Keops Comunicaciones S.A.S., en la cual en síntesis formuló las siguientes pretensiones:

8.1. Que se declare que la reconvenida incumplió la obligación de máxima diligencia contenida en la cláusula tercera del contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013 y en el anexo No. 4 de políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones, *"al presentar a clientes ofertas no autorizados por COLTEL, vender los productos y servicios por debajo de los valores fijados por Colombia Telecomunicaciones, efectuar alteración de documentación de los clientes, hacer ofrecimiento de dádivas para lograr negocios y no atender en forma oportuna los requerimientos de clientes"*.

8.2. Que se declare que como consecuencia de la pretensión anterior la sociedad demandada en reconvención esta obligada al pago de los daños, perjuicios y compensaciones *"que se acrediten en el proceso",* en las siguientes sumas de dinero:

- $34.521.300, por daños y perjuicios por el incumplimiento de las obligaciones de la demandada en reconvención frente al cliente Trefilados de Colombia S.A.

- $161.087.500, o el equivalente a 250 SMLM al momento de proferir el laudo, como pena a favor de Colombia Telecomunicaciones por la terminación unilateral anticipada y con justa causa del contrato de agencia conforme a lo pactado en la cláusula 10.4, inciso segundo de ese contrato.

Adicionalmente se impetró la actualización del valor de las condenas que se impongan a la sociedad reconvenida así como el pago de los intereses corrientes y de mora que sobre las mismas se liquiden desde cuando se hicieron exigibles.

9. Como fundamentos fácticos de las pretensiones se adujeron por la demandante en reconvención, en resumen, los siguientes:

9.1. La Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. en desarrollo de su objeto social presta servicios móviles celulares con actividades complementarias y suplementarias de transmisión de información, voz y datos en general, así como la distribución, venta y mercadeo de productos, equipos y elementos relacionados con telecomunicaciones, para lo cual puede celebrar los actos jurídicos y los contratos que considere necesarios o convenientes.

9.2. La comercialización de los productos y servicios de la sociedad demandante en reconvención puede ser realizada en forma directa o a través de intermediarios como los agentes comerciales a quienes se encarga de la promoción, distribución y venta de los productos y servicios de telecomunicaciones *"en las condiciones, características y valores que son definidas por Colombia Telecomunicaciones"*.

9.3. En virtud del contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013 la sociedad reconvenida incumplió con sus obligaciones como mandatario sin representación como profesional del agenciamiento objeto de su encargo, con alto nivel de especialización profesional, especialmente lo relacionado con las conductas tipificadas como irregularidades en el *"Anexo de Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones",* entre las cuales fueron incluidas *"cualquier venta de productos o servicios de telecomunicaciones de la que se predique la adulteración de documentos total o parcialmente, suministro de información falsa y la ejecución de actos intencionales indebidos que busquen una ventaja o beneficio y que impliquen el manejo a un*

autorización para realizar ofertas especiales al cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi, esto es para plantearle proyectos de negocios con ciertos beneficios por razón y según el número de nuevas líneas a activar, conforme a la regla del mercado en virtud de la cual se conceden beneficios y/o descuentos a los clientes en relación con la mayor cantidad de conexiones y servicios que se adquieran, ofertas estas denominadas especiales para distinguirlas de las ofertas comerciales estándar y que se presentan mediante la utilización de una herramienta tecnológica denominada *"Koral"* la que tiene por objeto *"validar la viabilidad financiera de la oferta asegurando el beneficio del cliente y el equilibrio financiero del negocio para la compañía"*.

9.5. Colombia Telecomunicaciones S.A., a solicitud de la sociedad reconvenida y como su Agente comercial, aprobó la solicitud de oferta especial dirigida a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-, distinguida con el código No. IDpricing19502 de 28 de febrero de 2013, en la cual el negocio aprobado *"consistió en cinco líneas con equipos Samsung a cero pesos y 10 con equipos traídos",* negocio este respecto del cual *"Keops únicamente activó una línea a cero pesos"*.

9.6. Previa solicitud de autorización para ofrecer a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad la activación de 38 líneas con un beneficio de 28% de descuento recurrente en la facturación para 10 líneas y equipos a cero pesos para 10 equipos Samsung Erika, Colombia Telecomunicaciones de acuerdo con la modulación ID9869, se autorizó que 10 líneas se ofrecieran con equipos Samsung a cero pesos y las restantes 28 ingresaran con equipo traído y sin beneficios, para lograr el punto de equilibrio financiero del negocio, de las cuales Keops únicamente activó una línea con equipo a cero pesos.

9.7. Luego de la solicitud de autorización para ofrecer a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad -Mederi- la activación de 519 líneas con descuentos y condiciones especiales, Colombia Telecomunicaciones aprobó mediante ID12466 que podrían entregarse 111 líneas con equipos a cero pesos y beneficios en la facturación, *"siempre que el cliente activara las otras 408 líneas en equipos traídos"*, de las cuales Keops no activó estas últimas, *"lo que implicó la entrega a cero pesos de 111 equipos Samsung Mini Premium"*.

9.8. En ejecución del contrato de agencia Keops había solicitado a la sociedad demandante en reconvención por ofertas especiales al cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méredi- un total de 572 líneas por ofertas especiales, de las cuales se activaron 110 con equipos a cero pesos y ninguna con equipos traídos, es decir, quedaban pendientes por activar 462 líneas

aprobó esa solicitud mediante la herramienta *"Koral"* bajo el ID 16595, aprobado el 16 de mayo de 2013.

De estas 814 líneas que sirvieron como base del cálculo financiero del negocio, se activaron 102 de las 114 con equipos a cero pesos y ninguna de las 712 líneas restantes que requerían equipo traído.

9.10. De la solicitud de oferta especial de 3.200 líneas autorizada mediante el código de identificación ID17110 aprobado el 19 de mayo de 2013, únicamente se activaron 50 líneas con equipos a cero pesos y ninguna con equipo vendido, quedando pendientes de ingreso 3.150 líneas.

9.11. Lo expuesto significa que de 4.665 líneas solicitadas por Keops Comunicaciones mediante la modulación de ofertas especiales aprobadas para la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-, ingresaron 341 con equipos a cero pesos y otros beneficios y ninguna con equipo traído.

9.12. En virtud de reclamación formulada por el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi que elevó queja por la facturación del valor de 108 equipos ofrecidos y vendidos por el Agente el 24 de abril de 2013 en la cual manifestó que adquirieron *"108 líneas en plan postpago con equipos Samsung Galaxy S III Mini a cero pesos"* y solicitaron *"la corrección de la factura",* Colombia Telecomunicaciones inició la investigación correspondiente, como culminación de la cual concluyó que *"el negocio ofrecido por Keops a la Corporación Hospitalaria Juan Méderi no fue el que Colombia Telecomunicaciones autorizó por intermedio de este Agente, tal como se registra en la solicitud de autorización, su aprobación y el resultado de la aplicación del programa Koral"*, pues quedó establecido que el Agente no le informó al cliente *"que el beneficio de equipos y facturación de 111 líneas dependía de la activación de las 408 líneas restantes",* irregularidad que se reflejó en el ejercicio financiero del negocio, pues de la comercialización y venta autorizada de 519 líneas solo se vendieron 108 con equipos a cero pesos, con lo cual la recuperación de la inversión proyectada a diez meses, pasaría a ser de veintitrés meses, la cláusula de permanencia de doce meses ofrecida y vendida por Keops resultó insuficiente para la viabilidad financiera del negocio y el valor de los equipos *"no se recuperaba bajo las condiciones"* ofrecidas a este cliente por Keops.

9.13. La irregularidades descritas dieron origen a que conforme a los numerales 4 y 5 del anexo No. 4 del contrato de agencia comercial, denominado Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones, se le informara al Agente *"sobre la posibilidad de ser penalizado por el 100% del*

9.14. La Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. se pronunció formalmente el 18 de julio de 2013 dentro del término previsto para presentar objeciones a las supuestas irregularidades que le fueron imputadas, las cuales no aceptó y, en su lugar, argumentó que la negociación de los equipos con la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi a que se ha hecho referencia, se *"enmarcan dentro de las condiciones comerciales aprobadas por Colombia Telecomunicaciones"*.

9.15. Afirma la demandante en reconvención que no asiste la razón en la respuesta de la sociedad reconvenida en la comunicación de 18 de julio de 2013, pues no aclara ni justifica la razón por la cual no se comunicó a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi cuáles eran las condiciones reales del negocio, como tampoco se pronuncia sobre la razón por la cual no ingresaron 408 líneas con equipo traído, lo que era parte esencial de los beneficios otorgados.

9.16. Como culminación del trámite sobre la irregularidad imputada a Keops en desarrollo del contrato de agencia comercial ya aludido y a la cual se hizo mención, así como del análisis de la objeción presentada por Keops el 18 de julio de 2013, Colombia Telecomunicaciones S.A. *"confirmó la penalización por $180.265.204 que corresponde al valor del 100% de las terminales vendidas y 100% de los subsidios ofrecidos por Keops a la Corporación Hospitalaria Juan Ciudad Méderi apartándose como mandatario de las instrucciones de Colombia Telecomunicaciones que era su mandante"*.

9.17. Revisadas por Colombia Telecomunicaciones las ofertas especiales que fueron generadas con posterioridad a la que fue objeto de la penalización mencionada, afirma la demanda que fueron evidenciadas *"irregularidades en las ventas bajo el mismo patrón de comportamiento",* por lo que se dejaron de percibir los ingresos provenientes de la activación de todas las líneas aprobadas *"conforme a los planes y permanencia modulados en cada negocio",* por lo que *"Colombia Telecomunicaciones dejó de percibir ingresos por $2.134.816.282"*.

9.18. Por información de la jefe de ventas corporativa de Colombia Telecomunicaciones de 4 de julio de 2013, se estableció que el Agente comercial demandado en reconvención presentó una oferta a Cooptrais *"diferente a la presentada por el ejecutivo directo de COLTEL y en condiciones no autorizadas por la empresa agenciada",* pues el Agente ofreció *"que al mes de hacer la portabilidad se realizará la reposición de equipo Samsug Galaxy S4 con precio especial a cero (0) pesos, sin que esta oferta existiera, siendo un ofrecimiento contrario a las políticas internas de*

investigando *"los comportamientos de ventas de Keops en el caso Corporación Hospitalaria Juan Ciudad"*.

9.19. Afirma la demandante en reconvención que el 12 de junio de 2013 se recibió una comunicación mediante la cual el cliente Trefilados de Colombia S.A. afirma que suscribió un contrato con la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. como Agente comercial de Colombia telecomunicaciones en el cual se negoció la portabilidad de 69 líneas con una cláusula de permanencia de doce meses, contrato del cual jamás se le entregó una copia y respecto del cual se alteró lo pactado sobre la duración de la cláusula de permanencia pues en lugar de 12 meses se produjo una enmienda material en la que aparece *"18 meses"*.

9.20. Aduce que esta irregularidad condujo a la terminación forzada del contrato por solicitud del cliente Trefilados, irregularidad que no fue objeto del procedimiento de penalización por cuanto el término pactado en el contrato para penalizarla de manera directa, ya había expirado, razón por la cual *"mediante esta vía judicial se efectúa el cobro de los perjuicios generados por Keops con esta conducta irregular e ilegal",* que, además, afecta el buen nombre e imagen comercial de la sociedad demandante en reconvención.

9.21. En razón de las irregularidades a que se ha hecho mención y conforme a lo expresado, Colombia Telecomunicaciones decidió dar por terminado con justa causa imputable al Agente comercial demandado en reconvención el contrato de agencia comercial a que se refiere la demanda, mediante comunicación de 2 de agosto de 2013, por lo que conforme a lo pactado en el inciso segundo cláusula 10.4, inciso segundo, del contrato aludido, la sociedad reconvenida se encuentra obligada a pagar a título de pena a la reconviniente la suma equivalente a $250 SMLM, *"además de los perjuicios que se acrediten en el proceso"*.

10. El demandante en reconvención para estimar razonadamente la cuantía manifiesta que ésta es de $2.330.425.082, que bajo la gravedad del juramento estimatorio manifiesta que *"corresponde al valor de los daños y perjuicios generados con el incumplimiento del contrato de agencia comercial por parte de Keops Comunicaciones, discriminado en cada uno de sus conceptos, de la siguiente manera:*

CONCEPTO	*VALOR*
Saldo de líneas no ingresadas por	*$2.134.816.282*

Penalidad contractual. Cláusula 10.4 del Contrato	*$161.087.500*
TOTAL	***$2.330.425.082***

*** Contestación a la demanda de reconvención**

10. Corrido el traslado de la demanda de reconvención sobre la misma se pronunció la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. con expresa oposición a la prosperidad de todas sus pretensiones, de las cuales predica que *"carecen de sustento fáctico y jurídico"*.

11. En relación con los hechos en que se sustentan las pretensiones aludidas, acepto la existencia del contrato de agencia, su calidad de profesional para ejercer la intermediación comercial que le fue confiada, expresó de algunos que no son ciertos, manifestó que otros en realidad no son hechos en que se fundan las pretensiones sino referencias al contrato, manifestó que en su labor de intermediación no es cierto que Keops hiciera ventas, señaló que el contrato de agencia no fue bilateralmente convenido sino que, en realidad, *"fue redactado e impuesto por Telefónica"*, que las sanciones en él tipificadas fueron incorporadas al contrato por su redactor *"para favorecer a Telefónica exclusivamente"* y que ellas *"son formas o mecanismos de constreñimiento por parte de Telefónica"*.

Manifiesta que la modulación y aprobación de las ofertas especiales era de *"competencia exclusiva de Telefónica"*; que no le constan las *"bondades de Koral como herramienta tecnológica",* pues la demandante en reconvención, además de ésta, *"tiene otra herramienta semejante que se llama PRICING"*; reitera que la activación de las líneas telefónicas y de los demás productos de Telecomunicaciones no es actividad que se desarrolle por Keops; asevera que las ofertas no constituían una obligación de resultado; que son múltiples los argumentos que se pueden aducir para que una oferta o una aprobación pierdan vigencia; insiste en que Keops *"no tiene acceso a Koral",* cuyo manejo es exclusivo de la demandante en reconvención; señala que algunos hechos de los expresados en la demanda de reconvención no le constan; que los cálculos matemáticos que se mencionan en la demanda de reconvención deberán ser demostrados por la reconviniente; que la adulteración de la oferta relacionada con Trefilados de Colombia no le consta.

Asevera que se ajustó estrictamente a lo pactado en el contrato, lo que no ocurrió con su contraparte que incurrió en incumplimientos del mismo

12. Como excepciones de mérito se propusieron en la contestación a la demanda de reconvención las que allí se denominaron: *"Inexistencia de la obligación", "Inexistencia del hecho generador de la responsabilidad civil", "Ausencia de culpa", "Ausencia de nexo causal", "Ausencia de daño", "Desconocimiento de actos propios", "Violación del principio de la legítima confianza debida", "Temeridad y mala fe procesal", "Ausencia de instrucciones claras", "Inexistencia de una obligación de resultado"* y la *"Genérica"*.

13. De manera expresa se formuló objeción al juramento estimatorio respecto de la cuantía estimada de la demanda, para lo cual se expresaron como razones de la objeción: que la demandada en reconvención no debe ninguna suma de dinero a la demandante en la misma; que Colombia Telecomunicaciones *"no explica las bases económicas y contractuales para inferir la suma de $2.134 millones de pesos*"; que no es cierto como se afirma por la demandante en reconvención que respecto de cada propuesta de negocio surja para Keops como Agente comercial la obligación de *"ingresar a Telefónica la totalidad de las líneas o productos ofertados",* pues ni las autorizaciones implican una obligación de resultado, ni las ofertas ni las aprobaciones fueron limitadas en el tiempo o en su cuantía y podrían perder su vigencia por factores tales como el cambio de precios o el agotamiento de los productos o cuando no era posible garantizar la permanencia ya que el cliente podría retirarse *"por cualquier motivo imputable a Telefónica como, P.EJ. el mal servicio"; "Keops no conoce"* ni tampoco le *"consta el precio usado por* Telefónica *para calcular el lucro cesante";* no se causan los intereses moratorios que sobre las sumas supuestamente adeudadas reclama la demandante en reconvención, como tampoco los intereses remuneratorios; la multa contractual solo resulta aplicable si el contrato se hubiese terminado por justa causa; y, en general, las sumas de dinero señaladas para estimar la cuantía por los conceptos que para el efecto se indican por la demandante en reconvención, *"obedecen a supuestos y conceptos completamente ajenos a la realidad contractual"*.

*** Trámite procesal posterior a la conformación de la relación jurídico-procesal**

14. Como aparece en Acta No. 4 de la audiencia celebrada el 20 de abril de 2015, agotado el trámite de la admisión, traslado, contestación de la demanda inicial, admisión, traslado y contestación de la demanda de reconvención y, luego de celebrada la audiencia de conciliación sin éxito, se fijaron los costos legales del arbitraje con fundamento en lo dispuesto en los artículos 25 y siguientes de la Ley 1563 de 2012 y el artículo 32 del Decreto 1829 de 2013.

reconvención y sus respectivas contestaciones, luego de lo cual de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 30 de la Ley 1563 de 2012 decretó las pruebas solicitadas por las partes, con lo cual se dio por terminada la primera audiencia de trámite (fls. 354 a 362).

16. Culminada la etapa probatoria, en audiencia celebrada el 14 de diciembre de 2015 se declaró agotada ésta y se señaló como fecha para llevar a cabo la audiencia de alegatos de conclusión el 18 de enero de 2016, a las 9.30 de la mañana.

En la fecha y hora señaladas las partes presentaron sus alegatos de conclusión en la audiencia respectiva, en la cual tanto la demandante inicial como la demandante en reconvención reiteraron sus pretensiones, se refirieron a las pruebas practicadas y a su valoración y concluyeron, desde sus propios puntos de vista, que el laudo que se profiera deberá ser favorable a sus pretensiones y desestimar las de la parte contraria.

En la misma audiencia, por solicitud de las partes se suspendió el término para adoptar decisiones por este tribunal de arbitramento desde el 15 de diciembre de 2015 hasta el 13 de enero de 2016, ambas fechas incluidas.

17. Celebrada la audiencia de alegaciones el 18 de enero de 2016 conforme aparece en el Acta respectiva, se señaló el día lunes 29 de febrero DE 2016 a las 2.30 p.m. como fecha y hora para llevar a cabo la audiencia de lectura del laudo arbitral conforme a lo dispuesto por el artículo 33 de la Ley 1563 de 2012.

En la misma audiencia y por solicitud de las partes se suspendió el término para las actuaciones de este tribunal de arbitramento desde el día 19 de enero de 2016 hasta el 28 de febrero de 2016, ambas fechas incluidas.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

*** Inexistencia de nulidades. Cumplimiento de los presupuestos procesales.**

1. Conforme a lo pactado en la cláusula 13.13 del contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013 celebrado entre Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. como empresa agenciada y Keops Comunicaciones S.A.S. como Agente comercial, las diferencias que surjan entre ellas en torno a la interpretación del contrato, su ejecución, su cumplimiento y su terminación

2. Examinado el ámbito de competencia asignado al tribunal arbitral por la cláusula compromisoria ya mencionada y conforme a lo dispuesto por la Ley 1563 de 2012, este tribunal de arbitramento debidamente integrado, declaró su propia competencia de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 29 de la Ley 1563 de 2012 y, en virtud de ello, como se dejó dicho en el acápite denominado *"**ANTECEDENTES**"* adelantó el trámite previsto en la ley, revisado el cual no se encuentra causal de nulidad que invalide la actuación surtida, como se encuentra igualmente, que están reunidos los presupuestos procesales para proferir el presente laudo arbitral.

*** El contrato de agencia comercial.**

3. En nuestra historia legislativa aparece el contrato de agencia comercial regulado, por primera vez, en el Código de Comercio expedido por el Decreto ley 410 de 1971, como aparece en el Capítulo V del Título XIII, en el que se incluye como una especie del contrato de mandato (arts. 1317 a 1331), regulación esta que tuvo como antecedente inmediato el proyecto de Código de Comercio de 1958.

4. Este contrato en virtud de su inclusión en la legislación positiva del Estado dejó de ser, entonces un contrato de intermediación innominado para ser incluido entre los contratos típicos que, además, conforme a su regulación legal, son también contratos autónomos.

De acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1317 del Código de Comercio en el contrato de agencia comercial *"un comerciante asume en forma independiente y de manera estable el encargo de promover o explotar negocios en un determinado ramo y dentro de una zona prefijada en el territorio nacional, como representante o agente de un empresario nacional o extranjero o como fabricante o distribuidor de uno o varios productos del mismo"*.

Conforme a esta definición legal que le da tipicidad específica a este contrato son sus rasgos esenciales: la independencia en la actividad desempeñada por el agente; la estabilidad en la actividad que este desempeña en la ejecución del contrato; el encargo que a él se le hace para promover o explotar unos negocios mercantiles determinados; y, finalmente, su actuación por cuenta de otro.

Como fácilmente se advierte en razón de su independencia el agente no se encuentra en posición de subordinación con respecto al agenciado, quienes son los sujetos de esta relación contractual, lo que marca una diferencia

es posible que se celebre por el agenciado con una persona jurídica, lo que sería imposible en un contrato laboral.

En virtud de la estabilidad que se exige en la definición legal del contrato de agencia, esa circunstancia de apreciación objetiva excluye su realización para cumplir encargos a destajo, o de carácter ocasional o meramente esporádicos.

Como objeto propio del contrato de agencia se incluye la promoción o explotación de negocios del agenciado. Es decir, el contrato de agencia como una forma específica del mandato, impone al agente la realización de labores de intermediación para conquistar o conservar una clientela o un mercado o para acrecentarla o, inclusive para reconquistarlos.

Es ello lo que lo diferencia del mandato común pues no se trata de un encargo para realizar un negocio determinado sino que se trata de una labor de carácter permanente en la que existe una intermediación concreta para promover o explotar negocios en un ramo determinado como agente o representante de otro comerciante, el agenciado, o como fabricante o distribuidor de los productos de este última.

En la agencia comercial, es entonces elemento esencial del contrato la intermediación por cuenta de otro, pero con una actividad propia e independiente que se realiza por el agente de manera estable.

5. Por tratarse de un acto comercial, el contrato de agencia no es gratuito sino oneroso y, por ello, el artículo 1322 del Código de Comercio dispone que *"El agente tendrá derecho a su remuneración aunque el negocio no se lleve a efecto por causas imputables al empresario, o cuando éste lo efectúe directamente y deba ejecutarse en el territorio asignado al agente, o cuando dicho empresario se ponga de acuerdo con la otra para no concluir el negocio"*.

6. Para garantizar el cumplimiento de su finalidad social y la ejecución del contrato, el artículo 1320 del Código de Comercio dispone que en el contrato de agencia comercial deben quedar contenidos los poderes o facultades del agente, el ramo a que se dedicará su actividad contractual, el ámbito territorial en que se desarrollan y el tiempo de duración de las mismas, especificaciones estas que, como se ve, harán efectivas las finalidades socio-económicas y el objeto específico del contrato de agencia mercantil en cada caso.

7. Como quiera que el contrato de agencia comercial es bilateral, de él surgen obligaciones a cargo de ambas partes contratantes, de tal manera que la con

cumplirá el encargo que se le ha conferido al tenor de las instrucciones recibidas, y rendirá al empresario las informaciones relativas a las condiciones de mercado en la zona asignada, y las demás que sean útiles a dicho empresario para valorar la conveniencia del negocio", con lo cual se hace énfasis por el legislador en la labor de intermediación que impone la realización de conductas concretas al agente, dada la función económico-social que por él se cumple con respecto a la clientela y al mercado.

Del carácter bilateral del contrato, surge para el agenciado la obligación de remunerar al agente por su labor, es decir, para este último tal remuneración es un derecho que tiene su origen en la intermediación que realiza sin que pueda privarse de esa remuneración cuando el negocio no se lleve a cabo por causas imputables al empresario, o cuando este último opte por realizarlo directamente o cuando pacte con la otra parte no concluir el negocio.

8. Luego de referirse al pacto de exclusividad que podrá incluirse en el contrato tanto respecto del agente como respecto del agenciado en el marco de la autonomía de la voluntad, conforme a lo dispuesto en los artículos 1318 y 1319 del Código de Comercio, se regula por la ley lo atinente a la terminación del contrato de agencia. Para este efecto en el artículo 1324 del Código de Comercio se establece como regla general que el contrato de agencia termina por las mismas causas del mandato y, en el artículo 1325 del mismo Código se señalan las justas causas para la terminación unilateral de este contrato tanto por parte del empresario agenciado como por parte del agente.

De singular importancia es el establecimiento directamente por la ley de las justas causas para la terminación unilateral del contrato de agencia comercial. Así, en el numeral 1, literal a), del artículo 1325 del Código de Comercio, se establecen como tales el grave incumplimiento por parte del empresario agenciado de las obligaciones señaladas por la ley o estipuladas en el contrato, causal esta que también puede ser invocada como justa causa por parte del agente, a tenor de lo dispuesto en el numeral 2, literal a), del mismo artículo; de la misma manera, se establece como justa causa para la terminación de este contrato por parte del empresario agenciado cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses de aquél, conforme a lo dispuesto por el artículo 1325, literal b), del C. de Co., causal esta que según el texto del numeral 2, literal b), cuando quien sufre la acción u omisión que afecte gravemente sus intereses, constituye justa causa para la terminación del contrato de agencia comercial; coinciden igualmente como justa causa para la terminación unilateral de este contrato según lo dispuesto por el artículo 1325 del Código de Comercio ya mencionado, la quiebra o insolvencia del agente o la quiebra e insolvencia del empresario, según el texto del artículo 1325

de Comercio; y, por parte del agente la terminación de actividades, artículo citado, numeral 2, literal d), del mismo Código.

9. De trascendental importancia son los efectos legales de la terminación del contrato de agencia, los cuales se precisan por el artículo 1324 del Código de Comercio.

Esta norma preceptúa en su inciso segundo, que cuando el empresario revoque o dé por terminado unilateralmente el contrato *"sin justa causa comprobada",* deberá pagar al agente una indemnización equitativa, la que se fijará en la forma allí indicada, regla esta que tendrá igualmente aplicación cuando el agente sea quien termina el contrato por justa causa imputable al empresario.

10. Con todo, en el inciso primero del mismo artículo 1324 del Código de Comercio se preceptúa que a la terminación del contrato *"el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor",* prestación esta conocida entre los comerciantes como *"cesantía comercial",* denominación también utilizada por algunos en el mundo del Derecho.

*** El contrato de agencia celebrado entre las partes.**

1. Las Sociedades Keops Comunicaciones S.A.S. y Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., celebraron el contrato de agencia comercial distinguido con el número 71.1.0077.2013, con vigencia a partir de 1 de febrero de 2013, y se extendía conforme a lo pactado hasta el 31 de enero de 2014, ambas fechas inclusive, contrato respecto del cual las dos partes aceptan su existencia, como aparece en los hechos 1 de la demanda inicial (fl. 2, cuad. 1), y su contestación, (fl .237 del mismo cuaderno), lo que significa que este es un hecho aceptado por las partes y en consecuencia, excluido del *tema probandum* del proceso, pues la mutua aceptación de un hecho lo excluye del debate probatorio.

2. Existe sí discrepancia entre las partes en cuanto a la fecha de terminación del contrato, pues la Sociedad Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. afirma que aunque la fecha inicialmente pactada para la terminación del contrato aludido fue el 31 de enero de 2014, ella hizo uso de lo pactado entre las partes para darle terminación anticipada unilateral porque a su juicio existía justa causa para el efecto, facultad de la que hizo uso en comunicación de 2 de agosto de 2013 para tener efectos a partir del 9 de agosto del mismo

del contrato de agencia ya mencionado y, desde luego, conforme a la legislación aplicable, se procede ahora a realizar una síntesis de algunas de las cláusulas de ese contrato, lo que facilitará su apreciación en conjunto.

3.1. En cuanto hace al objeto del contrato en la cláusula primera del mismo (fl. 33, cuad. 1), se expresa que *"el Agente"* se obliga *"a asumir en forma independiente y de manera estable, el encargo de promover la comercialización de los Productos y Servicios a terceras personas"*, labor por la cual Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. se obliga *"a pagar por dicho encargo la remuneración…estipulada en la cláusula cuarta"*.

Para la ejecución del objeto del contrato en la misma cláusula primera, se pactó, además que *"el Agente no está autorizado para explotar en forma alguna el resto de negocios de Colombia Telecomunicaciones ni podrá comprometerse a que, en nombre de Colombia Telecomunicaciones, fabricará, prestará directamente o distribuirá cualquiera de los servicios o bienes que agencia";* y, en el parágrafo de la misma cláusula primera se pactó que *"las partes podrán acordar la comercialización de los servicios y productos de Colombia Telecomunicaciones a ser desarrollada en canales especiales de venta, para lo cual las partes suscribirán un Anexo con las condiciones particulares que regirán dicha comercialización",* el cual formará, en tal caso parte integral del contrato de agencia.

3.2. Pactado así el objeto del contrato, se tornó como algo indispensable precisar el contenido específico del encargo cuya ejecución sería asumida por el Agente. Es esa la razón por la cual a ello se dedica la cláusula segunda del contrato.

Así, en ella se estableció cuáles son los productos y servicios de cuya comercialización se encarga el Agente, los que se enunciaron expresamente, así:

- Telefonía móvil celular y sus servicios complementarios.
- Líneas básicas con planes ilimitados locales, departamentales o nacionales.
- Internet (Banda Ancha y Banda Estrecha).
- Televisión digital.
- Paquetes conformados así:

• Planes de línea ilimitado (Nacional o Local) + Televisión.
• Planes de línea ilimitado (Nacional o Local) + Banda Ancha más SVAs (servicios de valor agregado).
• Planes de línea ilimitado (Nacional o Local) + Banda Estrecha

- Servicio de Valor Agregado SVAs independientes a los incluidos en los paquetes.
- Terminales, SIM CARD, computadores y demás equipos que defina Colombia Telecomunicaciones en su oferta comercial.
- Planes de Larga Distancia Nacional y Larga Distancia Internacional, no incluidos en los paquetes.
- Otros productos que se definan por Colombia Telecomunicaciones.

En la misma cláusula segunda y definidos cuáles son los productos y servicios de cuya comercialización se encarga el Agente, se expresó luego en el numeral 2.4. que las características específicas de los productos y servicios de cuya comercialización se encarga el Agente *"además de las que constan en las Concesiones, se definen, de manera exclusiva y autónoma, en los instructivos generales de Colombia Telecomunicaciones",* que el Agente *"declara conocer"*.

Se agrega, además, que *"el fabricante, marca, modelo y la garantía por la calidad de los productos que se vendan, entre otros, serán los que Colombia Comunicaciones determine de manera exclusiva y autónoma"*.

Así mismo, en la cláusula segunda, numeral 2.4.3., se pactó que *"El Agente promoverá la comercialización de los Productos y Servicios en las condiciones jurídicas y de precios y tarifas fijados por Colombia Telecomunicaciones y que oportunamente les serán comunicadas. El Agente reconoce expresamente que la comercialización de Productos y Servicios por encima o por debajo del precio fijado por Colombia Telecomunicaciones constituye causa de terminación del presente contrato, respondiendo el Agente ante Colombia Telecomunicaciones por todo perjuicio que ocasiones la violación a este deber. La promoción de Productos o Servicios diferentes a los señalados en este contrato o desconociendo las condiciones de que trata el presente numeral no obligará a Colombia Telecomunicaciones y comprometerá exclusivamente la responsabilidad del Agente"*.

En cuanto al ámbito territorial para la ejecución del contrato se pactó en la cláusula segunda, numeral 2.8. que el Agente ejecutará el contrato en todo el territorio nacional, salvo que en anexo especial se determine por las partes una zona específica para cumplir su actividad.

En ejercicio de la autonomía de la voluntad, en la cláusula segunda, numeral 2.6. y 2.7. (fl. 36, cuad. 1), se convino por las partes la no exclusividad de Colombia Telecomunicaciones, que podría entonces celebrar otros contratos

3.3. En la cláusula tercera del contrato se pactaron las *"Obligaciones generales del Agente",* entre las cuales en el numeral 3.1. folio 37, cuaderno 1, se incluye la de *"Máxima diligencia"*, con sujeción a las *"directrices y políticas comerciales de Colombia Telecomunicaciones"*. Por ello, a continuación se enumeran algunas conductas que se consideran como *"prácticas contrarias a la ética comercial",* tales como la obtención de suscriptores o clientes para otro operador, la instigación a un suscriptor a poner fin a su contrato de servicio para suscribir posteriormente uno nuevo, presentar como actividad propia de comercialización la realizada por otro, vender equipos no autorizados por Colombia Telecomunicaciones u ofrecer servicios no autorizados por ésta, así como las de *"(VII) Presentar a los clientes ofertas no existentes, no vigentes o no autorizadas por Colombia Telecomunicaciones; (VIII) adulterar o modificar la información o documentación de los clientes que se presentan a Colombia Telecomunicaciones"*.

En la misma cláusula tercera se describen luego las obligaciones de actuación profesional del Agente, las actividades que ha de desempeñar en virtud del encargo de comercialización de productos y servicios de Colombia Telecomunicaciones, su obligación de acatamiento a las políticas generales y reglamentos de la empresa agenciada de conformidad con el Manual de Gestión Administrativa, y *"el anexo de prevención de irregularidades en las ventas",* que el Agente declara conocer y aceptar.

En cuanto a la celebración de contratos de servicios y de compraventa de productos en la cláusula tercera, numeral 3.5. (fl. 38, cuad. 1), se establece que *"El Agente reconoce expresamente que dentro de la oferta de Colombia Telecomunicaciones, determinados productos y servicios pueden requerir verificación previa del suscriptor. En esos casos, Colombia Telecomunicaciones estudiará las ofertas de contrato para la contratación de Productos y Servicios y únicamente las aceptará si las encuentra convenientes, de acuerdo con sus políticas generales, las cuales son de su exclusivo resorte y por consiguiente, de su libre adopción. La aceptación o no de las ofertas será de prerrogativa exclusiva de Colombia Telecomunicaciones quien podrá, por lo tanto, rechazarlas sin necesidad de motivación alguna",* caso este último en el cual *"no se generará ningún derecho a favor del Agente"*.

En cuanto a la promoción de la venta de los productos autorizados, en la cláusula tercera, numeral 3.6. (fl. 38, cuad. 1), se establece que ella se hará *"en los términos y condiciones"* establecidos por Colombia

3.4. La cláusula cuarta (fl. 41, cuad. 1), se ocupa de manera específica de la remuneración que como contraprestación a su actividad deberá ser pagada por Colombia Telecomunicaciones S.A. a su Agente, en este caso, Keops Comunicaciones S.A.S.

A este efecto se pactó por las partes que la remuneración básica *"consistirá en la suma mensual liquidada de conformidad con el Anexo de Remuneración…por las Nuevas Conexiones y/o Transacciones Netas realizadas por el Agente a los Servicios en el respectivo mes"* conforme al procedimiento pactado en el contrato, entendiéndose por transacción *"cualquier evento post venta"* con relación a un cliente determinado. Se agrega que la remuneración básica *"también podrá consistir en un margen de utilidad reconocido al Agente por Colombia Telecomunicaciones liquidados sobre los productos o servicios que así decida comercializar",* comisión que se determinará por las Nuevas Conexiones, con sujeción a lo dispuesto en el numeral 4.3. de la cláusula citada.

Luego de establecer la posibilidad de reconocimiento al Agente de bonificaciones o remuneraciones complementarias y/o adicionales, en el numeral 4.6. de la cláusula que se analiza, se establece que los pagos que deba efectuar Colombia Telecomunicaciones a su Agente, requerirán la presentación de las respectivas facturas, pagos estos que deberán efectuarse dentro de los treinta días siguientes a su correcta presentación.

3.5. En la cláusula quinta del contrato (fl. 44, cuad. 1), se incluye como tal lo que allí se denomina *"Prestación Mercantil Especial"*. A este efecto, el texto de esta cláusula, estipula que *"A la terminación del presente contrato, el Agente tendrá derecho a que Colombia Telecomunicaciones le pague una suma equivalente a la doceava (1/12) parte del promedio de la remuneración recibida en los últimos tres (3) años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere inferior. Esta prestación deberá ser facturada por el Agente y sobre su pago se acusarán las retenciones de impuestos aplicables según la legislación vigente. La Remuneración del Agente se establece en el Anexo de Remuneración de este contrato":*

3.6. La cláusula décima del contrato de agencia comercial que se analiza, se refiere a la terminación del contrato por mutuo acuerdo de las partes contratantes y, en el evento de la ocurrencia de justas causas *"sin necesidad de declaración judicial"*, tanto por iniciativa del Agente, como a solicitud de Colombia Telecomunicaciones, en ambos casos de darse cualquiera de los eventos que el Código de Comercio consagra como justas causas para ello en

dispone que cualquiera de las partes y en cualquier momento podrá dar por terminado el Anexo aludido de forma unilateral y sin que ello genere indemnización alguna a la otra parte, mediante aviso que debe ser comunicado *"cuando menos treinta (30) días de anticipación a la fecha en que se pretenda hacer efectiva la terminación"*.

En la cláusula décima, numeral 10.4., se estipula la terminación unilateral del contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones, la cual deberá realizarse por escrito dirigido al Agente a la dirección que se haya indicado en el contrato o en la Cámara de Comercio, caso en el cual el contrato se dará por terminado en la fecha que indique esa sociedad y *"no antes de dos (2) días después de la fecha de recepción de la citada comunicación"*.

Se dispone en el inciso segundo del numeral mencionado en el párrafo precedente, que si la terminación unilateral del contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones tiene ocurrencia en las causales consagradas en los literales a) y b) del artículo 1325, numeral 1, del Código de Comercio *"incluyendo los eventos previstos en los literales a. a q., ambos inclusive del numeral 10.2."* el Agente pagará a título de pena *"una suma de dinero equivalente a doscientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (250SMLM), sin que en todo caso el monto de la pena exceda los valores pagados al Agente como remuneración hasta la fecha de terminación del contrato, suma que será exigible a partir del día de la terminación unilateral de este contrato, sin necesidad de requerimiento alguno. Las partes convienen, de manera expresa, que la pena acá contemplada no exime al Agente del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni del pago de los perjuicios que Colombia Telecomunicaciones hubiere sufrido como consecuencia de los incumplimientos del Agente. Colombia Telecomunicaciones queda autorizada para deducir de los pagos pendientes al Agente las sumas necesarias para el pago de las penas. Para el pago de éstas, Colombia Telecomunicaciones también podrá hacer efectivas las pólizas pactadas en el contrato"*.

En el numeral 10.5., literales a) a d), de la cláusula décima (fl. 50, cuad.1), se establecen las obligaciones y restricciones al Agente una vez se dé por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial por parte de Colombia Telecomunicaciones.

Por su parte, la misma cláusula décima en el numeral 10.6. dispone lo referente a la liquidación del contrato un vez terminado por cualquier causa, dentro de los cuatro meses siguientes a la terminación y, establece las reglas que han de seguirse para el efectivo cumplimiento de esta obligación de

Agente a juicio de Colombia Telecomunicaciones, esta sociedad podrá ejercer el derecho de retención de *"las sumas de dinero que en ese momento adeude, independientemente de su causa, hasta cuando aquél se allane a cumplir con lo pactado"*.

En el numeral 11.2., incluidos los numerales 11.2.1. a 11.2.3. se consagran las sanciones por incumplimiento en las directrices comerciales así:

- En el evento de nuevas conexiones que puedan constituir irregularidades al contrato, el Agente pagará a Colombia Telecomunicaciones *"a título de sanción"* las sumas que se estipulen en el Anexo se Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones.

- Si el Agente no cumple con el proceso de legalización de las ventas de conformidad con los tiempos definidos para ello en el Anexo aludido en el párrafo precedente, éste se obliga a pagar a Colombia Telecomunicaciones *"a título de sanción contractual las sumas incluidas en dicho Anexo"*.

- De la misma manera el Agente deberá pagar a Colombia Telecomunicaciones, también a título de sanción contractual, *"los valores en los que incurra Colombia Telecomunicaciones por el uso de las herramientas habilitadas de conformidad con el numeral 3.10. cuando se configure el incumplimiento de que trata el literal h del numeral 10.2 del presente contrato.*

En la cláusula décima-primera, numeral 11.3., se establecen las multas que el Agente deberá pagar a Colombia Telecomunicaciones en caso de que ésta sociedad no tome la decisión de dar por terminado el contrato cuando se presente alguno de los incumplimientos relacionados en los literales a. a c., quedando expresamente consagrado que el pago de dichas multas por parte del Agente no lo exime del cumplimiento de las obligaciones a su cargo, ni del pago de los perjuicios que Colombia Telecomunicaciones sufriera por el incumplimiento del Agente.

En el numeral 11.4. de la misma cláusula se dispone que la ausencia de reclamos por el incumplimiento de cualquier disposición del contrato no significa renuncia a los derechos que él mismo confiere, ni significa el otorgamiento de nuevos plazos o autorización para incumplimientos de otras disposiciones.

3.8. La cláusula décimo tercera consagra las disposiciones generales del contrato de agencia comercial entre ellas, en el numeral 13.2. la cláusula

terminación, incluyendo el cobro de sumas de dinero que puedan ser exigibles con base en acciones derivadas de títulos que presten mérito ejecutivo, no pudiendo arreglarse amigablemente entre las partes, será sometida a la decisión de un Tribunal de Arbitramento que funcionará en la ciudad de Bogotá, estará integrado por tres (3) árbitros abogados en Colombia, decidirá en derecho, de conformidad con las leyes colombianas, y que se adelantará de acuerdo con las reglas de la Cámara de Comercio de Bogotá. Los árbitros se designarán por las partes de común acuerdo y a falta de éste, según dispongan las normas vigentes".

3.9. La cláusula décimo cuarta señala cuáles son los Anexos que hacen parte integrante del contrato, y se dispone que el Anexo 4 contiene las *"Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones",* Anexo este que obra a folios 61 a 70 del cuaderno de pruebas No. 1.

*** La terminación unilateral del contrato y las causales invocadas para el efecto.**

1. **Posición de la convocante.**

En la pretensión quinta de su demanda la convocante solicita:

"Que se declare que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. terminó de manera anticipada y sin justa causa el Contrato de Agencia 71.1.0077.2013 el día 2 de agosto de 2013"

Los hechos que se relacionan con dicha pretensión se refieren, de modo principal, a los siguientes:

El 2 de agosto de 2013, Telefónica remitió comunicación a Keops en la que da por terminado el Contrato e invoca *"supuestos incumplimientos"* en relación con los clientes Juan Ciudad (Méderi), Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CPT Médica S.A.

Respecto de los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CTP Médica S.A., Keops aduce que Colombia Telecomunicaciones no solicitó explicaciones previas ni suministró información adicional, por lo cual incumplió el procedimiento contemplado en el Anexo 4 del Contrato.

En cuanto al cliente Méderi, Telefónica *"impuso una multa por $ 180.265.204"* que también usó como argumentación para dar por terminado el contrato, con la cual incumplió la Cláusula 11.2 del Contrato, ya que la

En sus alegaciones finales Keops sostiene que el contrato fue terminado por parte de Telefónica sin que existiera justa causa para hacerlo toda vez que ninguna conducta de Keops corresponde a aquellas tipificadas en el numeral 1 del artículo 1325 del Código de Comercio; Keops no incurrió en ninguna de las conductas establecidas en la Cláusula 10.2 del Contrato; ni tampoco incumplió ninguna obligación contractual; en relación con los clientes Trefilados de Colombia, Cooptraiss y CTP Médica, Telefónica no siguió el procedimiento sancionatorio, amén de que las razones alegadas por esta última no son ciertas.

En relación con el cliente Méderi, Keops sostuvo que no es cierto que haya presentado ofertas que no fueron previamente aprobadas por Colombia Telecomunicaciones.

2. **Posición de la convocada.**

Al contestar la demanda, la convocada se opuso, entre otras, a la pretensión quinta y sostuvo que las graves irregularidades en las que incurrió Keops respecto del cliente Méderi, así como "la conducta contractual irregular y concurrente" de Keops respecto de los otros clientes ya señalados, justificaron la terminación unilateral y anticipada del contrato, conforme a la ley (artículo 1325 del Código de Comercio) y a las disposiciones contractuales (numeral 10.2, Cláusula 10).

Al contestar los hechos que sirven de fundamento a la pretensión bajo examen, la convocada sostuvo que la terminación del contrato se hizo por cuanto Keops incurrió en conductas irregulares en relación con los clientes Méderi, Trefilados de Colombia, Cooptraiss y CTP Médica S.A., comportamientos que constituyen incumplimientos del contrato que, a la vez, invoca en la demanda de reconvención como sustento de sus pretensiones de incumplimiento contractual en contra de Keops.

En cuanto a la penalización impuesta por Colombia Telecomunicaciones, ella obedeció solamente a las irregularidades en las que incurrió Keops respecto del cliente Méderi, mas no respecto de los demás clientes. En relación con ellos Colombia Telecomunicaciones adoptó otro tipo de medidas y decisiones de carácter contractual.

El cúmulo de irregularidades en las que incurrió Keops constituyó para Colombia Telecomunicaciones *"un comportamiento anticontractual"* que condujo a la decisión de terminar el contrato de agencia comercial con justa causa, esto es, conforme al artículo 1325 del Código de Comercio y a la

en el Anexo 4 del Contrato y no constituye una multa impuesta al amparo de la cláusula 11.3 del mismo, que regula situaciones distintas y tiene fórmulas sancionatorias diferentes.

Respecto de esta pretensión y de los hechos que se relacionan con ella, la convocada propuso las excepciones que denominó *"3.14 Justa causa del terminación del contrato"* y *"3.15 Inexistencia de los requisitos para el pago de indemnización equitativa"*. En desarrollo de las mismas, la convocada sostuvo que Keops incurrió en comportamientos irregulares al ofrecer en el mercado bienes y servicios de Colombia Telecomunicaciones en condiciones económicas inferiores a las que fueron autorizadas, lo que afectó gravemente los intereses de la convocada. Así mismo, la convocante incurrió en conductas irregulares, en incumplimientos con los clientes de las condiciones que prometió, en ofrecimientos de dádivas a los suscriptores, todo lo cual constituye justa causa para terminar el contrato de agencia mercantil.

Como consecuencia de lo anterior, la convocada sostuvo que no hay lugar a la indemnización a la que se refiere el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio, en tanto sí existió justa causa para terminar el Contrato. Estos mismos argumentos los reprodujo en sus alegaciones finales.

3. **Análisis del Tribunal.**

3.1. El asunto sometido a decisión del Tribunal en este punto concreto, respecto del cual se acaban de sintetizar las argumentaciones de las partes, consiste en determinar si la decisión de la convocada de terminar de manera unilateral y anticipada el contrato —decisión que fue informada a Keops mediante comunicación de 2 de agosto de 2013— obedeció a una justa causa o por el contrario, como lo sostiene la convocante, los motivos que se invocan en esa decisión no representan una causa que justifique la terminación del Contrato materia de esta disputa.

La determinación que se adopte en torno a esta decisión de la convocada tiene repercusiones respecto de las pretensiones económicas de la convocante, en la medida en que en la demanda se solicita, de manera consecuencial, que se condene a Colombia Telecomunicaciones a pagar la indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio (pretensión undécima) que cuantifica en $ 100.000.000 (numeral 14.6 de la pretensión décima cuarta) y la indemnización de perjuicios (pretensión décima tercera).

3.2. El artículo 1324 del Código de Comercio [illegible]

como retribución a sus esfuerzos por acreditar la marca, la línea de productos o los servicios objeto del contrato. La misma regla se aplicará cuando el agente termine el contrato por justa causa imputable al empresario.

Para la fijación del valor de la indemnización se tendrá en cuenta la extensión, importancia y volumen de los negocios que el agente adelantó en desarrollo del contrato."

Por su parte, el artículo 1325 *ibídem* consagra las justas causas de terminación del contrato de agencia, y en lo que concierne a las que puede invocar el empresario —que es la materia bajo examen— señala:

"Son justas causas para dar por terminado unilateralmente el contrato de agencia comercial:

1. Por parte del empresario:

a) El incumplimiento grave del agente en sus obligaciones estipuladas en el contrato o en la ley;
b) Cualquier acción u omisión del agente que afecte gravemente los intereses del empresario;
c) La quiebra o insolvencia del agente, y
d) La liquidación o terminación de actividades.

(...)"

3.3. El asunto que debe resolver el Tribunal en este punto consiste entonces en determinar si las causas invocadas por Colombia Telecomunicaciones en la comunicación de 2 de agosto de 2013, mediante la cual dio por terminado el Contrato, corresponden o se ajustan a aquellas que la ley estima como justas para ese propósito, si están comprobadas o si por el contrario lo invocado por Colombia Telecomunicaciones no corresponde con dichas causas, caso en el cual, la terminación del contrato habría sido injustificada, como lo sostiene Keops.

Las letras a) y b) que se acaban de transcribir consagran las causas de incumplimiento del contrato de agencia que se invocan con mayor frecuencia por parte del empresario. La primera de ellas se refiere al incumplimiento *grave* de las obligaciones contractuales o legales, por parte del agente, al paso que la letra b se refiere a las acciones y omisiones en que pueda incurrir el agente que afecten —también de manera *grave*— los intereses del empresario.

un incumplimiento o de una afectación del empresario, que el legislador califica de grave.

En reciente laudo arbitral al resolver una pretensión de la misma índole se señaló que:

"Aún admitiendo que estas o algunas otras conductas del agente pudieran ser censurables, resulta evidente que ellas no tenían la gravedad necesaria para justificar la terminación intempestiva y unilateral del contrato de agencia y esta circunstancia es suficiente para que el Tribunal concluya que al no existir la prueba plena del 'incumplimiento grave del agente', deba darse prosperidad la Primera Pretensión de la demanda de EXICOM".[1]

La doctrina también ha sostenido que:

"Los literales a. y b. de cada uno de los numerales transcritos, enmarcan el criterio básico para calificar la justificación en la terminación del contrato. Aunque la ley habla de incumplimiento grave del agente, y de incumplimiento, a secas, del empresario, creemos que en uno y otro caso –y sobre todo en el segundo- no se trata de cualquier incumplimiento, acción u omisión de una de las partes en perjuicio de la otra. Se trata de incumplimiento, acción u omisión que sean de gravedad o magnitud tal que hagan mérito para una manifestación de voluntad de tanta trascendencia"[2].

En el mismo sentido, el artículo 7.3.1. de los Principios de Unidroit, consagra el derecho de una parte a resolver el contrato si la falta de cumplimiento de una de las obligaciones de la otra parte "constituye incumplimiento esencial". A continuación, la misma norma señala los criterios para determinar si el incumplimiento resulta esencial, para lo cual, se tendrá en cuenta, en particular, si:

a) el incumplimiento priva sustancialmente a la parte perjudicada de lo que tenía derecho a esperar, a menos que la otra parte no hubiera previsto ni podido prever razonablemente ese resultado;
b) la ejecución estricta de la prestación insatisfecha era esencial según el contrato;
c) el incumplimiento fue intencional o temerario;
d) el incumplimiento da a la parte perjudicada razones para desconfiar de que la otra cumplirá en el futuro;
e) la resolución del contrato hará sufrir a la parte incumplidora una pérdida desproporcionada como consecuencia de su preparación o incumplimiento.

En consecuencia, lo que los principios de Unidroit consagran en materia de resolución de contrato —lo que para el caso concreto se podría asemejar a la terminación del negocio jurídico— no es cualquier incumplimiento, sino que este es calificado, vale decir, esencial, consideración que, dicho sea de paso, es la misma que tiene establecida la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia en relación con el incumplimiento resolutorio.

La decisión de terminar el contrato está contenida en la comunicación con referencia 1167SDAOOG-0069 de 2 de agosto de 2013, suscrita por la representante legal de Colombia Telecomunicaciones[3]. Corresponde entonces analizar esta expresión de voluntad para determinar los motivos invocados por ella como causales de terminación, asunto que necesariamente deberá hacerse con referencia también al texto contractual que regula las causales y condiciones de terminación del negocio jurídico (Cláusula Décima), como a continuación se procede.

3.4. En torno a las disposiciones contractuales que ahora se analizan, se tiene que la cláusula tercera del contrato de agencia, consagra de manera exhaustiva y detallada las obligaciones del agente, entre las cuales, para los efectos de la controversia sometida a este arbitraje, resulta pertinente poner en relieve, las siguientes, en la medida en que conciernen a la actividad misma del agente y se refieren, de alguna manera, a conductas como las que se han relacionado en los autos, o las que se le imputan a Keops.

La cláusula tercera del contrato, bajo el numeral 3.1. describe las obligaciones del agente, que califica como *"Máxima diligencia"*[4]. Bajo dicho acápite, el agente se obligó a emplear la máxima diligencia y el mayor esfuerzo para el cumplimiento del encargo que se le confirió en el negocio jurídico, con observancia de las directrices y políticas comerciales de Colombia Telecomunicaciones, para lo cual se comprometió a actuar "con observancia estricta de las prácticas comerciales éticas y legales". A continuación, la cláusula relaciona las prácticas que se consideran contrarias a la ética comercial, entre las que el Tribunal destaca, por ser pertinentes para el asunto bajo examen, las siguientes:

- Instigar a un suscriptor a poner fin a su contrato de servicio, sea o no para suscribir después un nuevo contrato por medio del mismo agente o de un tercero.
- Ofrecer servicios no autorizados por Colombia Telecomunicaciones.
- Presentar a los clientes ofertas no existentes, no vigentes o no autorizadas por Colombia Telecomunicaciones.

- Recibir pagos a nombre de Colombia Telecomunicaciones sin autorización.
- Cualquier acto unilateral o acuerdos para la venta o reventa de productos y servicios de Colombia Telecomunicaciones a un valor diferente al señalado por esta última.

3.5. Por otra parte, el contrato regula la terminación del mismo, por iniciativa de cada una de las partes, en la cláusula décima[5] y, en lo que resulta pertinente para el punto bajo examen, dispone lo siguiente:

Las partes pactaron el derecho a dar por terminado el contrato por mutuo acuerdo y además, *"cada una de las partes podrá poner término a este contrato por cualquiera de las siguientes justas causas (sin necesidad de declaración judicial)"*. En esta estipulación, se convinieron los motivos, las circunstancias o situaciones que las partes estimaron como *'justas causas'* para dar por terminado el contrato en forma unilateral, siendo tales causas, de variada naturaleza y distintas según la parte que la invoque.

Así por ejemplo, para el evento en que el contrato se termine de manera unilateral *'Por iniciativa de Colombia Telecomunicaciones'*, la cláusula remite, en primer lugar, a cualquiera de *"los eventos establecidos como justas causas"* en el artículo 1325 del Código de Comercio, ya transcrito en forma parcial. En adición, las partes acordaron que *"constituyen un grave e injustificado incumplimiento de las obligaciones"* del agente, cualquiera de las situaciones que se indican a continuación en la misma cláusula, *"las que por consiguiente constituyen justa causa para dar por terminado este contrato"*.

Entre las conductas o situaciones incorporadas en dicha cláusula, resultan pertinentes para la materia que se examina, los siguientes:

- b. Cuando el agente utilice medios ilegales para la ejecución del contrato o cuando haya dado o prometido a un suscriptor o empleado de Colombia Telecomunicaciones o a un tercero, alguna suma de dinero o beneficios indebidos.
- g. Cuando el agente incurra en irregularidades en Nuevas Conexiones y/o transacciones y/o operaciones comerciales, o incumpla los criterios de la calidad de las ventas y/o posventa, tal y como se define en el contrato y en el Anexo de Políticas de Prevención de irregularidades y penalizaciones.
- p. Cuando el agente o cualquiera de sus dependientes venda o pretenda vender un producto o servicio a un precio superior o inferior al señalado

3.6. **Los causas invocadas para la terminación.**

3.6.1. Precisado como ha quedado el marco jurídico contractual relativo a las obligaciones del agente y a la terminación unilateral del contrato, conviene revisar la comunicación de terminación unilateral, bajo la óptica de las disposiciones contractuales reseñadas, con el objeto de determinar si las causas que invocó Colombia Telecomunicaciones corresponden con las que la ley y el contrato consideran como justificadas para terminar la relación contractual por parte del empresario, vale decir Colombia Telecomunicaciones.

La decisión de terminar el contrato de manera unilateral se fundamenta, según la propia comunicación de la convocada de 2 de agosto de 2013, en los numerales 10.2, 10.3, 10.4 y 10.5 del negocio jurídico, que como quedó precisado, están contenidos en la cláusula décima que regula su terminación unilateral por cada una de las partes. Así mismo, Colombia Telecomunicaciones invocó los siguientes hechos, entre los motivos para terminar el contrato:

1. El grave incumplimiento de las obligaciones a cargo de Keops, *"derivado de las irregularidades"* en las ventas al cliente Méderi.

2. Haber incurrido el agente en incumplimientos graves en relación con los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss, CTP Médica S.A.

La conducta de Keops que se describe en dicha comunicación, a juicio de Colombia Telecomunicaciones, le afecta en forma grave sus intereses e implica un incumplimiento reiterado y grave de las principales obligaciones del agente, en particular, la máxima diligencia y esfuerzo para el cumplimiento del encargo conferido, bajo las directrices y políticas del empresario.

Por otra parte, Colombia Telecomunicaciones invocó que Keops incumplió el deber de suministrar a los clientes referenciados, *"únicamente las características exactas"* de los productos y servicios, conforme a las condiciones comunicadas y autorizadas por aquella, lo cual constituye también un incumplimiento del Contrato.

3.6.2. En relación con el cliente **Méderi**, en el expediente consta que después de surtir el trámite de modulación de la oferta a través de la herramienta Koral, Keops remitió a dicho cliente una oferta comercial distinta a la que fue aprobada por Colombia Telecomunicaciones. La oferta que le envió Keops al

condiciones específicas de la propuesta que había aprobado Colombia Telecomunicaciones, en particular en lo que se refiere a la activación de líneas con equipos traídos y a la activación mínima de líneas conforme a los documentos que dan constancia de dicha oferta[6].

En efecto, mediante correo electrónico cuya copia obra a folio 442 del Cuaderno de Pruebas No. 2, Keops solicitó modulación del negocio correspondiente a Méderi, consistente en 519 líneas con planes de voz, 219 con servicios suplementarios. Dicho negocio fue autorizado por Colombia Telecomunicaciones mediante correo electrónico cuya copia obra a folios 444 a 446 del Cuaderno de Pruebas No. 2, bajo el ID Oferta número 12466[7]. En la copia de dicho documento que obra a folio 742 del Cuaderno de Pruebas No. 3 consta la referencia a las líneas traídas. Por su parte, Keops no informó al cliente Méderi que el beneficio de equipos a cero pesos y los descuentos ofrecidos se otorgaban por la activación de 519 líneas, conforme se había establecido en la referida modulación. De esta suerte, la falta en la que incurrió Keops fue no haber informado a Méderi el compromiso que este debía asumir de activar líneas con equipos traídos.

Conductas de esta misma índole también fueron materia de una comunicación que había sido remitida por Colombia Telecomunicaciones a Keops con anterioridad, esto es el 11 de julio de 2013[8], cuya referencia es *"Irregularidades en las Ventas"* respecto del cliente Méderi, en la que se relacionan conductas de Keops que la convocada considera que corresponden a aquellas proscritas en el Anexo No 4 del Contrato, relativo a Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones. En dicho documento, Colombia Telecomunicaciones le comunicó a Keops que el cliente Méderi le informó que no tenía conocimiento de la existencia del compromiso de adquirir un número mínimo de líneas con equipo traído, como condición para acceder al descuento en los equipos entregados a cero pesos. Como consecuencia, Colombia Telecomunicaciones manifestó que "las irregularidades encontradas pueden dar lugar a la penalización del 100% del valor de los Terminales vendidos con el cien por ciento del subsidio" y le anuncia que tales hechos pueden dar lugar a la terminación del contrato de agencia.

Como respuesta a dicha comunicación, Keops remitió el 18 de julio de 2013 la que obra a folio 108 del Cuaderno de Pruebas No. 2 en la que manifestó no

---

[6] Vd. Correo electrónico de 11 de marzo de 2013 con el correspondiente anexo, que obran a folios 448 y 449 del Cuaderno de Pruebas No. 2 y el correo electrónico de 10 de mayo de 2013, folio 451 *ibídem*, así como el documento anexo que contiene la

aceptar las posibles sanciones anunciadas por Colombia Telecomunicaciones, en la medida en que, a su juicio, actuó siempre conforme a las políticas y procedimientos trazados por esta última y que la oferta que se presentó a Méderi fue aprobada por Colombia Telecomunicaciones. Sin embargo, revisado el contenido de dicha comunicación en la que Keops se refiere a los cargos que le formuló Colombia Telecomunicaciones, ni al cabo del desarrollo probatorio de este arbitraje, no se encuentra que el agente haya desvirtuado la principal acusación que le hizo la convocada, vale decir, que la oferta que le formuló a Méderi no corresponde a la que había sido aprobada por Colombia Telecomunicaciones. La defensa del agente en su respuesta se limitó a reiterar que la oferta fue autorizada por aquella y que no está en contra de las políticas y recomendaciones del contrato de agencia, por lo que no constituye incumplimiento del mismo, pero sin que haya aportado pruebas de que la tantas veces citada oferta correspondía íntegramente a la que fue aprobada por Colombia Telecomunicaciones. Por el contrario, en el documento que contiene la Propuesta Movistar Mayo, colaboradores de Méderi (folios 452 a 461 Cuaderno de Pruebas No. 2) que fue remitida por Keops al cliente, no se encuentra que el agente le haya informado acerca del compromiso a cargo de Méderi de adquirir un número mínimo de líneas con equipo traído, como condición para acceder al descuento en los equipos entregados a cero pesos. En suma, respecto de la comunicación de 18 de julio de 2013 extendida por Keops, no se encuentra que el agente haya desvirtuado con elementos de prueba los cargos que le formuló Colombia Telecomunicaciones mediante comunicación de 11 de julio de 2013 y, en particular, haya acreditado que la oferta que le envió a Méderi correspondía exactamente con aquella que fue modulada y aprobada por la convocada.

Como consecuencia de lo anterior, mediante comunicación con fecha 25 de julio de 2013 cuya copia obra a folio 120 del Cuaderno de Pruebas No. 1, Colombia Telecomunicaciones reiteró a Keops que su comportamiento afecta en forma grave sus intereses y que constituye incumplimiento de la obligación de actuar con máxima diligencia y con observancia estricta de las directrices y políticas comerciales de la convocada. Así mismo, le increpó por contravenir el Anexo de Prevención de irregularidades en las ventas, con fundamento en el cual *"se ha procedido a aplicar la penalización comunicada"*.

En relación con esta comunicación mediante la cual Colombia Telecomunicaciones decidió aplicar la penalización que se informa, se encuentra en primer lugar que en estricto rigor no hubo una verdadera *'aplicación de penalización'* sino que la convocada había anunciado que los hechos relacionados en la comunicación de 11 de julio de 2013, "pueden dar lugar" a la sanción prevista en el Anexo No. 4 del Contrato, relativo a Políticas

Telecomunicaciones manifestó que procedió a aplicar la penalización comunicada.

En segundo término, del contenido de dicha comunicación se encuentra que la sanción que en ella se aplica se refiere a las irregularidades relacionadas con el cliente Méderi únicamente, y no con aquellas en las que pudo incurrir el agente respecto de otros clientes. Por consiguiente, no se encuentra fundamento a lo que señala la demanda respecto de que Colombia Telecomunicaciones no solicitó explicaciones previas, ni suministró información adicional respecto de los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CTP Médica S.A., por lo cual ―según la demanda― incumplió el procedimiento contemplado en el Anexo 4 del Contrato. En relación con los clientes que se acaban de indicar, en la comunicación de 25 de julio de 2014 no se impuso sanción a Keops, ni penalización con arreglo al Anexo No. 4 del contrato, razón por la cual no hubo incumplimiento del procedimiento sancionatorio por parte de la convocada, en lo que atañe a esos tres clientes.

En cuanto a Méderi, el Anexo No. 4 dispone que *"Las penalizaciones se aplican según las líneas de tiempo, criterios y valores definidos para cada causal, y una vez surtido el procedimiento de objeciones definido en la cláusula sexta del presente anexo"*[10]. A su vez la cláusula sexta, regula el trámite de objeciones a penalizaciones y dispone que el agente *"tendrá la oportunidad de presentar las pruebas necesarias para evitar la penalización y el descuento dentro de los quince (15) días hábiles siguientes a la publicación y/o envío de la misma"*[11]. Como quedó reseñado líneas atrás, en el presente caso Colombia Telecomunicaciones informó, en un primer momento, acerca de las irregularidades que había detectado en relación con el cliente Méderi, mediante comunicación de 11 de julio de 2013. En respuesta a dicho escrito, Keops presentó sus descargos mediante comunicación de 18 de julio de 2013 y, posteriormente, la convocada decidió imponer la sanción mediante comunicación de 25 de julio siguiente.

Puestas así las cosas, el Tribunal considera que en relación con el cliente Méderi, Colombia Telecomunicaciones dio cumplimiento al procedimiento sancionatorio acordado por las partes, que le permitió al agente rendir descargos y aportar las pruebas que estimara conducentes *"para evitar la penalización"*.

Ahora bien, en relación con los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CTP Médica S.A., mediante la comunicación de 25 de julio de 2013 no se impuso sanción alguna por el manejo de tales clientes, de suerte

Por otra parte, el examen de las pruebas reseñadas en este acápite permiten concluir que en relación con el cliente Méderi, Keops faltó al deber de actuar con máxima diligencia y con apego estricto a las prácticas comerciales y legales, y tampoco acreditó haber hecho su mayor esfuerzo para cumplir el encargo que se le confirió, con observancia de las directrices y políticas comerciales de Colombia Telecomunicaciones, con lo cual no satisfizo con la carga legal de demostrar su diligencia. En efecto, haber formulado al cliente una oferta, cuando menos, incompleta y por lo tanto distinta a la que había sido autorizada o modulada por Colombia Telecomunicaciones, resulta una conducta que se aparta de la máxima diligencia y sobre todo, de las directrices y políticas del empresario, para quien las ofertas que aprobara debían comunicarse o transmitirse al cliente en los mismos términos que habían sido autorizados. Lo anterior cobra mayor relevancia y no puede estimarse como una *'simple irregularidad'*, si se tiene en cuenta que la omisión del agente o la alteración que este le hizo a la oferta, afectó el resultado financiero del negocio con Méderi, en tanto el equilibrio económico del mismo se había calculado sobre la base de que se activarían 519 líneas, de las cuales el cliente debía activar 408 con equipos traídos y Colombia Telecomunicaciones entregaría 111 con equipos a cero pesos. Como quedó demostrado, esta circunstancia no le fue informada al cliente por parte de Keops, conducta que corresponde a la presentación a un cliente de *"ofertas no existentes, no vigentes o no autorizadas por Colombia Telecomunicaciones"*, de conformidad con el catálogo de prácticas contrarias a la ética comercial, estipulado por las partes en la Cláusula 3.1 del Contrato.

Puestas así las cosas, la conducta de Keops respecto de Méderi constituye un incumplimiento de sus obligaciones surgidas del contrato de agencia y, en los términos y definiciones de la letra g. de la cláusula 10.2 del negocio jurídico, haber comunicado al cliente una oferta diferente a la que fue aprobada por Colombia Telecomunicaciones constituye una irregularidad en nuevas conexiones y/o transacciones y/u operaciones comerciales amén de un incumplimiento de los criterios de calidad de ventas y/o posventas, a los que el agente estaba obligado por fuerza de la Cláusula 3 varias veces referida.

3.6.3. En cuanto al cliente **Trefilados de Colombia**, Keops modificó la cláusula de permanencia del contrato mediante el cambio del número 12 correspondiente al tiempo de permanencia del cliente en el contrato suscrito, por el 18, con lo cual se extendió dicho lapso en seis meses, en perjuicio del cliente, que después formuló queja ante Colombia Telecomunicaciones. La ocurrencia de dicha alteración fue reconocida en el informe de fraudes que fue aportado por la propia Keops con la demanda y que fue elaborado por Jorge

Por consiguiente, en relación con este cliente, la conducta de Keops corresponde con una de aquellas que las partes estipularon en la cláusula tercera como contrarias a la ética comercial, esto es, *"Adulterar o modificar la información o documentación de los clientes que se presentan a Colombia Telecomunicaciones"*.

3.6.4. En cuanto al cliente **Cooptraiss**, se tiene que Keops le ofreció descuentos que no habían sido autorizados por Colombia Telecomunicaciones amén de que uno de los ejecutivos vinculados al agente le ofreció también devolverle $ 10 000 por cada línea que fuera activada, una vez se pagara la comisión correspondiente. Dichas irregularidades fueron advertidas por Colombia Telecomunicaciones a Keops mediante comunicación de 16 de julio de 2013 que obra a folio 547 del Cuaderno de Pruebas No. 2 (sin firma). La misma circunstancia se corrobora con la oferta remitida por Marcela Latorre a Cooptraiss con fecha 19 de junio de 2013[12] en la que consta el 'retorno' de $ 10 000.

Con esta conducta, Keops incurrió en la prohibición a la que se refiere la letra b de la Cláusula 10.2 del Contrato, esto es cuando el agente haya dado o prometido a un suscriptor o a un tercero, alguna suma de dinero o beneficios indebidos, en este caso, con el fin de incentivar la suscripción del plan que se ofrecía a la mencionada Cooperativa.

3.6.5. Por último, en relación con **CTP Médica S.A.**, Keops le contactó a través de cuentas de correo electrónico en las que incluyó el nombre de Telefónica, sin haber sido autorizada por Colombia Telecomunicaciones, para esos efectos[13]. De igual manera, el mismo cliente, el 4 de julio de 2013 radicó queja en Colombia Telecomunicaciones sobre el manejo descuidado y deficiente de su cuenta[14].

Si bien esta conducta no reviste la gravedad que sí tienen las otras actuaciones de Keops con otros clientes, que se han analizado líneas atrás, representa una irregularidad más en la que incurrió el agente, a quien Colombia Telecomunicaciones había amonestado con anterioridad por su comportamiento.

El análisis de la conducta de Keops en su relación con los clientes que se han reseñado en este acápite riñe con los principios de probidad, corrección y rectitud que se deben las partes en un contrato como el que las ataba, reconocido por la jurisprudencia como de interés común y cuya ejecución debe ceñirse a los más caros postulados de honestidad y de respeto de los intereses de la otra parte del contrato, como ha sido destacado en laudos

Así por ejemplo, se ha sostenido con especial énfasis respecto de la agencia mercantil que:

"Significa lo anterior, poniéndolo en otros términos, que en la clase de acuerdos comerciales de colaboración entre empresarios a la que pertenece el que celebraron las entidades compromitentes en el presente caso, sobresale la exigencia de estricta honestidad contractual expresada principalmente en los deberes específicos de prudencia y de protección que, contra lo que suelen afirmar los impertérritos defensores de la llamada "seguridad en los intercambios", muy lejos están de quedarse en apacibles anhelos decimonónicos hoy por hoy, en las relaciones propias de la moderna "sociedad de mercado", desprovistos de verdadero valor jurídico, deberes en virtud de los cuales pesa sobre aquellos empresarios la obligación de actuar con cuidado, cautela y responsabilidad durante toda la vigencia del contrato, preocupándose cada uno por el otro quien habrá de ayudarlo a alcanzar sus objetivos y, por eso, no le pueden ser indiferentes sus legítimos intereses, de tal suerte que indefectiblemente le corresponde realizar lealmente un esfuerzo diligente en orden a evitar ocasionarle daños patrimoniales al otro contratante, lo que por supuesto excluye la intención originaria o sobreviniente, para el efecto da igual, de obtener a costa del último ventajas ocultas"[15].

3.7. En conclusión, conforme a lo expuesto en este acápite y con arreglo al artículo 1325, numeral 1 del Código de Comercio, la conducta de Keops en lo que concierne a los incumplimientos contractuales y las irregularidades en las que incurrió respecto de los clientes Méderi, Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss y CTP Médica S.A. constituyen, en conjunto, incumplimientos graves por parte del agente de algunas de sus obligaciones estipuladas en el contrato y, por consiguiente, su relevancia e incidencia en la ejecución contractual llevan a concluir que Colombia Telecomunicaciones tuvo justa causa al terminar en forma unilateral el contrato de agencia número 71.1.0077.2013.

Por las consideraciones expuestas, el Tribunal declarará que no prospera la pretensión quinta de la demanda de Keops y le reconocerá fundamento a las excepciones de Colombia Telecomunicaciones rotuladas *"3.14 Justa causa del terminación del contrato"* y *"3.15 Inexistencia de los requisitos para el pago de indemnización equitativa"*. En forma consecuencial, se negará la pretensión undécima de la demanda cuyo objeto es el pago de la indemnización consagrada en el inciso segundo del artículo 1324 del Código de Comercio (pretensión undécima y numeral 14.6 de la pretensión décima

De igual manera y, dentro de este contexto, se le reconocerá fundamento parcial a la excepción 3.2 de Colombia Telecomunicaciones S.A. denominada *"El demandante no es contratante cumplido"*.

*** El artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio. La prestación mercantil especial pactada en el contrato y la posición de las partes.**

1. El artículo 1324 del Código de Comercio establece unas consecuencias económicas que se derivan de la terminación del contrato de agencia mercantil, a este efecto, en su inciso primero, preceptúa que cuando ésta se lleva a efecto *"el agente tendrá derecho a que el empresario le pague una suma equivalente a la doceava parte del promedio de la comisión, regalía o utilidad recibida en los tres últimos años, por cada uno de vigencia del contrato, o al promedio de todo lo recibido, si el tiempo del contrato fuere menor"*.

2. En torno a esta norma luego de nueve años de vigencia del Código de Comercio la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 2 de diciembre de 1980 señaló que esta prestación *"es irrenunciable antes de celebrarse el contrato o durante su ejecución, pero una vez este haya terminado por cualquier causa, es decir, cuando queda incorporado ciertamente al patrimonio del agente comercial ese derecho crediticio a la prestación, entonces no se ve motivo alguno para que en tales circunstancias no pueda renunciarlo y tenga que hacerlo efectivo necesariamente. Si esta prestación es un derecho disponible una vez terminado el contrato, resulta evidente que para concederlo judicialmente es menester que el acreedor así lo solicite, pues mientras no especifique solicitud al respecto, el juez no puede hacer esa condenación"*.

Esa posición jurisprudencial de la Corte Suprema de Justicia se encuentra en la misma línea de pensamiento de algunos doctrinantes que consideran que se trata de una prestación de orden público, pues con ella se quiso amparar el trabajo realizado por el agente comercial, consideración esta que llevó a que en el mundo del foro se le diera la denominación de *"cesantía comercial"* para asimilarla con esta prestación social en el derecho laboral.

3. En el contrato de agencia mercantil que dio origen a este proceso arbitral expresamente la cláusula quinta (fl. 44, cuad. de pruebas No. 1) establece lo que sigue:

"Prestación mercantil especial. A la terminación del presente contrato, el agente tendrá derecho a que Colombia Telecomunicaciones le pague una

Como se ve, el contenido normativo que vincula a las partes por su propia decisión en la cláusula quinta contractual acabada de transcribir coincide con lo dispuesto por el artículo 1324, inciso primero del Código de Comercio. Es decir que además de la norma de orden legal, lo dispuesto en ella fue objeto de manifestación expresa de la voluntad de los contratantes que, así, decidieron incorporarlo al contrato.

3. Examinada la demanda inicial se observa que en el hecho número 29 (fl. 4, cuad. principal), se asevera por la demandante que *"Telefónica debe a Keops la suma de $91.975.744 por cesantía comercial causada entre el 1 de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013";* y luego, en la décimo-cuarta de sus pretensiones, numeral 14.1. se impetra que se le ordene a la demandada inicial el pago dentro de los diez días siguientes a la ejecutoria del laudo de esa suma de dinero y por ese concepto.

4. La sociedad demandada en la contestación a la demanda con la cual se inició este proceso, en relación con el hecho 29 lo respondió aceptando como cierto que *"la liquidación de la cesantía comercial por el período descrito correspondía a la suma de $91.975.744"* pero agrega que si bien es ese el valor de la *"cesantía comercial antes de impuestos",* de ellos debe descontarse el impuesto de industria y comercio ICA y la retención en la fuente, por lo que queda reducida a la suma de $87.868.107 (fl. 274, cuad. principal No. 1).

5. Como se observa, las dos partes aceptan tanto el hecho en que se funda como la cuantía de lo que el contrato denomina en su cláusula quinta *"Prestación mercantil especial"*, e incluso que de ella deben descontarse *"las retenciones de impuestos aplicables según la legislación vigente"* con la aclaración que para su liquidación se hace en la contestación de la demanda para descontar de el valor mutuamente aceptado lo que corresponde a los impuestos mencionados.

6. Siendo ello así, se impone entonces declarar la prosperidad de la pretensión décima de la demanda inicial, por mutua aceptación de las partes sobre su existencia, por su carácter de irrenunciable conforme a lo dispuesto por el artículo 1324, inciso primero, del Código de Comercio y por su inclusión expresa en el contrato, por haberlo así pactado las partes en ejercicio de la autonomía de la voluntad.

La pretensión segunda de la demanda.

De conformidad con los hechos de la demanda y la concreción hecha por la convocante en sus alegaciones finales, esta pretensión está encaminada a que se declare que Colombia Telecomunicaciones no pagó las facturas números 5141, 5147 y 5155 emitidas por Keops, a cargo de la convocada.

De acuerdo con las verificaciones hechas por el perito contable designado por el Tribunal, las facturas 5141 y 5142 cuyo valor total ascendía a $ 183.665. 357 *"fueron aplicados en su totalidad por parte de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES, según se desprende de los cruces de cuentas del 'CANAL AGENTE' suministrados por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES como abono a los siguientes rubros: (...)"*[16]. El total de descuentos calculado por el perito es de $ 185 564 457.

En relación con las facturas 5147 y 5148 cuyo monto total según el peritaje ascendía a $ 145 972 893 fueron también objeto de descuentos por valor $ 30. 605.945, de modo que el saldo, esto es la suma $ 115 366 948 *"fue girado a Keops Comunicaciones el día 12 de agosto de 2013"*. Concluye el perito que *"Las demás facturas relacionadas en la tabla fueron canceladas en su totalidad por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES"*[17].

Al rendir las aclaraciones que sobre este punto se le formularon, el experto precisó que las expresiones relativas a los descuentos, abonos, cruces de cuentas (…) utilizadas en el peritaje se referían a abonos y descuentos registrados en la contabilidad de las partes, sin que tales conceptos se extiendan o correspondan a una *compensación* jurídica, en los términos del artículo 1714 del Código Civil. Al responder la aclaración número 28 el perito dictaminó que *"Los cruces, abonos y descuentos mencionados en el dictamen pericial hacen referencia a las facturas 5141, 5142, 5147 y 5148 tal como se observa en la respuesta a las preguntas 4, 5, y 6, los mencionados abonos o descuentos fueron registrados el 31 de julio de 2013"*[18].

Puestas así las cosas, el Tribunal encuentra que conforme a lo dictaminado en el peritaje, una parte del valor de las facturas respecto de las cuales la convocante pretende que se declare que la convocada *"incumplió reiteradamente la obligación de pagar la remuneración del agente"* fue objeto de descuento por parte de Colombia Telecomunicaciones en la medida en que existían rubros o conceptos pendientes de pago a cargo de Keops y, otra parte, fue pagada por la convocada. Por consiguiente, se declarará que no prospera la pretensión segunda de la demanda de Keops y, en armonía con dicha decisión, y dentro del marco de la pretensión que se examina se le reconocerá fundamento a las excepciones 3.4. rotulada *"Existencia de condiciones de cumplimiento para el pago de facturas"* y a la 3.5. *"Excepción*

La pretensión cuarta de la demanda.

Con esta pretensión, la convocante solicita que se declare que Colombia Telecomunicaciones incumplió la cláusula 11.3 del Contrato de Agencia Comercial *"al imponer una multa que no era viable legal ni contractualmente"*.

La cláusula décima primera regula lo relativo al incumplimiento del contrato y en particular, bajo el numeral 11.3 que se invoca en la pretensión, se estipulan las multas que debería pagar el Agente, en el caso en que Colombia Telecomunicaciones no tome la determinación de dar por terminado el contrato, siempre que se presente cualquiera de los incumplimientos estipulados en dicha cláusula, los cuales están referidos a la estipulación 10.2, que consagra las causales de terminación por justa causa que puede invocar el empresario.

Como quedó analizado *in extenso* en otro acápite de esta providencia, la decisión de terminar el contrato de manera unilateral por parte de la convocada se fundamenta, según la comunicación de Colombia Telecomunicaciones de 2 de agosto de 2013, en los numerales 10.2, 10.3, 10.4 y 10.5 del Contrato, que están contenidos en la cláusula décima que regula su terminación unilateral por cada una de las partes. Así mismo, Colombia Telecomunicaciones invocó los siguientes hechos, entre los motivos para terminar el contrato:

1. El grave incumplimiento de las obligaciones a cargo de Keops, *"derivado de las irregularidades"* en las ventas al cliente Méderi.

2. Haber incurrido el agente en incumplimientos graves en relación con los clientes Trefilados de Colombia S.A., Cooptraiss, CTP Médica S.A.

Como consecuencia de las irregularidades descritas, mediante comunicación con fecha 25 de julio de 2013 cuya copia obra a folio 120 del Cuaderno de Pruebas No. 1, Colombia Telecomunicaciones reiteró a Keops que su comportamiento afecta en forma grave sus intereses y que constituye incumplimiento de la obligación de actuar con máxima diligencia y con observancia estricta de sus directrices y políticas comerciales. Por consiguiente, por contravenir el Anexo de Prevención de irregularidades en las ventas, *"se ha procedido a aplicar la penalización comunicada"*.

A partir de las comunicaciones a las que se ha hecho referencia y respecto de

incumplimiento deprecado en la pretensión cuarta de la demanda toda vez que, como quedó expuesto, Colombia Telecomunicaciones no acudió a la cláusula 11.3 para imponer una multa a Keops, estipulación que ―se insiste― descansa sobre la base que el empresario decida permanecer en el contrato, cosa que no ocurrió en este caso pues, como quedó demostrado, la determinación de Colombia Telecomunicaciones en relación con el contrato celebrado con Keops fue de terminarlo de manera unilateral.

Por las razones expuestas, se declarará que no prospera la pretensión cuarta de la demanda y se le reconocerá fundamento a las excepciones 3.10. *"Inexistencia de multa aplicada en el contrato"* y 3.7. *"Contrato es ley para las partes – aplicación de penalización"* propuesta por Colombia Telecomunicaciones. En cuanto a la excepción 3.8. rotulada *"Inexistencia de pretensión de nulidad de la cláusula de penalizaciones"*, que la convocada propone *"en adición al medio exceptivo anterior"*, el Tribunal estima que no hay lugar a hacer pronunciamiento de fondo sobre dicha defensa en tanto, como lo reconoce la propia convocada, no existe una pretensión de nulidad de la cláusula de penalizaciones y, por consiguiente, no hay mérito para resolver sobre dicho medio exceptivo.

Pretensión sexta de la demanda.

Con la pretensión sexta, la convocante solicita que se declare que Colombia Telecomunicaciones incumplió la Cláusula 10.6 del Contrato de Agencia Comercial. Keops hace consistir dicho incumplimiento en el hecho que, a su juicio, la convocada no ha liquidado el Contrato después de haberlo terminado y le adeuda el valor que resulta de dicha liquidación.

En relación con esta súplica, el Tribunal encuentra que la cláusula 10.6 ―que se encuentra en el acápite que regula la terminación del contrato― cuyo incumplimiento depreca la convocante, dispone que una vez terminado el contrato, por cualquier causa, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de terminación, *"se dejará constancia de la liquidación de las prestaciones recíprocas de las Partes que no hayan sido liquidadas y pagadas"* y, en seguida, la misma disposición contempla los criterios que han de tenerse en cuenta para efectuar esa liquidación.

Si bien la estipulación referida no goza de la claridad y la precisión que una cláusula de esta índole debería tener pues ella utiliza la expresión *"se dejará constancia"*, analizada en conjunto y conforme a la intención de las partes, de ella no puede derivarse una prestación a cargo de una sola de las partes, sino

liquidación de modo unilateral, vale decir, sin el concurso de la otra, en particular del agente.

En el expediente obra copia de la comunicación con referencia 1167SDAOOG-00069 de 2 de agosto de 2013[19], remitida por la representante legal de Colombia Telecomunicaciones a Keops en la que le notifica la decisión de terminar en forma unilateral el contrato por los motivos que ya se han examinado en esta providencia y le anuncia que como consecuencia de dicha decisión se procederá a *"realizar la liquidación de las mutuas prestaciones derivadas del contrato"*.

Como documento anexo 30 de la demanda, Keops aportó un Acta de Liquidación del Contrato de Agencia Comercial[20] que según la propia demanda fue preparado por Colombia Telecomunicaciones y remitido a Keops para su aprobación y firma. Dicho documento no se encuentra suscrito por ninguna de las partes, ni existe prueba en el expediente de que el contrato se haya liquidado con posterioridad a la terminación. De esta suerte, no existe constancia de aprobación o acuerdo de las partes respecto del contenido y del finiquito que se proponía en el proyecto de acta de liquidación. Sin embargo, lo que sí demuestra este hecho es que Colombia Telecomunicaciones elaboró un proyecto de liquidación que le remitió a Keops para su aprobación y firma, pero respecto del cual el agente no estuvo de acuerdo y rehusó suscribirlo por discrepar con el contenido y seguramente con el monto que arrojaba dicho proyecto de liquidación.

Puestas así las cosas, el Tribunal no encuentra que Colombia Telecomunicaciones haya incumplido la cláusula 10.6, como lo sostiene la convocante, en la medida en que conforme a las pruebas referidas, no bien terminó el Contrato de manera unilateral, elaboró un proyecto de acta de liquidación que le remitió a Keops para su aprobación y firma, lo que a la postre no ocurrió por parte del agente, quien de manera voluntaria y legítima se abstuvo de dar su aprobación a dicho proyecto. Así las cosas, al no encontrarse acreditado el incumplimiento que bajo esta pretensión solicita la convocante, se declarará que no prospera la pretensión sexta de la demanda y se le reconocerá fundamento a la excepción 3.11 *"Bilateralidad del acto de liquidación"*, propuesta por Colombia Telecomunicaciones.

Pretensiones séptima y octava de la demanda.

La convocante solicita en esta súplica (séptima) que se declare que Keops no está obligada a pagar a Colombia Telecomunicaciones la penalidad impuesta por esta última por valor de $180.265.204 por las irregularidades en las que

Keops dicha suma, dentro de los 10 días siguientes a la ejecutoria del laudo (pretensión octava).

De conformidad con las consideraciones expuestas en esta providencia respecto de las irregularidades en las que incurrió Keops, en particular en relación con el cliente Méderi, y con la justa causa que invocó Colombia Telecomunicaciones para terminar el contrato de agencia, el Tribunal encuentra que la penalización que esta última le impuso a Keops consistió en el descuento del 100 % de los terminales entregados y del 100% de los subsidios, conforme se estipula en los numerales 4 y 5 del Anexo 4 Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones. Por consiguiente, dicha penalización tiene como causa las irregularidades de Keops respecto de uno de sus clientes y se impuso conforme al procedimiento estipulado por las partes y dentro de los límites convenidos por ellas, en particular en el Anexo 4 del Contrato. Por consiguiente, en armonía con el análisis y las conclusiones de esta providencia en relación con las irregularidades en las que incurrió Keops en el manejo del cliente Méderi, la reacción de Colombia Telecomunicaciones a dicho comportamiento se ajusta a los términos del contrato y por lo tanto la penalización impuesta tiene soporte contractual en tanto se impuso conforme a lo acordado por las partes respecto de las conductas irregulares en las que incurriera el agente.

Así las cosas, al no haber una razón jurídica que dentro del marco de las prestaciones del contrato justifique una decisión del Tribunal en el sentido de que Keops no tiene obligación de pagar la penalidad que se le impuso como consecuencia de las irregularidades en las que incurrió, el Tribunal declarará que no prosperan las pretensiones séptima y octava de la demanda de Keops.

Pretensión novena de la demanda.

La convocante solicita que se declare que Colombia Telecomunicaciones está obligada a pagar a Keops *"los servicios prestados y no pagados en relación con el Contrato de Agencia Comercial"*.

De acuerdo con las alegaciones finales de Keops (pág. 11), los servicios cuyo pago reclama en esta pretensión son aquellos que fueron prestados por la convocante con posterioridad al 2 de agosto de 2013 y que no han sido pagados por Colombia Telecomunicaciones, que se concretan en los siguientes: i) Contraprestaciones por ejecución contractual posterior al mes de agosto de 2013; ii) Bono residual causado entre el 1º de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013; iii) Comisión básica de voz.

Conforme al dictamen pericial[21] y según los registros de facturación de Keops, por servicios prestados con posterioridad al mes de julio de 2013, los servicios correspondientes a agosto de 2013 corresponden a las facturas 5155 por valor de $ 61 515 870 y 5156 por valor de $ 4 299 351 expedidas por Keops. Posteriormente, al rendir las aclaraciones y complementaciones al peritaje, el experto precisó en la Aclaración No. 9[22] que la factura 5156 fue pagada a través de transferencia bancaria, razón por la cual se corregía en ese punto el dictamen original.

En consecuencia, al no existir constancia de pago de la factura 5155 emitida por Keops, el Tribunal considera que Colombia Telecomunicaciones debe su importe por valor neto de **$61.515.870**, lo que se declarará en la parte pertinente de esta providencia.

ii) Bono residual causado entre el 1º de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013.

De conformidad con el escrito aclaratorio del dictamen pericial[23] el bono residual causado durante la vigencia del contrato de agencia comercial a favor de Keops asciende a la suma de **$90.806.054**. Dicho valor se encuentra también reflejado en el proyecto de acta de liquidación elaborada por Colombia Telecomunicaciones[24] y no existe evidencia de que se haya pagado por parte de la convocada, aserto que fue corroborado por el perito en la respuesta a la Aclaración No. 26 del dictamen, según la cual *"por lo que entiende el perito que esa cifra aun no ha sido pagada por Colombia Telecomunicaciones"*.

Así las cosas, el Tribunal declarará que Colombia Telecomunicaciones tiene la obligación de pagar el valor de este bono cuyo valor se reclama en la pretensión novena de la demanda.

iii) Comisión básica de voz.

Conforme aparece en el hecho 32 de la demanda inicial (fl. 5, cuad. ppal. No. 1), allí se expresa que *"Telefónica debe a Keops la suma de $373.558 por comisión básica de voz"*, hecho este que guarda estricta armonía con la pretensión décimo cuarta, numeral 14.4. (fl. 7, del mismo cuaderno), en la cual se solicita por la demandante inicial condenar a la demandada Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. a pagarle a aquella *"la suma de $373.558 por comisión básica de voz"*.

Examinada esta pretensión se encuentra por el Tribunal que conforme a la

Consultores S.A., *"el valor de la comisión básica de voz con posterioridad al mes de julio de 2013 asciende a $27.538.850..."* (cuad. de pruebas No. 5, fl. 64).

Así mismo, en el cuaderno citado, en la aclaración No. 34 en relación con la pregunta dirigida al perito sobre *"si en la contabilidad de TELEFÓNICA existe un importe por concepto de comisión básica de voz por $373.558 que TELEFÓNICA reconoce deber en el documento de liquidación del contrato…",* se responde que *"la cifra indicada en la pregunta se encuentra registrada en la contabilidad de Colombia Telecomunicaciones el 26 de septiembre de 2013…"*.

En el alegato de conclusiones presentado por Keops Comunicaciones S.A.S. (fl. 13, cuad. ppal. No. 2), se afirma que la demandada inicial debe a la demandante por *"comisión básica de voz"* y conforme a la aclaración 33 del dictamen pericial el valor de la misma *"con posterioridad al mes de julio de 2013"* el cual *"asciende a $27.538.850"*.

Uno de los principios que informan la actividad jurisdiccional en materia civil, es el de la congruencia o consonancia de las sentencias judiciales. Conforme a él, del cual se ocupan en su orden el artículo 305 del C.P.C. y el artículo 281 del CGP, la sentencia debe siempre estar *"en consonancia con los hechos y las pretensiones aducidos en la demanda y en las demás oportunidades que este código contempla y con las excepciones que aparezcan probadas y hubieran sido alegadas si así lo exige la ley"*.

Es decir, si el proceso es de carácter dialéctico y continuativo, la sentencia ha de ser una respuesta acompasada con las pretensiones del demandante y las excepciones del demandado, así como con los hechos que para sustentar aquellas o éstas se aduzcan por las partes. No puede el juez alterar ni modificar las unas o las otras como quiera que su esfera competencial le está demarcada por la posición que asumieron las partes en la etapa de la *litis contestatio.*

Por ello, tanto el Código de Procedimiento Civil en la norma citada como el Código General del Proceso luego de sentar la regla general que se transcribió contienen una norma prohibitiva conforme a la cual *"no podrá condenarse al demandado por cantidad superior o por objeto distinto del pretendido en la demanda, ni por causa diferente a la invocada en ésta"*.

De esta suerte, y como consecuencia de lo expuesto en relación con la comisión básica de voz, es claro que de acuerdo con el hecho No. 32 y la

cual no es procedente el acogerse al alegato de conclusión en el que se reclama una condena a la suma de $27.538.850 por concepto de comisión básica de voz, según la aclaración No. 33 al dictamen pericial ya mencionado, pues no es esta la oportunidad de modificar las pretensiones de la demanda.

Pretensión duodécima de la demanda.

Keops solicita en esta súplica que se declare que Colombia Telecomunicaciones está obligada a devolverle la cesantía comercial retenida en garantía.

De conformidad con lo dictaminado por el perito contable, *"La suma correspondiente a cesantía comercial retenida en garantía por $25.000.000, figura en la liquidación del contrato elaborada por Colombia Telecomunicaciones, liquidación que aún no ha sido firmada por las partes, por lo que entiende el perito que hasta tanto las partes no firmen la mencionada comunicación se entiende que la cesantía retenida en garantía no ha sido devuelta"*[25]. En efecto, la suma de $25.000.000 fue incorporada en el proyecto de acta de liquidación ya referido bajo el rubro *"CESANTÍA RETENIDA EN GARANTÍA"*.

Como quiera que no existe una razón jurídica o un fundamento contractual que justifique la retención de esa suma de dinero, ni tampoco existe constancia de que la misma se haya devuelto a Keops, el Tribunal dispondrá su entrega por parte de Colombia Telecomunicaciones a la convocante y, en consecuencia, prospera la pretensión duodécima de la demanda.

Pretensión décima tercera de la demanda.

Keops solicita en esta pretensión que *"como consecuencia de las pretensiones 2,3,4,5 y 6 se declare que la sociedad COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. está obligada a pagar a favor de KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. la indemnización de perjuicios correspondiente"*.

Como quiera que esta pretensión se deduce como consecuencia de la prosperidad de las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda y está enderezada a que se decrete la indemnización de los perjuicios correspondientes a los incumplimientos cuya declaración se solicita en tales súplicas, la pretensión décima tercera no está llamada a prosperar toda vez que ninguna de las declaraciones sobre las que se construye resultó fundamentada y, por consiguiente, no hay lugar a acceder a la indemnización consecuencial

Ahora bien, bajo el numeral 14.7. de la pretensión décima cuarta de la demanda la convocante solicita que se condene a Colombia Telecomunicaciones a pagar la suma de $282.354.852 *"por concepto de lucro cesante"*, que corresponde a la utilidad operativa no percibida por Keops entre agosto de 2013 y enero de 2014.

En relación con esta pretensión, se estiman pertinentes las siguientes consideraciones:

- Revisada con detenimiento la pretensión de condena contenida en el punto 14.3 del capítulo de pretensiones y examinada de manera armónica y racional con el conjunto de la demanda y en particular con la *causa petendi*, se puede concluir que dicha pretensión de condena se vincula con la pretensión décima tercera que, a su vez, es consecuencial de las pretensiones segunda, tercera, cuarta, quinta y sexta de la demanda. Con aquella súplica, la convocante pretende que se condene a Colombia Telecomunicaciones al pago del lucro cesante que hace consistir en la utilidad dejada de percibir para el periodo comprendido entre agosto de 2013 y enero de 2014.

- Este entendimiento se acompasa con el planteamiento de la convocante en sus alegaciones finales cuando señala que *"Como consecuencia de los incumplimientos al Contrato y de la terminación unilateral sin justa causa, TELEFÓNICA está obligada a pagar a favor de KEOPS la indemnización de perjuicios correspondiente equivalente (sic) al lucro cesante, es decir, la utilidad que KEOPS hubiera recibido si el Contrato hubiera durado hasta el 31 de enero de 2014 tal como lo disponen los Artículos 1546, 1613 y 1614 del Código Civil"*[26].

- De lo anterior es forzoso concluir que Keops vincula la pretensión indemnizatoria deducida en el punto 14.3 de la demanda, de modo consecuencial, con la terminación del contrato y, en particular, con ella aspira a obtener el resarcimiento por el lucro cesante que dicha terminación del contrato le causó, al haberse adoptado dicha decisión —según la posición de Keops en el proceso— sin justa causa.

- Pues bien, como ha quedado establecido y tantas veces reiterado en esta providencia, la decisión de terminar el contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones obedeció a una justa causa, lo que significa que dicha determinación se adoptó con arreglo a derecho, esto es en forma legítima y con observancia del contrato, de las causas y el

- De esta suerte, al haber actuado Colombia Telecomunicaciones con apego a las estipulaciones contractuales y como consecuencia de las irregularidades en las que incurrió Keops en su relación con algunos clientes, no puede considerarse que dicha decisión sea fuente de un perjuicio contractual para el agente, ni que la convocada tenga entonces la obligación de resarcirlo, en los términos en que se solicita en las pretensiones que se examinan.

- En efecto, de conformidad con el artículo 1614 del Código Civil, el lucro cesante consiste en *"la ganancia o provecho que deja de reportarse a consecuencia de no haberse cumplido la obligación, o cumplidola imperfectamente, o retardado su cumplimiento"*. Vistas las cosas en el contexto general del proceso y a la luz de los medios de prueba recaudados, en lo que se refiere a la terminación unilateral del contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones, no existe incumplimiento de ninguna obligación contractual, ni tampoco cumplimiento defectuoso o tardío. Antes bien, la decisión de la convocada de terminar el contrato se adoptó por causas justificadas, con lo cual dicha conducta no es fuente de daño alguno que a la luz de los artículos 1613 y 1614 *ibídem*, deba ser indemnizado. En otras palabras, la terminación unilateral del contrato por parte de la convocada no constituye fuente de un perjuicio indemnizable en el rubro de lucro cesante, como lo depreca Keops en las pretensiones que se analizan.

- Las consideraciones que en este punto se consignan han de aplicarse a la pretensión de lucro cesante que se despacha, sin que haya lugar a extenderlas a otras pretensiones de condena de la demanda en las que Keops solicita otros pagos y a los que se condenará a Colombia Telecomunicaciones, por circunstancias y razones diferentes, cuya motivación y raciocinio constan en acápites distintos de esta providencia, referidos a cada concepto que se reclama y cuya fuente no es la pretendida terminación unilateral del contrato sin justa causa.

Pretensión décima cuarta de la demanda. Liquidaciones y condenas a favor de Keops.

Bajo esta pretensión, Keops solicita, de modo consecuencial, que se ordene a Colombia Telecomunicaciones pagarle las sumas de dinero que se le adeudan. En relación con esta súplica que contiene las condenas de la demanda y que se derivan de las pretensiones declarativas que se abren paso en esta providencia,

En armonía con lo consignado en esta providencia en relación con la cesantía comercial que se reclama en la demanda, se condenará a Colombia Telecomunicaciones a pagar a Keops la suma de **$91.975. 744** correspondiente a la cesantía comercial causada entre el 1º de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013.

14.2. La cesantía comercial retenida en garantía.

De conformidad con las consideraciones del tribunal relativas a la pretensión duodécima de la demanda y en la medida en que dicha súplica tiene vocación de prosperidad, se condenará a Colombia Telecomunicaciones a pagar a Keops la suma de **$ 25.000.000** por concepto de la cesantía comercial retenida por aquella.

14.3. El bono residual correspondiente al período 1º de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013.

Conforme a las consideraciones expuestas en esta providencia relativas a la pretensión novena de la demanda, se condenará a Colombia Telecomunicaciones a pagar a Keops el valor del bono residual correspondiente al período entre 1º de febrero de 2013 y 9 de agosto de 2013, por valor de **$90. 806.054**.

14.4. La comisión básica de voz.

En línea con las consideraciones a partir de las cuales se resolvió la prosperidad de la pretensión novena de la demanda, Colombia Telecomunicaciones S.A. será condenada a pagar por este concepto la suma de **$373.558**

14.5. Las comisiones o servicios causados entre el 10 de agosto de 2013 y el 31 de agosto de 2013.

De acuerdo con las consideraciones de esta providencia relativas a la pretensión novena de la demanda, se condenará a Colombia Telecomunicaciones a pagar a Keops la suma de **$61.515.870** por concepto de las comisiones o servicios causados a favor de esta en el periodo correspondiente al 10 de agosto de 2013 y el 31 de agosto de 2013.

14.6. La indemnización de que trata el párrafo segundo del artículo 1324 del Código de Comercio

causa, no hay lugar a imponer condena por la indemnización que Keops solicita en este punto de la demanda.

14.7. El lucro cesante, esto es la utilidad operativa no percibida por Keops correspondiente al periodo comprendido entre agosto de 2013 y enero de 2014.

En la línea de lo expuesto en esta providencia al resolver la pretensión décima tercera de la demanda, no hay lugar a imponer condena a Colombia Telecomunicaciones por concepto del lucro cesante que se reclama en esta pretensión y que se refiere a la utilidad operativa que Keops pudo haber dejado de percibir por la terminación del contrato de agencia.

Pretensión décima quinta.

La convocante solicita que se condene a Colombia Telecomunicaciones al pago de intereses moratorios sobre las sumas *"sobre cada una de las condenas a que hace referencia"* la pretensión décima cuarta de la demanda, calculados desde la fecha en que ha debido hacerse cada uno de los pagos.

Conforme a las consideraciones que se han consignado, el Tribunal condenará a Colombia Telecomunicaciones a pagar a Keops las sumas correspondientes a la cesantía comercial causada entre 1º de febrero de 2013 y el 9 de agosto de 2013; la cesantía comercial retenida en garantía; el bono residual; la comisión básica de voz y las comisiones o servicios causados entre el 10 de agosto de 2013 y el 31 de agosto de 2013. Los rubros a los que se refieren dichas condenas se relacionan en forma directa con los servicios prestados por Keops en desarrollo del Contrato y corresponden a la remuneración por prestaciones a la que el agente tiene derecho y que no le ha sido reconocida.

Como quiera que la cláusula 10.6 del negocio jurídico, dispone que una vez terminado el contrato, por cualquier causa, dentro de los cuatro meses siguientes a la fecha de terminación, "se dejará constancia de la liquidación de las prestaciones recíprocas de las Partes que no hayan sido liquidadas y pagadas" y, en seguida, la misma disposición contempla los criterios que han de tenerse en cuenta para efectuar esa liquidación, el Tribunal entiende que los rubros a los que se condenará a Colombia Telecomunicaciones son materia de esa liquidación y por tanto han debido determinarse y pagarse en desarrollo del finiquito contractual estipulado por las partes.

Como ha quedado establecido, existió un proyecto de liquidación remitido por Colombia Telecomunicaciones a Keops, que no fue aceptado ni suscrito por

liquidación estaba a su alcance, pero el proyecto elaborado no fue aceptado por Keops, que a la postre, optó por convocar el tribunal de arbitraje para reclamar sus derechos.

Por consiguiente, en lo que atañe al momento a partir del cual deben ser liquidados los aludidos intereses de mora, no se accederá a que su cálculo se efectúe, según se pretende en la demanda, desde la fecha en que han debido pagarse las sumas de dinero a las que se condenará, toda vez que la Convocada no se encontraba, desde dicha época, en mora.

En efecto, en la medida en que, de conformidad con lo establecido en el artículo 1615 del Código Civil *"se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora"* y habida cuenta que los intereses moratorios tienen naturaleza indemnizatoria, su pago solo es procedente desde la fecha en que Colombia Telecomunicaciones quedó notificada del auto admisorio de la demanda, momento en el que, por las consideraciones que pasan a indicarse, quedó constituida en mora.

Según lo establecido en el artículo 1608 del Código Civil, salvo en los eventos en los que la obligación ha sido pactada a plazo o en aquellos en los que su cumplimiento solo es procedente en un determinado lapso, supuestos que no son los que se presentan respecto de las obligaciones dinerarias demandadas, la constitución en mora del deudor exige su reconvención judicial, la cual, a su turno, se logra con la notificación del auto admisorio de la demanda, de conformidad con lo previsto en el inciso segundo del artículo 94 del Código General del Proceso.

Siendo así las cosas, Colombia Telecomunicaciones quedó constituida en mora desde la fecha de la notificación del auto admisorio de la demanda que sirvió de causa al presente trámite, esto es desde el 26 de enero de 2015, fecha a partir de la cual deberán liquidarse los intereses moratorios y hasta la fecha de esta providencia.

Por último, las sumas a partir de las cuales se hará el cálculo de dichos intereses moratorios serán aquellas que se han establecido en esta providencia, corregidas o indexadas desde la fecha en la que, conforme a la cláusula 10.6 del Contrato, ha debido efectuarse la liquidación del contrato. De acuerdo con la comunicación de terminación del contrato, dicha decisión "surtirá efectos a partir del día nueve (9) de agosto de dos mil trece (2013)"[27]. Por consiguiente, el plazo que convinieron las partes para liquidar el contrato venció el 9 de diciembre de 2013. Así pues, la indexación de las cifras se hará para el lapso comprendido entre el 10 de diciembre de 2013 y el 25 de enero de 2015

Bajo ese entendimiento solo se le reconocerá fundamento parcial a la excepción 3.16. denominada "Inaplicabilidad de mecanismos de corrección monetaria e intereses de mora" propuesta en la contestación de la demanda.

La indexación e intereses moratorios que resultan procedentes son los siguientes:

El valor de la indexación en el IPC desde diciembre 10 de 2013 hasta enero 25 de 2015, se puede observar en el siguiente cuadro:

CONCEPTO	VALOR HISTORICO	IPC INICIAL DICIEMBRE 10 DE 2013	IPC FINAL ENE 25 DE 2015	FACTOR IPC	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
FACTURA No. 5155	61.515.870	113,98	118,91	1,0433	2.660.758	64.176.628
FUENTE: IPC DANE						

CONCEPTO	VALOR HISTORICO	IPC INICIAL DICIEMBRE 10 DE 2013	IPC FINAL ENE 25 DE 2015	FACTOR IPC	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
BONO RESIDUAL	90.806.054	113,98	118,91	1,0433	3.927.653	94.733.707
FUENTE: IPC DANE						

CONCEPTO	VALOR HISTORICO	IPC INICIAL DICIEMBRE 10 DE 2013	IPC FINAL ENE 25 DE 2015	FACTOR IPC	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
COMISION BASICA DE VOZ	373.558	113,98	118,91	1,0433	16.158	389.716
FUENTE: IPC DANE						

CONCEPTO	VALOR HISTORICO	IPC INICIAL DICIEMBRE 10 DE 2013	IPC FINAL ENE 25 DE 2015	FACTOR IPC	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
CESANTIA RETENIDA	25.000.000	113,98	118,91	1,0433	1.081.330	26.081.330
FUENTE: IPC DANE						

En forma resumida:

CONCEPTO	VALOR HISTORICO	IPC INICIAL DICIEMBRE 10 DE 2013	IPC FINAL ENE 25 DE 2015	FACTOR IPC = IPC FINAL / IPC INCIIAL	INDEXACION IPC	Vr. INDEXADO
FACTURA No. 5155	61.515.870	113,98	118,91	1,0433	2.660.758	64.176.628
BONO RESIDUAL	90.806.054	113,98	118,91	1,0433	3.927.653	94.733.707
COMISION BASICA DE VOZ	373.558	113,98	118,91	1,0433	16.158	389.716
CESANTIA RETENIDA	25.000.000	113,98	118,91	1,0433	1.081.330	26.081.330
FUENTE: IPC DANE						

El cálculo de los intereses de mora desde enero 26 de 2015 hasta febrero 29 de 2016, es el siguiente:

FACTURA No. 5155	
Vr. BASE Vr. INDEXADO	64.176.628

PERIODO		DIAS	TASA DE INTERES DE MORA	INTERES EFECTIVO DIARIO	VALOR INTERESES	Vr. BASE MAS INTERESES
DEL	AL					
26-ene-15	31-mar-15	65	28,8150%	0,00069	2.894.835	67.071.464
01-abr-15	30-jun-15	91	29,0550%	0,00070	4.082.573	71.154.037
01-jul-15	30-sep-15	92	28,8900%	0,00070	4.106.728	75.260.765

BONO RESIDUAL	
Vr. BASE Vr. INDEXADO	94.733.707

PERIODO		DIAS	TASA DE INTERES DE MORA	INTERES EFECTIVO DIARIO	VALOR INTERESES	Vr. BASE MAS INTERESES
DEL	AL					
26-ene-15	31-mar-15	65	28,8150%	0,00069	4.273.183	99.006.890
01-abr-15	30-jun-15	91	29,0550%	0,00070	6.026.451	105.033.341
01-jul-15	30-sep-15	92	28,8900%	0,00070	6.062.106	111.095.447
01-oct-15	31-dic-15	92	28,9950%	0,00070	6.081.564	117.177.010
01-ene-16	29-feb-16	60	29,5200%	0,00071	4.029.533	121.206.543
				TOTAL INTERESES	26.472.837	

FUENTE: TASA DE INTERES BANCARIO CORRIENTE CERTIFICADO POR LA SUPERFINANCIERA.

COMISION BASICA DE VOZ	
Vr. BASE Vr. INDEXADO	389.716

PERIODO		DIAS	TASA DE INTERES DE MORA	INTERES EFECTIVO DIARIO	VALOR INTERESES	Vr. BASE MAS INTERESES
DEL	AL					
26-ene-15	31-mar-15	65	28,8150%	0,00069	17.579	407.295
01-abr-15	30-jun-15	91	29,0550%	0,00070	24.792	432.086
01-jul-15	30-sep-15	92	28,8900%	0,00070	24.938	457.025
01-oct-15	31-dic-15	92	28,9950%	0,00070	25.018	482.043
01-ene-16	29-feb-16	60	29,5200%	0,00071	16.577	498.620
				TOTAL INTERESES	108.904	

FUENTE: TASA DE INTERES BANCARIO CORRIENTE CERTIFICADO POR LA SUPERFINANCIERA.

CESANTIA RETENIDA	
Vr. BASE Vr. INDEXADO	26.081.330

PERIODO		DIAS	TASA DE INTERES DE MORA	INTERES EFECTIVO DIARIO	VALOR INTERESES	Vr. BASE MAS INTERESES
DEL	AL					
26-ene-15	31-mar-15	65	28,8150%	0,00069	1.176.459	27.257.789
01-abr-15	30-jun-15	91	29,0550%	0,00070	1.659.154	28.916.943
01-jul-15	30-sep-15	92	28,8900%	0,00070	1.668.971	30.585.914
01-oct-15	31-dic-15	92	28,9950%	0,00070	1.674.328	32.260.242
01-ene-16	29-feb-16	60	29,5200%	0,00071	1.109.379	33.369.621
				TOTAL INTERESES	7.288.291	

FUENTE: TASA DE INTERES BANCARIO CORRIENTE CERTIFICADO POR LA SUPERFINANCIERA.

En forma resumida:

CONCEPTO	PERIODO		VR. INSOLUTO	VR. INDEXADO	VALOR INTERESES DE MORA	Vr. INDEXADO MAS INTERESES DE MORA
	DEL	AL				
FACTURA No. 5155	26-ene-15	29-feb-16	61.515.870	64.176.628	17.933.822	82.110.450
BONO RESIDUAL	26-ene-15	29-feb-16	90.806.054	94.733.707	26.472.837	121.206.543
COMISION BASICA DE VOZ	26-ene-15	29-feb-16	373.558	389.716	108.904	498.620
CESANTIA RETENIDA	26-ene-15	29-feb-16	25.000.000	26.081.330	7.288.291	33.369.621
		TOTAL	177.695.482	185.381.381	51.803.853	237.185.233

Pronunciamiento sobre las demás excepciones propuestas por Colombia Telecomunicaciones.

Procede el Tribunal a hacer un pronunciamiento expreso sobre las demás defensas o excepciones que fueron propuestas por Colombia Telecomunicaciones y que no han sido objeto de decisión en esta providencia.

Evacuado el período probatorio, el Tribunal encuentra que no resultaron probados los supuestos de hecho ni las argumentaciones sobre los cuales se edifican las siguientes defensas de la convocada, apreciación que se corrobora con el examen del escrito de alegaciones de la convocada, en el que no existe un desarrollo distinto de tales defensas, ni tampoco una concreción probatoria respecto de las mismas, toda vez que en dicho escrito se transcribe textualmente la formulación original hecha por la convocada en la contestación de la demanda. Por tales razones, se declarará que carecen de fundamento las siguientes excepciones:

3.1. *"Cumplimiento del Contrato por Colombia Telecomunicaciones".*

3.3. *"Existencia de procedimiento para definir la remuneración del agente".*

3.9. *"No renuncia a derechos".*

3.12. *"Violación del principio de no venir contra sus propios actos".*

3.13. *"Violación de la función económica y jurídica del contrato – mandato sin representación".*

3.17. *"Enriquecimiento sin causa".*

3.18. *"Mala fe – Abuso del derecho a litigar".*

*** Demanda de reconvención.**

1. Como ya se dijo, en la etapa de la *litis contestatio* la demandada inicial Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P., formuló a su turno demanda de reconvención contra su demandante inicial Keops Comunicaciones S.A.S.

Como pretensiones de la reconviniente en síntesis se impetró que se declare que la reconvenida incumplió el contrato de agencia comercial a que se refiere este proceso arbitral en cuanto hace relación a la obligación de máxima

- $2.134.816.282, por concepto de líneas no ingresadas por Keops conforme a las ofertas moduladas aprobadas por la demandante en reconvención, que se especifican en la demanda.

- $34.521.300, por daños y perjuicios ocasionados a la demandante en reconvención frente al cliente Trefilados de Colombia S.A.

- $161.087.500, o el equivalente a 250 SMLM, a título de pena a cargo de la reconvenida por la terminación unilateral anticipada y con justa causa del contrato, según lo pactado en la cláusula 10.4, inciso segundo del mismo.

2. Como se ve, la decisión que ha de adoptarse con respecto a las pretensiones aludidas, se constriñe a un cuestionamiento cardinal a saber: ¿existió o no un incumplimiento por parte de Keops Comunicaciones S.A.S? pues de hallarse demostrado que así fue, será necesario establecer si tal incumplimiento generó un daño y la cuantía patrimonial de la lesión causada con el mismo, conforme a lo probado en el proceso, a lo establecido por ley y a lo pactado en el contrato.

3. Por antonomasia una de las fuentes de las obligaciones es el contrato como acuerdo de voluntades del cual surgen aquéllas.

En ausencia de un código general de las obligaciones en Colombia, el artículo 822 del Código de Comercio establece que *"Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa"*.

Mediante esta norma se incorporan entonces al estatuto mercantil las normas generales del régimen de obligaciones del derecho civil, lo que permite la unificación del tratamiento jurídico para estas dos importantes áreas del derecho privado.

Así pues, los contratos mercantiles se regulan por lo expresamente dispuesto para ellos en el Libro IV del Código de Comercio y, de manera específica por lo establecido en dicho código para cada uno de estos contratos, en el Código Civil y, además por los principios de UNIDROIT.

Sobre éstos últimos ha de anotarse que Colombia hace parte del Instituto Internacional para la Unificación del Derecho Privado, desde el 19 de abril de 1940; el Estatuto Orgánico del mismo incorporado al ordenamiento jurídico

A estos principios se les ha dado desarrollo jurisprudencial por la Corte Suprema de Justicia como aparece en las sentencias de la Sala de Casación Civil proferidas el 1 de julio de 2008 y 22 de noviembre de 2011, expedientes 2001-00803-01 y 11001-3103040-2006-00537-01, entre otras.

4. Dada la función económico-social que se cumple por el contrato, la creación de las obligaciones contenidas en el mismo no se deja por el legislador a la voluntad omnímoda de las partes contratantes, sino que se establece por el artículo 1602 del Código Civil que es *"una ley para las partes",* esto es, que lo pactado tiene fuerza vinculante tanto para quienes contratan de manera directa como para sus herederos como continuadores de la personalidad del causante salvo que se trate de contratos *intuitu personae* o cuando se hubiere convenido la extinción del contrato con la muerte de uno de los contratantes.

Las consecuencias del incumplimiento de las obligaciones contractuales se regulan, en primer término por la ley y, sin desconocer los mandatos del legislador, es decir, en el campo de la autonomía de la voluntad, podrán estipularse en el mismo contrato por las partes o podrán ser de estimación judicial.

5. De las anteriores nociones surge entonces que el no cumplimiento de las obligaciones pactadas, su cumplimiento tardío o su cumplimiento defectuoso, son violatorios de la regla de orden legal conforme a la cual el contrato tiene fuerza vinculante interpartes y, en cualquiera de los tres casos mencionados se genera responsabilidad patrimonial para el contratante que incurra en una de estas conductas, de donde surge la obligación de indemnizar los perjuicios que se causen al otro contratante, perjuicios que comprenden tanto el daño emergente como el lucro cesante conforme a lo dispuesto por el artículo 1613 del Código Civil.

6. El perjuicio para ser indemnizable necesariamente requiere ser directo y cierto. Respecto de estos dos requisitos se dijo por la Corte Suprema de Justicia, en sentencia de 25 de septiembre de 1976 (GJ. T. CLII), que:

"Lo primero, porque solo corresponde indemnizar el daño que se presenta como consecuencia inmediata de la culpa; y lo segundo, porque si no aparece como real y efectivamente causado, sino apenas como posibilidad de producirse, no entra en el concepto jurídico de daño indemnizable".

Esto excluye la existencia como perjuicio indemnizable del daño que resulta

7. Si los perjuicios deben existir y además deben ser ciertos y directos, la consecuencia que de ello se deriva es que requieren de prueba, como quiera que conforme a lo dispuesto 1757 del Código Civil *"Incumbe probar las obligaciones o su extinción al que alega aquéllas o ésta",* norma esta que guarda estrecha relación con el artículo 177 del Código de Procedimiento Civil conforme al cual *"incumbe a las partes probar el supuesto de hecho de las normas que consagran el efecto jurídico que ellas persiguen",* disposición legal que en el Código General del Proceso corresponde al artículo 167 del mismo, en el cual se facultó además al juez para distribuir la carga de la prueba según las particularidades del caso, *"de oficio o a petición de parte"*, de tal suerte que puede gravarse a una de las partes con la carga de probar determinado hecho si se encuentra *"en una situación más favorable para aportar las evidencias o esclarecer los hechos controvertidos".*

8. En la controversia entre las partes de la cual se ocupa este laudo arbitral, desde el inicio de la ejecución del contrato de agencia comercial a que se refiere este proceso arbitral, la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. solicitó a Colombia Telecomunicaciones S.A. en relación con su cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-, autorización para adelantar algunas negociaciones con ofertas especiales que requerían la aprobación de la sociedad agenciada, así:

8.1. En el mes de febrero de 2013 KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. presentó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. solicitud de modulación de oferta especial para el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi) consistente en la activación de 15 líneas. Se solicitó que 5 líneas se aprobaran con entrega de equipos Samsung Erika a cero pesos ($0), y 10 líneas ingresarían con equipos traídos. Tal solicitud fue aprobada con el código ID pricing 19502 del 28 de febrero de 2013.

KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. activó una línea con equipo a cero pesos.

8.2. El 13 de abril de 2013 KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. solicitó autorización para ofertar a Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi) la activación de 38 líneas con los siguientes beneficios: 28% de descuento recurrente en la facturación para 10 líneas con equipos Samsung Erika a cero pesos ($0). Tal solicitud fue aprobada con el código ID 9869 condicionando a que de las 38 líneas a ingresar, 10 líneas se ofrecieran con equipos Samsung a cero pesos y 28 líneas restantes ingresaran con equipo traído y sin beneficios para lograr el punto de equilibrio financiero del negocio.

ofertar a Corporación Hospitalaria Juan Ciudad (Méderi) la activación de 519 líneas con los siguientes beneficios: 18% de descuento recurrente en la facturación (planes PO8 de $39.000; P09 de $52.900; P10 $87.3900; 233 de $37.250; 332$62.300). Se solicitaron 111 equipos Samsung SIII Mini a cero pesos y 408 líneas ingresarían con equipo traído. Tal solicitud aparece aprobada con el código ID 12466 condicionando expresamente la oferta a que la entrega de las 111 líneas con equipos a cero pesos y beneficios en la facturación estaba condicionada a que las 408 líneas restantes se activaran con equipos traídos.

KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. activó 108 de las 111 líneas con equipos a cero pesos, no activó líneas con equipos traídos.

8.4. El día 16 de mayo de 2013 KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. solicitó a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. autorización de oferta especial para el cliente Méderi consistente en 814 líneas. Pedía autorización para ofrecer un descuento del 18% en la factura (P08 de $39.900; P09 $52.900; P10 $87.900; 233 $37.350) solicitó además equipos Samsung S4; Samsung SIII Mini (114) a cero pesos, y el resto de líneas ingresarían con equipos traídos (700). Tal solicitud fue aprobada con el código ID 16595.

KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. activó 102 de las 114 líneas con equipos a cero pesos, no hubo activación de líneas con equipo traído.

8.5. El día 19 de mayo de 2013 KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. presentó solicitud de modulación de oferta especial para el cliente Méderi consistente en 3.200 líneas con un descuento del 18% recurrente a la facturación de voz, 400 equipos a cero pesos (100 Nokia Luminia-510; 100 Xperia T; 100 Samsung SIII Mini; 100 BB Z10). Tal solicitud fue aprobada con el código ID 17110.

KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. activó 50 líneas con equipo a cero pesos y ninguna con equipo traído.

9. En relación con las irregularidades atribuidas a las actuaciones de la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. con respecto a las ofertas especiales a que se ha hecho mención, por razones de economía procesal se remite ahora el Tribunal al análisis que al respecto se hizo en el estudio de las pretensiones de la demanda principal.

10. En cuanto hace referencia a Trefilados de Colombia S.A., como ya se analizó con respecto a las pretensiones de la demanda principal, en el

Telecomunicaciones S.A. E.S.P., alteración que se encuentra, además corroborada con el testimonio por Jorge Efraín González rendido ante este Tribunal en la audiencia celebrada el 22 de junio de 2015, conducta que es contraria a las obligaciones de probidad que deben presidir el contrato.

11. En cuanto hace referencia al cliente Cooptraiss y la oferta de descuentos no autorizados para la celebración de los negocios respectivos, se remite ahora el Tribunal al análisis que para el efecto se hizo en relación con las pretensiones de la demanda principal en el cual se concluyó que la sociedad demandada en reconvención incurrió en la conducta descrita en la cláusula 10.2. literal b) del contrato de agencia comercial celebrado entre las partes, que señala como irregularidad el dar o prometer a un suscriptor o a un tercero sumas de dinero o beneficios indebidos para incentivar o lograr la suscripción de planes determinados de ofertas o servicios de telecomunicaciones en la ejecución del contrato de agencia. Este hecho fue reconocido por la testigo Marcela Latorre Córdoba en audiencia de 24 de junio de 2015.

12. En lo relacionado con CTP Médica se observa que Keops Comunicaciones S.A.S. cuando estableció un contacto con esa empresa mediante correo electrónico incluyó el nombre de Colombia Telecomunicaciones sin estar autorizada para el efecto y, luego este cliente en comunicación de 4 de julio de 2013 radicó una queja en la sociedad agenciada sobre el manejo deficiente y descuidado de su cuenta, lo que aparece establecido en el cuaderno de pruebas número uno, folios 209 a 212 y 207, respectivamente, todo lo cual también fue objeto de análisis al estudiar las pretensiones de la demanda principal.

13. Con respecto a la primera de las pretensiones de la demanda de reconvención es claro entonces que si al analizar las pretensiones de la demanda principal se dio por establecido previo análisis de las pruebas pertinentes que la terminación unilateral del contrato por parte de Colombia Telecomunicaciones se adoptó con justa causa conforme a lo dispuesto en el artículo 1325 numeral 1, del Código de Comercio y de acuerdo con lo pactado en el contrato de agencia mercantil en la cláusula tercera que exige la máxima diligencia en el cumplimiento de las obligaciones del Agente y, además, se encontró demostrado el incumplimiento de las obligaciones de éste en los términos y definiciones de la cláusula 10.2., literal g), y en el Anexo No. 4, que forma parte integrante del contrato en cuanto a la prevención de irregularidades y penalizaciones, de ello resulta la prosperidad de la pretensión de la demanda de reconvención para que se declare que la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. incurrió en incumplimiento de las obligaciones contractuales pactadas en el contrato de agencia comercial a que se refiere esta

obligada al pago de las sumas de dinero allí especificadas por *"los daños, perjuicios y compensaciones que se acrediten en el proceso",* así:

14.1. Conforme aparece en el contrato de agencia comercial a que se refiere la controversia que dio origen a este laudo arbitral entre las obligaciones generales del Agente pactadas en la cláusula tercera del contrato aludido se incluyó en el numeral 3.4. la del sometimiento a las políticas generales y reglamentos de Colombia Telecomunicaciones que el Agente declara conocer, así como sobre los procedimientos operativos y de prevención de irregularidades conforme se definen en el contrato y en el Anexo No. 4 que forma parte integrante de éste.

De la misma manera, en cuanto a la celebración de los contratos de servicio y de compraventa de productos en el numeral 3.5. de la cláusula mencionada (fl. 38, cuad. 1), se convino entre las partes que dentro de la oferta de Colombia Telecomunicaciones, algunos productos y servicios *"pueden requerir verificación previa del Suscriptor",* casos estos en los cuales *"Colombia Telecomunicaciones estudiará las ofertas de contrato para la contratación de Productos y Servicios y únicamente las aceptará si las encuentra convenientes, de acuerdo con sus políticas generales, las cuales son de su exclusivo resorte y por consiguiente, de su libre adopción".*

Por ello, se agrega a continuación, *"la aceptación o no de las ofertas será de prerrogativa exclusiva de Colombia Telecomunicaciones, quien podrá, por lo tanto, rechazarlas sin necesidad de motivación alguna"* sin que respecto de las ofertas rechazadas se genere algún derecho a favor del Agente.

En armonía con lo acabado de expresar, en la misma cláusula tercera, numeral 3.6. (fl. 38, cuad. 1), se establece que el Agente podrá *"promocionar la venta de los productos autorizados y homologados por Colombia Telecomunicaciones a través de canales especializados autorizados para su distribución y en los términos y condiciones establecidos por aquélla en el Manual de Gestión Administrativa"* anexo al contrato.

Es eso lo que se ha denominado la modulación de la oferta que se realiza utilizando para su análisis la herramienta Koral. Es decir, si se plantea la posibilidad de realización de un negocio con ofertas especiales, el Agente pone en conocimiento de su agenciada la variación con respecto a las condiciones generales que se proponen; Colombia Telecomunicaciones la analiza y luego de tal análisis la autoriza en las condiciones que estime convenientes, o no la autoriza. Esto implica entonces que la oferta aceptada por Colombia Telecomunicaciones así debe comunicarse y ponerse en

definidas para el efecto por Colombia Telecomunicaciones previo análisis de su conveniencia.

De tal suerte que si el Agente fragmenta las condiciones aceptadas por la agenciada, ya no se encuentra esa oferta en las condiciones que fueron objeto de análisis y de modulación por Colombia Telecomunicaciones. Es decir, si así procede, está proponiendo un negocio distinto y, por tal razón, incurriría en violación de las obligaciones pactadas en la cláusula tercera del contrato de agencia a las cuales ya se hizo mención.

Es precisamente esa conducta la que al analizar las pretensiones de la demanda principal se encontró debidamente demostrada en relación con las ofertas moduladas y presentadas a consideración del cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-, por cuanto se trató de una oferta negocial distinta a la aprobada por la sociedad agenciada pues la fragmentación de la misma jamás tuvo la autorización de ésta.

Si, como se expresó con anterioridad de las ofertas sometidas a modulación en relación con el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi- y aprobadas con los códigos IDpricing 19502 del 28 de febrero de 2013; ID9869 solicitada el 13 de abril de 2013; ID12466 solicitada el 24 de abril de 2013; ID16595 solicitada el 16 de mayo de 2013; e, ID17110 solicitada el 19 de mayo de 2013, solo fueron activadas líneas telefónicas aprobadas con entrega de equipos a cero pesos sin que se expresara al cliente que ello formaba parte de una oferta que incluía también la activación de líneas con equipos no traídos con ciertas condiciones en cada caso, de ello no se deriva necesariamente ni menos con certeza, como se afirma en la pretensión segunda, literal a), de la demanda de reconvención, que todas las líneas no activadas serían vendidas a ese cliente en las condiciones definidas por Colombia Telecomunicaciones, pues podrían venderse algunas de las líneas ofrecidas a cero pesos y algunas de las líneas ofrecidas a precios determinados y a condiciones especiales, pero no necesariamente todas las que formaban la oferta, aun cuando esa fuera la meta ideal de la negociación.

De esta suerte, carece entonces de razón la segunda de las pretensiones de condena impetrada en el literal a), en cuanto se funda en que se le irrogó un daño indemnizable en la cuantía allí señalada que correspondería *"al saldo de las líneas no ingresadas por Keops según las ofertas aprobadas por Colombia Telecomunicaciones",* allí especificadas y en relación con el cliente Corporación Hospitalaria Juan Ciudad –Méderi-.

14.2 Por lo que hace a la segunda pretensión, literal b), de la demanda de

permanencia del cliente, pues no es lo mismo que ésta sea de dieciocho (18) meses a que se sea doce meses (12), como se dijo en este mismo fallo al analizar las causas invocadas para la terminación del contrato unilateralmente por parte de Colombia Telecomunicaciones que fueron objeto de consideración específica respecto de la demanda principal.

De esta manera no se encuentra entonces demostrado que a la terminación del negocio Colombia Telecomunicaciones hubiere sufrido una pérdida del subsidio del equipo por el término de dieciocho (18) meses de la oferta, aunque se afirma que su valor fue de $7.657.803, sin demostrarlo; y tampoco se encuentra demostrado que hubiere existido un lucro cesante de $26.863.497 por concepto de doce (12) líneas activas y cincuenta y seis (56) canceladas por los meses pendientes de cumplir para llegar a los dieciocho meses de que trata la cláusula de permanencia autorizada por Colombia Telecomunicaciones, pues la atestación según la cual esos guarismos obedecen al *"ejercicio financiero por la terminación anticipada del negocio",* es una aseveración sin explicación de cómo se llegó a esos montos, lo que impide dar por cumplida la carga de la prueba sobre los hechos en que se funda la pretensión.

14.3. En relación con la condena impetrada en la pretensión segunda, literal c), de la demanda de reconvención, se observa que en la cláusula décima se pactaron por las partes las causales de terminación unilateral y con justa causa del contrato tanto por iniciativa del Agente como de Colombia Telecomunicaciones y, en el numeral 10.4., inciso segundo, de la cláusula señalada (fl. 49, cuad.1), se estableció que en el evento en que la terminación unilateral del contrato se realice por la agenciada *"por las causales señaladas en los literales a) y b) del numeral 1º del artículo 1325 del Código de Comercio (incluyendo los eventos previstos en los literales a. a q.), ambos inclusive"* del numeral 10.2. de esa cláusula, *"el Agente deberá pagarle a título de pena, una suma de dinero equivalente a dos cientos cincuenta salarios mínimos legales mensuales vigentes (250 SMLM), sin que en todo caso el monto de la pena exceda los valores pagados al Agente como remuneración hasta la fecha de terminación del contrato, suma que será exigible a partir del día de la terminación* unilateral *de este contrato, sin necesidad de requerimiento alguno…"* y se agrega que *"Colombia Comunicaciones queda autorizada para deducir de los pagos pendientes al Agente las sumas necesarias para el pago de las penas",* así como para su pago, *"también podrá hacer efectiva las pólizas pactadas en el contrato".*

Como quiera que de acuerdo con lo expuesto en relación con la terminación unilateral del contrato por parte de la demandada inicial y demandante en reconvención se concluyó en la existencia de justa causa para adoptar esa

reconvención, por lo que se solicita imponer a título de pena a la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. el valor de la cláusula penal.

15. Como una consecuencia de la improsperidad de las condenas a que se refiere la segunda de las pretensiones de la demanda de reconvención en los literales a) y b) según ya se expresó, la pretensión tercera queda, entonces, circunscrita a la cláusula penal a que se refiere la pretensión segunda en el literal c).

16. En relación con las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvención, ha de recordarse que:

16.1. La cláusula penal ha sido entendida tanto por la jurisprudencia como por la doctrina, como la liquidación anticipada de los perjuicios que se hace por los contratantes por la no ejecución de las obligaciones pactadas en el contrato o por la ejecución defectuosa de las mismas o por la ejecución tardía de éstas.

Es decir, la cláusula penal queda dentro de la órbita de la autonomía de la voluntad de los contratantes, no es un elemento esencial del contrato ni tampoco lo es de su naturaleza, sino que es meramente accidental o accesorio, razón por la cual su existencia misma depende de la relación jurídica principal al punto que si se declarara por ejemplo la nulidad de un contrato no subsistiría por sí sola la cláusula penal como quiera que lo accesorio sigue la suerte de lo principal.

16.2. En torno a la cláusula penal y la imposibilidad jurídica de acumularla a la indemnización de perjuicios, se dijo por la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en sentencia de 23 de mayo de 1996 (expediente 4607), lo que sigue:

"*Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de*

valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato".

16.3. Por lo que hace relación con la posibilidad o imposibilidad jurídica de pactar convencionalmente un mecanismo de reajuste o actualización del valor pecuniario de la cláusula penal, la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil y Agraria, en sentencia de 23 de junio de 2000 (expediente 4823), lo analizó así:

"Clausula penal. Implica una liquidación de los perjuicios por la no ejecución o el retardo de la obligación principal, realizada directamente por las partes, de manera anticipada y con un 'carácter estimativo y aproximado', que en principio debe considerarse 'equitativo'. Si las partes no disponen con ocasión del pacto penal de un mecanismo de reajuste o valuación, este no se puede determinar judicialmente así medie la petición del acreedor y mucho menos de oficio".

17. Como salta a la vista las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvención en lo relacionado con la cláusula penal tienen entre sí tal imbricación que la segunda de ellas no podría subsistir si la primera desapareciera; y, dado que conforme al Anexo No. 4 del contrato relativo a *"Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones"* se establecen penalizaciones relacionadas con tales conductas, de ello se sigue que tanto las cláusulas contenidas en el contrato como las del anexo mencionado y los demás anexos que a él se integran, forman un todo jurídico y, por tal razón, para su interpretación ha de tenerse en cuenta que el artículo 1622 del Código Civil ordena que *"Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándosele a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad",* es decir, las estipulaciones contractuales deben ser interpretadas en forma armónica y coordinada para que su hermenéutica se ajuste no solo a la voluntad de las partes sino al ordenamiento jurídico.

Por esta razón, ha de reiterarse que si la cláusula penal libremente acordada por los contratantes en ejercicio de la esfera jurídica que a ellos garantiza el ordenamiento jurídico como manifestación específica de la autonomía de la voluntad es, por antonomasia, una evaluación pecuniaria y anticipada de los perjuicios que se ocasionen por el incumplimiento de uno de los contratantes respecto de sus obligaciones, constituye per se una sanción jurídica para esas conductas que se incorpora al contrato.

Siendo ello así, y teniendo en cuenta que a un mismo hecho no puede

Por ello, encuentra el Tribunal que no sería procedente la aplicación de la cláusula penal por las mismas conductas que fueron objeto de penalización conforme a lo establecido en el Anexo No. 4, y mediante *"deducción de los pagos pendientes al Agente"*, como lo dispone también la cláusula 10.4. pues se incurriría en la sanción pecuniaria por la comisión de unas irregularidades acaecidas en el curso de la ejecución del contrato, primero; y, luego, en sanción pecuniaria por la terminación del contrato por las mismas irregularidades, y esto pese a que la cláusula penal es la evaluación anticipada del valor de los perjuicios ocasionados por el incumplimiento de las obligaciones contractuales al otro contratante, lo que excluye una doble condena por los mismos perjuicios cuya valoración se realizó en forma anticipada.

En armonía con la pretensión segunda, en la tercera de las pretensiones de la demanda de reconvención se impetra que *"Se condene a la Sociedad Keops Comunicaciones S.A.S. a efectuar el pago actualizado de las sumas de condena que se decreten en su contra, así como al pago de los intereses corrientes y de mora que sobre dichas sumas se liquiden a partir del momento en que se hicieron exigibles"*.

18. En virtud de lo expuesto, no pueden prosperar, como en efecto no prosperan las pretensiones segunda y tercera de la demanda de reconvención.

*** Las excepciones a la demanda de reconvención.**

Como excepciones de mérito a las pretensiones de la demanda de reconvención, Keops Comunicaciones S.A.S. formuló las que denominó:

- *"Inexistencia de la obligación"*.
- *"Inexistencia del hecho generador de la responsabilidad civil"*.
- *"Ausencia de culpa"*.
- *"Ausencia de nexo causal"*.
- *"Ausencia de daño"*.
- *"Violación del principio de la legítima confianza debida"*.
- *"Temeridad y mala fe procesal"*.
- *"Ausencia de instrucciones claras"*.
- *"Inexistencia de una obligación de resultado"*.
- *"Cualquier otra excepción que resulte probada"*.

En relación con la demanda y las pretensiones formuladas en ella, el demandado puede asumir, en ejercicio del derecho de contradicción una de

La estructura lógico-jurídica de la excepción corresponde paralelamente a la de la pretensión. Por esta razón, debe expresarse con claridad en qué consiste cada excepción, es decir, cuál es la que se formula y, así como la pretensión ha de fundarse en los hechos que constituyen la causa petendi, también la excepción exige que ella se funde en unos hechos precisos y determinados, hechos estos que tienen como característica esencial que han de ser nuevos, esto es, introducidos por el demandado a la controversia judicial para que ellos enerven las pretensiones del actor. Además, la excepción supone la existencia de causa jurídica para su prosperidad.

Analizadas las excepciones propuestas, se encuentra que la demandante inicial y demandada en reconvención reitera los hechos de la demanda con la cual se inició este proceso, los cuales ya fueron objeto de análisis, pero no formula hechos nuevos que tengan por objeto enervar las pretensiones de la demandante en reconvención, razón esta por la cual aunque se enuncien como excepciones no se encuentran llamadas a prosperar pues ninguno de los hechos aducidos tiene la aptitud jurídica para aniquilar la prosperidad de las pretensiones de la demanda de reconvención. Se asemejan más a una alegación de conclusión que a las excepciones de mérito las que, en rigor, exigen la proposición de hechos nuevos en que ellas se fundan y, luego su demostración en el proceso.

Por esta razón las excepciones propuestas por Keops Comunicaciones no se encuentran llamadas a prosperar.

*** Cuestiones varias**

Pronunciamiento sobre el juramento estimatorio presentado por cada parte.

En lo que concierne al juramento estimatorio presentado por la convocante en la demanda inicial y por el presentado por la convocada en la demanda de reconvención, así como a las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de los mismos, el Tribunal estima pertinentes las siguientes consideraciones.

El artículo 206 del Código General del Proceso dispone que quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras deberá estimarlo en forma razonada, bajo juramento, en la demanda y deberá discriminar cada uno de los conceptos que reclama. Dicho juramento hará prueba del monto de los perjuicios mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo.

Por su parte, la convocante al contestar la demanda de reconvención objetó el juramento estimatorio hecho por Colombia Telecomunicaciones y adujo, por una parte, que en él no se explican las bases económicas contractuales para inferir parte de la condena solicitada y, por otra, que la convocada parte de un entendimiento equivocado del negocio, en tanto *"las autorizaciones no conllevan una obligación de resultado"*.

Las consecuencias que se derivan por la estimación excesiva de los perjuicios se consagran en el artículo 206 *ibídem,* modificado por la Ley 1743 de 2014, en los siguiente términos:

> *"Si la cantidad estimada excediere en el cincuenta por ciento (50 %) a la que resulte probada, se condenará a quien hizo el juramento estimatorio a pagar al Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, una suma equivalente al diez por ciento (10 %) de la diferencia entre la cantidad estimada y la probada"*.

Igualmente, la disposición tipifica una sanción para el demandante, ya no en los casos en los que exista una notable asimetría entre lo estimado en el juramento y lo probado en el proceso, sino para la hipótesis en que las súplicas de la demanda sean denegadas por ausencia de prueba del perjuicio reclamado, es decir, cuando no se concede lo pedido por no haberse demostrado la existencia del daño cuya indemnización se reclama. El parágrafo de la misma norma, con la modificación hecha por la Ley 1743 de 2014, dispone:

> *"También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5 %) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.*
>
> *"La aplicación de la sanción prevista en el presente parágrafo sólo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte"*.

En relación con la aplicación de las consecuencias sancionatorias previstas en la norma transcrita, la jurisprudencia ha precisado que ellas no operan ni

reprochables de quien formule pretensiones indemnizatorias exageradas y desprovistas de los estudios, análisis y razonamientos que deben justificar esa clase de súplicas.

Así lo señaló la Corte Constitucional, en la sentencia C-279 de 2013, en la cual se indicó que *"Esta sanción tiene finalidades legítimas, tales como preservar la lealtad procesal de las partes y condenar la realización de demandas 'temerarias' y 'fabulosas' en el sistema procesal colombiano", lo cual implica, como es elemental, el análisis de la conducta desplegada por el demandante y no simplemente la imposición casi inmediata de la sanción cuando quiera que lo probado en el proceso resulte ser inferior a lo estimado, en la proporción indicada en la norma"*.

Dicho planteamiento se armoniza con lo señalado por la Corte Constitucional en la sentencia C-157 de 2013, en la que al analizarse la constitucionalidad de la sanción prevista en el parágrafo de la disposición, consideró que *"si la carga de la prueba no se satisface pese al obrar diligente y esmerado de la parte sobre la cual recae, valga decir, por circunstancias o razones ajenas a su voluntad y que no dependen de ella, como puede ser la ocurrencia de alguna de las contingencias a las que están sometidos los medios de prueba"*, no puede operar la sanción en comento, habida cuenta que en esa medida ella vulneraría *"el principio de buena fe y los derechos a acceder a la administración de justicia y a un debido proceso, pues castiga a una persona por un resultado en cuya causación no media culpa alguna de su parte."*

Conforme a los lineamientos jurisprudenciales reseñados y acorde con el criterio según el cual para la verificación de la procedencia de la sanción es necesario analizar la conducta de la parte que pretende la indemnización, con el propósito de determinar si resulta acreditado que existió una estimación culposa, temeraria o abusiva del demandante, carente de análisis o fundamento, el Tribunal considera que si bien en este caso la condena que se impondrá a la convocada resulta inferior al valor que fue estimado en la demanda, dicha circunstancia no obedece a que la cuantificación hecha por la convocante haya sido desbordada o infundada. La misma consideración ha de tenerse en cuenta en relación con la demanda de reconvención, cuya declaración principal de incumplimiento se abre paso, mas no las consecuencias indemnizatorias reclamadas en ella, por las razones expuestas en el acápite correspondiente de este laudo.

El Tribunal encuentra que no hay lugar a la imposición de la sanción de que trata el inciso cuarto del artículo 206, por cuanto respecto de ellas, más que una diferencia entre lo jurado y lo probado, no se reconoció fundamento a la

Por las razones expuestas, el Tribunal no impondrá sanción alguna con fundamento en el artículo 206 del Código General del Proceso.

*** Tacha de sospecha del testimonio rendido por María Ximena Astorquiza y tacha de falsedad de documentos allegados por la testigo.**

Dado que la declaración testifical en relación con los hechos controvertidos en el proceso ha de ajustarse necesariamente a la verdad de lo percibido por el testigo como órgano de la prueba y posteriormente valorada por el juzgador, el artículo 217 del Código de Procedimiento Civil dota al juez de atribución suficiente para apreciar si el testigo se encuentra en alguna circunstancia que pueda afectar su credibilidad o imparcialidad, ya sea por razones de parentesco, o por razones de dependencia con una de las partes, o por la existencia de sentimientos de afecto o animadversión con las partes o sus apoderados, o por tener algún interés en relación con estos o aquellas, así como por los antecedentes personales del declarante o por *"otras causas"*.

Es decir, al juez no lo ata lo dicho por el testigo sino que conforme a la libre apreciación de la prueba el legislador le otorga, con amplitud facultades al juez para que al momento de determinar la eficacia de la prueba, es decir para señalar si tiene o no mérito de convicción, además de lo dicho en la declaración testimonial se aprecien estas circunstancias y la influencia que ellas puedan llegar a tener sobre la imparcialidad con la que esa declaración se rinda ante la autoridad judicial.

Es esa la razón por la cual a quien formula una tacha de falsedad le corresponde la carga de formularla conforme al artículo 218 del Código de Procedimiento Civil por escrito y con anterioridad a la audiencia señalada para la recepción del testimonio u oralmente dentro de la misma para lo cual deberá allegar los documentos probatorios de los hechos constitutivos de la tacha o la solicitud de pruebas relativas a éstos para que se practiquen de manera inmediata en la audiencia respectiva, pruebas estas de las cuales se prescindirá si el testigo acepta tales hechos.

Como quiera que la tacha de sospecha del testigo no afecta ni la existencia del testimonio ni su validez sino la eficacia del mismo como elemento de convicción para llegar a la certeza judicial, la norma citada dispone que esa tacha habrá de apreciarse en la sentencia o en el auto en que se decida un incidente en cuyo trámite se recibió el testimonio respectivo.

Es evidente que cada uno de los testimonios será apreciado individualmente y

En cuanto hace referencia al testimonio rendido por María Ximena Astorquiza, decretado por el Tribunal el 4 de junio de 2015, es claro que ella es empleada de Colombia Telecomunicaciones, circunstancia esta aceptada por ésta.

Así mismo, la tacha de falsedad respecto de este testimonio se dirige esencialmente a controvertir si los correos electrónicos a que ella se refirió en su declaración al parecer enviados desde la cuenta neira.corporativo@ovi.com podían contener los archivos adjuntos a que se refirió en su declaración o si esos archivos fueron modificados y su fecha era posterior al envío de tales correos, lo que significaría que no son de María Ninelly Neira.

En relación con la tacha de falsedad de dichos documentos, el artículo 289 del Código de Procedimiento Civil, dispone que la parte contra quien se presente un documento público o privado *"podrá tacharlo de falso en la contestación de la demanda, si se acompañó a ésta, y en los demás casos, dentro de los cinco días siguientes a la notificación del auto que ordene tenerlo como prueba, o al día siguiente al en que haya sido aportado en audiencia o diligencia"*.

Conforme a la norma transcrita, el Tribunal estima que la tacha de la testigo que aquí se analiza no puede prosperar en cuanto tal por la sola circunstancia de ser un testigo empleado de una de las partes, pues no se encuentra demostrado que en virtud de ello se afectó su imparcialidad en la declaración, de una parte y, además, por cuanto si el testigo se apoya en algunos documentos para reafirmar la razón de la ciencia de su dicho, independientemente de la valoración que a ese testimonio se le dé por el juzgador no puede afirmarse a priori que está afecta la imparcialidad que le exige la ley en su declaración. Adicionalmente, en lo que hace referencia a los documentos de que tratan los correos electrónicos ya mencionados, en el dictamen pericial rendido por Raúl Wexler Pulido Téllez se afirmó que *"este perito puede concluir que no hay evidencia técnica de alteración en los correos aportados…"* (fl. 172, cuad. de pruebas No. 5), afirmación esta que fue objeto de corroboración al resolver las aclaraciones y complementaciones que a ese perito le fueron solicitadas.

Dado que la testigo no es parte en el proceso, por un lado; y, por otro, teniendo en consideración que los documentos electrónicos allegados por ella fueron utilizados para explicar el porqué del contenido de su declaración o para corroborarla, forman parte integrante del testimonio y, en consecuencia, no es procedente la tacha de falsedad que en el Código de Procedimiento Civil se encuentra estructurada para los documentos aportados como prueba por las

*** Incumplimiento del suministro de información al perito Íntegra Auditores Consultores S.A.**

En desarrollo del principio de lealtad procesal y del deber de colaboración de las partes con la administración de justicia, el artículo 242 del Código de Procedimiento Civil estableció el deber de éstas de colaborar con los peritos, facilitarles los datos que estos requieran, así como a las cosas y a los lugares que consideren necesarios para el desempeño de su cargo, razón esta por la cual en esa norma legal se expresó además que cuando el perito hiciere constar el incumplimiento de esos deberes y de esa colaboración al rendir su dictamen, tal conducta se apreciará como indicio en contra de la parte que hubiere incurrido en ella y se sancionará en ejercicio de los poderes disciplinarios del juez establecidos en el artículo 39, numeral 1, del mismo código con la imposición de multas en la proporción que allí se indica y al pago de los honorarios correspondientes al perito.

Dado que la demandante inicial y demandada en reconvención aduce la existencia de esa conducta por su contraparte en relación con el dictamen pericial decretado por el Tribunal como prueba para el cual se designó como auxiliar de la justicia a la Sociedad Íntegra Auditores Consultores S.A., el Tribunal, examinada esta cuestión con el debido detenimiento y ponderación que corresponde al juzgador, encuentra que el dictamen rendido por la sociedad mencionada cumplió a cabalidad con el objeto para el cual fue decretado, como aparece en algunos apartes de la motivación de este laudo y, en consecuencia, las omisiones de información cuya existencia se aduce no tienen relevancia de tal naturaleza que ameriten la apreciación de esa conducta como un indicio negativo, por lo que se abstendrá de imponer la multa a que se ha hecho referencia así como de variar la decisión sobre el pago de los honorarios de ese auxiliar de la justicia.

*** El incumplimiento de la orden impartida por el Tribunal a Ernst & Young S.A.S. para suministrar información.**

En la primera audiencia de trámite celebrada el 4 de junio de 2015 se ordenó oficiar a la Sociedad Ernst & Young S.A.S. para que en su calidad de Revisor Fiscal de Colombia Telecomunicaciones S.A. E.S.P. suministrara la información requerida al decretar esa prueba por el Tribunal .

De dicha solicitud se informó a esa sociedad mediante Oficio radicado en sus oficinas el 11 de junio de 2015 y, pese a que fue requerida para que diera respuesta a esa comunicación y cinco meses y seis días después, mediante Auto de 17 de noviembre de 2015 se ordenó por el Tribunal requerir a la

Dado que a la fecha en que se profiere este laudo no se dio respuesta a la solicitud de información requerida, el Tribunal reitera que conforme a lo dispuesto por el artículo 95 de la Constitución Política, uno de los deberes de toda persona, incluidas desde luego las personas jurídicas, y de todo ciudadano es el de *"Colaborar para el buen funcionamiento de la administración de justicia",* lo cual se encuentra en armonía con lo dispuesto por el artículo 4 de la Carta y, con el artículo 26 de la misma conforme al cual el ejercicio de las profesiones *"que impliquen un riesgo social"* debe ajustarse a lo dispuesto por el ordenamiento jurídico, razón esta por la cual se autorizó en esa norma constitucional al legislador para establecer los controles necesarios para el desempeño de las respectivas profesiones, función que el legislador colombiano con las necesarias modificaciones en el tiempo y en relación con la profesión de contador le ha asignado a la Junta Central de Contadores (Leyes 145 de 1960, 43 de 1990 y 1314 de 2009), por lo que la Secretaría del Tribunal sin necesidad de auto que lo ordene pondrá en conocimiento de la Junta Central de Contadores los documentos ya mencionados y éste aparte del Laudo Arbitral para los fines pertinentes.

Con todo, no se dará aplicación como se solicitó por la demandante inicial y demandada en reconvención al artículo 71, numeral 6, del Código de Procedimiento Civil para que la conducta descrita se aprecie como indicio en contra de Colombia Telecomunicaciones S.A. por cuanto la norma mencionada es aplicable a las partes y sus apoderados, sin que pueda predicarse que en este caso la omisión de información a que se ha hecho referencia constituya un acto de la parte demandada inicialmente y demandante en reconvención,

*** Las Costas.**

Las costas están integradas *"por la totalidad de las expensas y gastos sufragados durante el curso del proceso y por las agencias en derecho"*, de conformidad con lo previsto en el artículo 361 del Código General del Proceso. El numeral 5 del artículo 365 *ibídem*, establece que *"En caso de que prospere parcialmente la demanda el juez podrá abstenerse de condenar en costas o pronunciar condena parcial, expresando los fundamentos de su decisión."*

A la luz de los mencionados preceptos y habida cuenta de que en el presente caso, prosperaron de manera parcial las pretensiones objeto de la convocatoria arbitral, así como de la demanda de reconvención y al cotejar el importe de los beneficios procesales obtenidos, por cada una de las partes involucradas en el litigio, al igual que el sentido general de la decisión contenido en el presente

DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal de Arbitraje convocado para dirimir las controversias surgidas entre **KEOPS COMUNICACIONES S.A.S**., como parte convocante, y **COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P**., como parte convocada, administrando justicia, por habilitación de las partes, en nombre de la República y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

Primero.- Declarar que entre KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. y COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. existió el Contrato de Agencia No. 71.1.0077.2013 con vigencia entre el 1º de febrero de 2013 hasta el 31 de enero de 2014, el cual terminó anticipadamente por decisión unilateral y con justa causa de la segunda de las empresas mencionadas, a partir del 9 de agosto de 2013.

Segundo.- Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. está obligada a pagar a KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. los servicios prestados y no pagados en desarrollo del Contrato de Agencia No. 71.1.0077.2013.

Tercero.- Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. está obligada a pagar a KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. la cesantía comercial pactada en el Contrato de Agencia No. 71.1.0077.2013.

Cuarto.- Declarar que COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. está obligada a devolver a KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. la cesantía comercial retenida en garantía.

Quinto.- Como consecuencia de las anteriores declaraciones, condenar a COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P. a pagar a KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. las siguientes sumas de dinero:

- **Factura No. 5155 por un valor de ……$82.110.450**
- **Bono residual por un valor de…… $121.206.543**
- **Comisión básica de voz por un valor de…….....$ 498.620**
- **Cesantía comercial retenida…….….$33.369.621**

Sexto.- Reconocer fundamento a las siguientes excepciones formuladas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.: *Existencia de condiciones de cumplimiento para el pago de facturas*; *Excepción de pago; Contrato es ley para las partes – aplicación de penalización*; *Inexistencia de multa aplicada en el contrato; Bilateralidad del acto de liquidación; Justa causa de terminación del contrato; Inexistencia de los requisitos para el pago de indemnización equitativa.*

Séptimo.- Reconocer fundamento parcial a las siguientes excepciones formuladas por COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.: *El demandante no es contratante cumplido; Inaplicabilidad de mecanismos de corrección monetaria e intereses de mora.*

Octavo.- Desestimar por falta de fundamento las demás excepciones y defensas de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Noveno.- Negar las demás pretensiones de la demanda de KEOPS COMUNICACIONES S.A.S.

Décimo.- Declarar que KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. incumplió las obligaciones contraídas bajo el contrato de agencia comercial No. 71.1.0077.2013, relacionadas con la obligación de máxima diligencia contenida en la cláusula tercera del contrato y en el Anexo No. 4 de Políticas de Prevención de Irregularidades y Penalizaciones, por las razones expuestas en la parte considerativa de esta providencia.

Décimo primero. Declarar la improsperidad de las excepciones formuladas por KEOPS COMUNICACIONES S.A.S. frente a la demanda de reconvención, por ella denominadas: *"Inexistencia de la obligación", "Inexistencia del hecho generador de la responsabilidad civil", "Ausencia de culpa", "Ausencia de nexo causal", "Ausencia de daño", "Violación del principio de la legítima confianza debida", "Temeridad y mala fe procesal", "Ausencia de instrucciones claras", "Inexistencia de una obligación de resultado"* y, *"Cualquier otra excepción que resulte probada"*.

Décimo segundo.- Negar las demás pretensiones de la demanda de reconvención de COLOMBIA TELECOMUNICACIONES S.A. E.S.P.

Décimo tercero.- Abstenerse de condenar en costas, de acuerdo con lo expuesto en la parte motiva de esta providencia.

Décimo quinto.- Disponer que por Secretaría se expidan copias auténticas del presente laudo arbitral con destino a cada una de las partes, con las constancias de ley y que se remita el expediente para su archivo al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

El presente Laudo Arbitral queda notificado en esta audiencia, celebrada hoy veintinueve (29) de febrero de dos mil dieciséis (2016).

TRIBUNAL DE ARBITRAMENTO

ALFREDO BELTRÁN SIERRA
Presidente

OLYMPO MORALES BENÍTEZ
Árbitro

FERNANDO PABÓN SANTANDER
Árbitro

VIVIANA CONSTANZA GUTIÉRREZ PERDOMO
Secretaria