

000033

CÁMARA DE COMERCIO DE BOGOTÁ
CENTRO DE ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN

LAUDO ARBITRAL

PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES S.A.S.

C.

ANA XIMENA ACHURY BARRETO

Radicación: 4575

2 de agosto de 2017

Bogotá D.C., Colombia

I.	ANTECEDENTES	1
A.	LAS PARTES PROCESALES	1
1.	<i>La Demandante o Demandada en Reconvención</i>	<i>1</i>
2.	<i>La Demandada o Demandante en Reconvención</i>	<i>1</i>
B.	EL PACTO ARBITRAL	2
C.	EL TRÁMITE DEL PROCESO	2
D.	EL TÉRMINO PARA PROFERIR EL LAUDO	4
E.	LA DEMANDA	5
1.	<i>Las Pretensiones de la Demanda</i>	<i>5</i>
2.	<i>Los Hechos de la Demanda</i>	<i>6</i>
F.	LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA	7
G.	LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	7
1.	<i>Las Pretensiones de la Demanda de Reconvención</i>	<i>7</i>
2.	<i>Los Hechos de la Demanda de Reconvención</i>	<i>8</i>
H.	LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	10
II.	LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO	10
III.	LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL	11
A.	EL INCIDENTE DE TACHA DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS	11
B.	LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS DE LAS PARTES	17
C.	LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL	18
1.	<i>Primera Pretensión: “Que Ana Ximena Achury INCUMPLIÓ el contrato de cuentas en participación suscrito el 28 de enero de 2015 con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda.”</i>	<i>19</i>
2.	<i>Segunda pretensión: “Que como consecuencia de ese incumplimiento se declare RESUELTO el Contrato de Cuentas en Participación suscrito el 28 de enero de 2015 entre Ana Ximena Achury Barreto como gestora con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda. como partícipe oculta”</i>	<i>51</i>
3.	<i>Tercera y Cuarta Pretensión: “Que se ordene a Ana Ximena Achury Barreto pagar a Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda., en el término de tres días contados a partir de la ejecutoria de las sumas de dinero” especificadas por la Demandante y “Que la liquidación que se haga se imputen los abonos recibidos en la forma como lo establece el artículo 1653 del Código Civil”</i>	<i>54</i>
D.	LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA	72
E.	LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN	84
1.	<i>Primera Pretensión: “Que P&G actuó como socio gestor del CONTRATO”</i>	<i>84</i>
2.	<i>Segunda Pretensión: “Que se declare cumplido el CONTRATO”</i>	<i>84</i>

3.	<i>Tercera Pretensión: "Que se tenga como liquidación del CONTRATO el Anexo 46"</i>	85
4.	<i>Cuarta Pretensión: "Que se declare la nulidad del OTROSÍ firmado el 28 de mayo de 2015"</i>	86
5.	<i>Quinta Pretensión: Los daños y perjuicios sufridos por AXA equivalentes a COP\$200.000.000</i>	87
6.	<i>Sexta Pretensión: El lucro cesante sufrido por AXA sobre la suma de COP\$169.019.381</i>	90
7.	<i>Séptima Pretensión: "Que se declaren los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, sobre las sumas apropiadas por P&G en exceso a partir del 4 de noviembre de 2015"</i>	91
8.	<i>Octava Pretensión: "Que se declare que P&G intencionalmente prolonga, alarga y retarda la liquidación del CONTRATO y su consecuente firma del acta de liquidación"</i>	92
9.	<i>Novena Pretensión: "Que en consecuencia del anterior punto, se declare la aplicación de la cláusula penal pactada en el CONTRATO en contra de P&G y a favor de AXA"</i>	93
IV.	COSTAS Y GASTOS	93
V.	PARTE RESOLUTIVA	97
	RESUELVE	97

LAUDO ARBITRAL

Bogotá D.C., 2 de agosto de 2016

Surtidas todas las actuaciones procesales previstas en la Ley 1563 de 2012, y siendo la fecha señalada para llevar a cabo la Audiencia de Laudo dentro del presente proceso arbitral, el Árbitro Único profiere en Derecho el Laudo que pone fin al proceso arbitral convocado para dirimir las controversias surgidas entre la sociedad **PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES S.A.S.** y **ANA XIMENA ACHURY BARRETO**.

I. ANTECEDENTES**A. LAS PARTES PROCESALES****1. La Demandante o Demandada en Reconvención**

1. La Demandante o Demandada en Reconvención en este arbitraje es la sociedad **PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES S.A.S.**, (en adelante, la “**Convocante**”, la “**Demandante**”, “**P&G**” o la “**Demandada en Reconvención**”), una sociedad comercial debidamente constituida y legalmente existente bajo las leyes de la República de Colombia, identificada con el NIT 900176486 – 6, con domicilio principal en la ciudad de Bogotá D.C. A pesar de que en la demanda se hizo mención a la sociedad **PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA**, se precisa que, de conformidad con lo indicado en el Certificado de Existencia y Representación Legal que obra en el expediente, la sociedad **PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA**, se transformó al tipo societario S.A.S por medio del Acta No. 7 de la Junta de Socios del 12 de febrero de 2016, inscrita el 19 de febrero de 2016.

2. La Demandada o Demandante en Reconvención

2. La Demandada o Demandante en Reconvención en este arbitraje es la señora **ANA XIMENA ACHURY BARRETO**, (en adelante, la “**Convocada**”, la “**Demandada**”, “**AXA**” o la “**Demandante en Reconvención**”) mayor de edad, identificada con la cédula de ciudadanía N° 40.386.054, con domicilio en la ciudad de Bogotá D.C.

-
3. Para efectos de este Laudo la Demandante o Demandada en Reconvención y la Demanda o Demandante en Reconvención se denominarán conjuntamente como las "Partes".

B. EL PACTO ARBITRAL

4. Este arbitraje tiene como fundamento el pacto arbitral incluido en el Contrato de Cuentas en Participación del 28 de enero de 2015, cuyo contenido es el siguiente:

“Las partes convienen en someter a la decisión obligatoria de un tribunal de arbitramento, todas las diferencias que surjan durante la vigencia del presente contrato. En tal caso, la decisión arbitral estará a cargo de un (1) árbitro, nombrado por el director del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, quien deberá ser abogado inscrito y deberá fallar en derecho. El tribunal se someterá en todo al reglamento del centro de Arbitraje, y en lo aquí no previsto, a las disposiciones de nuestro ordenamiento jurídico que regulan el arbitramento institucional.”

5. El pacto arbitral transcrito fue modificado por las Partes en la audiencia celebrada el 25 de mayo de 2017, en la sede del Tribunal, en la que acordaron ampliar el término de duración del proceso indicando que “la duración del proceso arbitral será de dos (2) meses adicionales al término previsto en la ley, por lo que, el término de duración del presente arbitraje vencerá el 1 de septiembre de 2017”.

C. EL TRÁMITE DEL PROCESO

6. Las siguientes fueron las actuaciones adelantadas durante el proceso arbitral:
- 1) El 22 de abril de 2016 por medio de apoderado judicial, P&G formuló demanda arbitral en contra de AXA ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (en adelante, la "Demanda").
 - 2) De conformidad con el pacto arbitral invocado, el Árbitro Único que integra el presente Tribunal fue designado bajo la modalidad de sorteo público, realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá el 28 de abril de 2016.

-
- 3) Como resultado del sorteo se designó como árbitro principal al doctor Rafael Rincón Ordóñez, quien encontrándose dentro del término de ley, manifestó su aceptación a la designación.
 - 4) El 9 de junio de 2016 tuvo lugar la audiencia de instalación del Tribunal en la cual, mediante el Auto No. 2, fue inadmitida la Demanda.
 - 5) El 15 de junio de 2016 P&G presentó su memorial de subsanación a la Demanda (en adelante, la “**Subsanación de la Demanda**”).
 - 6) Mediante el Auto No. 3 de 22 de junio de 2016 fue admitida la Demanda por el Árbitro Único y fue notificada personalmente a AXA el 30 de junio de 2016.
 - 7) AXA contestó oportunamente la Demanda el 1 de agosto de 2016 (en adelante, la “**Contestación a la Demanda**”) y en la misma fecha presentó demanda de reconvencción (en adelante, la “**Demanda de Reconvencción**”) e incidente de tacha de falsedad en documento privado.
 - 8) Mediante el Auto No. 5 del 11 de agosto de 2016 el Árbitro Único inadmitió la Demanda de Reconvencción.
 - 9) El 23 de agosto de 2016 AXA presentó la subsanación de la Demanda de Reconvencción.
 - 10) Mediante el Auto No. 6 del 1 de septiembre de 2016 el Árbitro Único admitió la Demanda de Reconvencción. Dicha admisión fue notificada en estado el 6 de septiembre de 2016.
 - 11) La Demandada en Reconvencción contestó oportunamente la Demanda de Reconvencción el 3 de octubre de 2016.
 - 12) Mediante el Auto No. 7 del 5 de octubre de 2016 y de conformidad con el artículo 21 de la Ley 1563 de 2012, se ordenó correr traslado conjunto de las contestaciones de la Demanda y de la Demanda de Reconvencción. En el mismo Auto se corrió traslado de las objeciones al juramento estimatorio formuladas en las contestaciones de la Demanda y de la Demanda de Reconvencción.

-
- 13) Mediante el escrito del 14 de octubre de 2016 P&G se pronunció respecto de la Contestación a la Demanda presentada por el apoderado de AXA.
 - 14) El 25 de octubre de 2016 se llevó a cabo la audiencia de conciliación prevista en el artículo 24 de la Ley 1563 de 2012, sin que las Partes llegaran a un acuerdo, lo que dio lugar a la fijación de honorarios por parte del Tribunal. En la misma audiencia, las Partes ratificaron la designación del Árbitro Único, tal y como consta en el Acta No. 6 del 25 de octubre de 2016.
 - 15) Encontrándose dentro del término previsto en la Ley y en el Auto No. 9 proferido por el Tribunal, la Demandante realizó el pago de los honorarios fijados a su cargo, y teniendo en cuenta que la Demandada no pagó el valor que le correspondía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, la Demandante efectuó dentro del término de ley el pago de dicho valor.
 - 16) La primera audiencia de trámite tuvo lugar el 2 de diciembre de 2016, oportunidad en la cual mediante el Auto No. 11, el Árbitro Único asumió competencia para conocer y decidir las controversias suscitadas entre las Partes, decretó las pruebas del proceso y fijó fecha para practicarlas.
 - 17) Mediante el Auto No. 39 de 20 de junio de 2017 se dio por concluida la etapa probatoria.
 - 18) El 20 de junio de 2017 tuvo lugar la audiencia de alegatos de conclusión en la que los apoderados de ambas Partes expusieron los argumentos que consideraron del caso.

D. EL TÉRMINO PARA PROFERIR EL LAUDO

7. Corresponde al Árbitro Único mediante el presente Laudo, decidir en derecho las controversias planteadas, lo cual hace en tiempo oportuno. En efecto, como la primera audiencia de trámite tuvo lugar el 2 de diciembre de 2016 y, teniendo en cuenta que el proceso estuvo suspendido por solicitud conjunta de las Partes entre el 7 de abril y el 7 de mayo de 2017, ambas fechas inclusive, así como la modificación del pacto arbitral hecha

por las partes en la audiencia el 25 de mayo de 2017, el término del proceso arbitral vence el 1 de septiembre de 2017.

E. *LA DEMANDA*

1. Las Pretensiones de la Demanda

8. En su Demanda P&G formuló ante el Árbitro Único las siguientes pretensiones:

“Primero:- Que Ana Ximena Achury Barreto INCUMPLIÓ el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN suscrito 28 enero de 2015 con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda.

Segundo:- Que como consecuencia de ese incumplimiento se declare RESUELTO el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN suscrito el 28 enero de 2015 entre Ana Ximena Achury Barreto como gestora con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda, como partícipe oculta.

Tercero:- Que se ordene a Ana Ximena Achury Barreto pagar a Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda, en el término de tres días contados a partir de la ejecutoria de la decisión las sumas de dinero que a continuación se señalan:

3.1.- Ana Ximena Achury Barreto deberá devolver la suma de ciento setenta y tres millones ochocientos once mil cuatrocientos sesenta y nueve pesos m/cte (\$173.811.469.ºº) por concepto de saldo de capital del negocio incumplido.

3.2.- Ana Ximena Achury Barreto pagará los intereses de plazo liquidados sobre el capital que requirió el contrato, desde la fecha de los desembolsos hasta la fecha en que debió liquidarse el contrato a la tasa máxima permitida, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia.

3.3.- Los intereses de mora liquidados sobre el capital no devuelto a la tasa máxima legal permitida, certificada por la Superintendencia Financiera de Colombia suma desde el día en que Ana Ximena Achury recibió los pagos en la cuenta de Bancolombia hasta la fecha en que se haga efectivo el pago.

3.4.- La suma cinco millones de pesos (\$5'000.000.oo), valor de la cláusula penal pactada en el contrato.

Cuarto:- Que la liquidación que se haga se imputen los abonos recibidos en la forma como lo establece el artículo 1653 del Código Civil.

Quinto:- Se condene a la demandada a pagar las costas y gastos de este arbitramento.”

2. Los Hechos de la Demanda

9. Las pretensiones formuladas por P&G se encuentran soportadas en los hechos que a continuación se resumen:
- 1) El 28 de enero de 2015 P&G suscribió un contrato de cuentas en participación (el “Contrato”) con AXA cuyo objeto fue la importación desde la China de unos productos promocionales denominados “Guerreros Medievales con Luz” (los “Productos”) que serían vendidos a las empresas Surcolac S.A, Cooperativa Colanta, Parmalat S.A; Gloria de Colombia S.A. y Alival – Alimentos del Valle S.A. (los “Cientes Externos”).
 - 2) Según las disposiciones contractuales P&G actuaría como socio oculto o inactivo, mientras que AXA actuaría como socio gestor.
 - 3) El 28 de mayo de 2015 las partes suscribieron un otrosí mediante el cual se amplió el objeto del Contrato y se hicieron reconocimientos económicos (el “Otrosí No. 1”).
 - 4) Para concluir los trámites de nacionalización, logística y transporte derivados de la importación, distribución y venta de los productos desde la China, P&G realizó pagos a las empresas Ascomint S.A.S, Acert S.A., Disgraf, Globalizza y Movientregas (los “Proveedores”) que ascendieron a la suma de COP\$193.894.862.
 - 5) AXA incumplió el Contrato pues (i) no ha devuelto el dinero que le fue entregado por P&G para la ejecución del Contrato; (ii) no ha rendido las cuentas a las que está obligada; (iii) no entregó los cheques para cubrir el monto del capital, los intereses y las utilidades a que se comprometió en el Otrosí No. 1; (iv) retiró la firma de la persona autorizada por P&G para el manejo de la cuenta de Bancolombia para el recaudo de los pagos de los Cientes Externos; y (v) niega a P&G el acceso a la información contable del negocio.

F. *LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA*

10. En la Contestación a la Demanda la Demandada se opuso a las pretensiones formuladas por la Demandante y formuló las siguientes excepciones:

- 1) Inexistencia de la obligación cobrada.
- 2) Inexistencia del incumplimiento de AXA.
- 3) Inaplicabilidad de la Cláusula Penal en contra de AXA.
- 4) Ausencia de responsabilidad civil de AXA respecto de la solicitud de indemnización de perjuicios hecha por P&G.

G. *LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN*

1. Las Pretensiones de la Demanda de Reconvención

11. En la subsanación a la Demanda de Reconvención AXA formuló ante el Tribunal las siguientes pretensiones:

“1. Que se declare que Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda. actuó como socio gestor del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN.

2. Que se declare como cumplido el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN entre PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA y ANA XIMENA ACHURY BARRETO suscrito el 28 de enero de 2015.

3. Que se declare como liquidación del contrato de cuentas en participación el Anexo 46 del acápite de pruebas de esta reconvención y se condene en lo pertinente.

4. Que se declare la nulidad del OTROSÍ firmado el 28 de mayo de 2015.

5. Que se declaren y condene a los daños y perjuicios a favor de ANA XIMENA ACHURY BARRETO en cuantía de Doscientos millones de pesos m/cte. (\$200.000.000.00), por cuanto las actuaciones de PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA, durante y después del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN, ha impedido, bloqueado, presionado y dañado el desarrollo del objeto social de ANA

XIMENA ACHURY BARRETO, su buen nombre, su reputación comercial y su good will que no son otros que base de su sustento y modus vivendi.

6. Que se declare y condene el lucro cesante a favor de ANA XIMENA ACHURY BARRETO en una cuantía equivalente a la utilidad de cada participe según el Anexo 46 cuya suma asciende a Ciento sesenta y ocho millones diecinueve mil trescientos ochenta y un pesos m/cte. (\$168.019.381.00), por cuanto la versión 2.0 de los Guerreros Medievales con luz, es decir la campaña Dragones Medievales con Luz fue suspendida por la demora en la entrega de la mercancía a los clientes y porque la señora Marcela Marmolejo, representante legal de PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA visitó a los clientes de ANA XIMENA ACHURY BARRETO argumentando denuncia penal en contra de ANA XIMENA ACHURY BARRETO (Ver Anexo 15 adjunto 2).

7. Que se declaren y condenen los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, sobre las sumas retiradas por la señora Marcela Marmolejo, representante legal de PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA. en exceso a partir del 4 de noviembre del 2015.

8. Que se declare y condene que PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA intencionalmente prolonga, alarga y retarda la liquidación del CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN y su consecuente firma del acta de liquidación.

9. Que en consecuencia del anterior punto, se declare la aplicación de la cláusula penal pactada en el CONTRATO DE CUENTAS EN PARTICIPACIÓN en contra de PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA y a favor ANA XIMENA ACHURY BARRETO.

10. Que se condene a PRESENTS AND GIFTS SOLUCIONES PROMOCIONALES LTDA a pagar todas las costas y todos los gastos de este arbitramento.”

2. Los Hechos de la Demanda de Reconvención

12. Las pretensiones formuladas por AXA se encuentran soportadas en los hechos que a continuación se resumen:

1) Previo a la firma del Contrato, AXA hizo acuerdos comerciales con sus clientes para la realización de la campaña promocional “Guerreros Medievales”.

-
- 2) El 28 de enero de 2015, AXA y P&G suscribieron el Contrato, cuyo objeto era la explotación conjunta del producto "Guerreros Medievales con Luz" y en el cual la partícipe gestora sería AXA y la partícipe oculta sería P&G.
 - 3) P&G no actuó como partícipe oculta y efectuó directamente la mayoría de los gastos, costos y deducciones del Contrato, limitando el control jurídico, contable, administrativo y operativo del Contrato por parte AXA.
 - 4) Al asumir decisiones y funciones de socio gestor, P&G negó al Contrato los gastos necesarios para su soporte jurídico, pues los gastos quedaron en cabeza de P&G y la facturación en cabeza de AXA.
 - 5) AXA solo registró como pasivos pendientes de reembolso aquellos egresos que le fueron entregados y que tienen relación de causalidad con el objeto contractual.
 - 6) El valor de los ingresos del Contrato fue de COP\$660.182.184.
 - 7) El 28 de mayo de 2015, Marcela Marmolejo exigió la firma del Otrosí No. 1 como condición para realizar el desembolso de los dineros para completar el negocio, sin que AXA tuviera el tiempo necesario para revisar y analizar el Otrosí y sus consecuencias jurídicas.
 - 8) El 10 de julio de 2015 se cumplieron la totalidad de las obligaciones del Contrato, al culminar la entrega de los Productos a los Clientes Externos.
 - 9) P&G había visitado a los Clientes Externos de AXA argumentando denuncia penal en su contra, impidiendo así el desarrollo del objeto social de AXA como comerciante.
 - 10) El 13 de octubre de 2015 AXA giró a P&G el valor inicial de pagos correspondientes al costo de la mercancía nacionalizada por valor de COP\$117.110.580.
 - 11) P&G retiró de la cuenta bancaria de AXA en Bancolombia la suma de COP\$258.800.000.

-
- 12) A la fecha, por razones imputables a P&G y pese a la insistencia de AXA, no se ha firmado el acta de liquidación del Contrato.
 - 13) AXA no ha logrado que P&G entregue la información de los presuntos gastos realizados por ella para la ejecución del Contrato, por lo que no es posible incluirlos en la liquidación.
 - 14) P&G pretende cobrar a AXA valores superiores por los servicios pagados por ella para la ejecución del objeto contractual

H. LA CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

13. En la Contestación a la Demanda de Reconvencción la Demandada en Reconvencción se opuso a las pretensiones formuladas por la Demandante en Reconvencción y formuló las siguientes excepciones:
 - 1) Excepción de contrato no cumplido.
 - 2) Ausencia de buena fe por parte de AXA.
 - 3) Ausencia de responsabilidad de P&G debido a que P&G actuó como un partícipe oculto diligente.
 - 4) Ausencia de daño imputable a P&G.

II. LA INSTRUCCIÓN DEL PROCESO

14. Como prueba de los hechos que sirven de fundamento a sus posiciones, (i) las Partes aportaron varios documentos, (ii) se incorporaron varios documentos como consecuencia de los interrogatorios de Parte con exhibición de documentos; y (iii) se aportaron varios documentos en los diferentes testimonios, de los cuales se corrió traslado a las Partes para su correspondiente contradicción.
15. Por petición de las Partes se recibieron los testimonios de: (i) Alexandra Acero Marmolejo, (ii) Javier Castilla Robles, (iii) Patricia Sánchez, (iv) Henry Aza Olarte, (v) Miriam Rodríguez, (vi) Mark García, (vii) Orlando González, (viii) Mariano Alfonso Vallejo, (ix) William Elex Aguilar González y (x) Luisa Cristina Urrea Rivera.

-
16. A solicitud de AXA se practicó el dictamen grafológico elaborado por el perito grafólogo Richard Poveda Daza (el "Dictamen Pericial Grafológico")
 17. A solicitud de P&G y de AXA se practicaron los dictámenes periciales contables el dictamen pericial contable que fue elaborado por la perita contadora Gloria Zady Correa Palacio (en conjunto, el "Dictamen Pericial Contable").
 18. A solicitud de AXA se presentó un informe de aclaraciones y complementaciones al Dictamen Pericial Contable. La perito contable Gloria Zady Palacio concurrió a rendir interrogatorio a solicitud de P&G.
 19. Adicionalmente se recibieron informes de (i) la Fiscalía 98 de Delitos Contra el Patrimonio, (ii) la Cooperativa Colanta, (iii) Gloria Colombia S.A., (iv) Parmalat Colombia Ltda., (v) Surolac S.A., (vi) Globalizza; (vii) Movientregas; (viii) Bancolombia, y (ix) la DIAN. El informe de Alival fue desistido por la Demandante.
 20. A petición de la P&G se recibió el interrogatorio de Parte con exhibición de documentos de AXA. A petición de la Demandada se recibió el interrogatorio de Parte con exhibición de documentos de la representante legal de la Demandante.
 21. El 20 de junio de 2017 las Partes presentaron sus alegatos de conclusión. La Demandante aportó un escrito con sus alegaciones el cual fue incorporado en el expediente.

III. LAS CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

A. EL INCIDENTE DE TACHA DE FALSEDAD EN DOCUMENTOS PRIVADOS

22. El 1 de agosto de 2016, y durante el término de traslado de la Demanda, la Demandada interpuso el incidente de tacha de falsedad en el que argumentó la falsedad ideológica de las facturas Nos. 102889 y 102890 expedidas por Movientregas, y de la factura No. GL00015 expedida por Globalizza.
23. Los documentos mencionados fueron tachados de falsedad ideológica en documento privado. El Árbitro Único considera pertinente analizar esta figura en conjunto con los hallazgos del Dictamen Pericial Grafológico.
24. La Corte Constitucional en la sentencia C-637 de 2009 definió la falsedad ideológica como:

“[L]a falta de verdad de un documento, independientemente de su integridad material. Así, el documento que contiene información no veraz es ideológicamente falso. La falsedad ideológica en documentos se presenta cuando en un escrito genuino se insertan declaraciones contrarias a la verdad, es decir, cuando siendo el documento verdadero en su forma y origen (auténtico), contiene afirmaciones falsas sobre la existencia histórica de un acto o un hecho, o sus modalidades, bien porque se los hace aparecer como verdaderos no habiendo ocurrido, o cuando habiendo acontecido de determinada manera, son presentados de una diferente.”¹

25. La Demandada argumentó que las facturas Nos. 102889 y 102890 expedidas por Movientregas adolecían de falsedad ideológica debido a que consideraba que Movientregas no había sido proveedor de ningún servicio relacionado con el Contrato, por lo que los servicios contenidos en las mismas no correspondían a la realidad². Adicionalmente la Demandada argumentó que:

- 1) Que según el numeral 3 del artículo 774 del Código de Comercio, el prestador del servicio tiene la obligación de dejar constancia en el original de la factura y del estado y condiciones del pago “so pena de no tener la calidad de título valor”³; y que las facturas tachadas no cumplen con tal requisito.
- 2) Que “[l]as facturas aparecieron como soportes en las conciliaciones del CONTRATO en el mes de septiembre de 2015, pero son facturas con fecha del 10 de junio de 2015”⁴.
- 3) Que “[t]eniendo la oportunidad para haber presentado las facturas, con suficiente antelación y sin mencionarlas, estas facturas fueron aportadas después de terminado el CONTRATO, después de haber efectuado varias reuniones con los Contadores y de haber cruzado múltiples comunicaciones por e-mail (...)”⁵.

¹ Corte Constitucional, sentencia C-637 del 16 de septiembre de 2009, M.P. Mauricio González Cuervo.

² Folio 133, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 2.

³ Folio 133, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 2.

⁴ Folio 134, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 3.

⁵ Folio 134, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 3.

-
- 4) Que “[t]anto el proveedor MOVIENTREGAS como P&G se han negado reiteradamente a aportar los soportes de las ordenes de servicio, los comprobantes de pago, los recibos de caja, las retenciones de impuestos efectuadas y los extractos bancarios donde conste el pago”⁶.
- 5) Que “[l]a letra manuscrita con que se diligenciaron las facturas parece ser la misma de la letra manuscrita de otros soportes presentados por el Dr. Mariano Vallejo, y con la letra manuscrita de la factura GL 0015 de GLOBALIZZA”⁷.
26. El Árbitro Único procede a analizar los argumentos de la tacha de falsedad de las facturas de Movientregas Nos. 102889 y 102890 de la siguiente manera:
27. Respecto del contenido de las facturas, el Árbitro Único encuentra que no existe la falsedad ideológica alegada por la Demandada, en la medida en que los elementos de prueba aportados en el expediente demuestran que el servicio de distribución de los Productos a nivel nacional fue efectivamente prestado por la empresa de transporte Movientregas. En efecto, el Testimonio de William Elex Aguilar, representante legal de Movientregas, el cual no fue controvertido por las Partes, da cuenta de que la empresa hizo la distribución “de los muñecos que se llevó a diferentes zonas desde Cartagena hasta donde fue la distribución para AXA”⁸.
28. En su testimonio el señor Aguilar narró las circunstancias de tiempo, modo y lugar de la contratación de sus servicios, afirmando:

*“SR. AGUILAR: Como tal en ese momento no se hizo contrato porque la señora Marmolejo me pidió el favor o no me pidió el favor, me pidió el servicio de transporte para distribuir unos contenedores que venían para varios grupos, Colanta, por aquí tengo algunos cumplidos que se hicieron, para Gloria Colombia, Surcolac, Parmalat entre otras que fue en diferentes ciudades a nivel nacional.”*⁹

⁶ Folio 134, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 3.

⁷ Folio 134, cuaderno principal 1, Tacha de Falsedad, p. 3.

⁸ Testimonio de William Elex Aguilar, p. 2.

⁹ Testimonio de William Elex Aguilar, p. 2.

29. Igualmente, el señor Aguilar explicó ante el Árbitro Único el alcance de la gestión de Movientregas, afirmando que:

“el desembalaje es que tiene que venir desde la CIA, ahí le quitan los sellos que tienen de la DIAN y luego se descarga todo el contenedor, se verifica que venga las cantidades y se verifica la clase de mercancía, luego Movientregas como tal pasa y cuadra los vehículos y empieza a embalar la mercancía para cargarla y llevarla hasta el cliente, de tal manera que nosotros también tenemos que tener embalaje y desembalaje, se le prestó el servicio de embalaje y desembalaje, el embarque quiere decir el cargue y el descargue en las ciudades donde entregamos nosotros.”¹⁰

30. Finalmente, con respecto a la prestación del servicio, el señor Aguilar explicó que cada una de las entregas que Movientregas hizo a los Clientes Externos fueron monitoreadas por vía satelital (rastreo israelí siglo XXI) que permite obtener un “resumen desde el momento en que salió el vehículo hasta todas las plantas donde fueron los vehículos”¹¹.
31. Con relación al cumplimiento de los requisitos del numeral 3 del artículo 774 del Código de Comercio, el Árbitro Único hace énfasis en que el no cumplimiento de la mencionada norma no es suficiente para desestimar un documento privado como falso. En efecto, el hecho de que las facturas de Movientregas no cumplan con el numeral 3 del artículo 774 del Código de Comercio evita que estas sean consideradas como un título valor expreso, claro y exigible para efectos de hacer el cobro por los servicios prestados. Sin embargo, la ausencia del mencionado requisito no previene al Árbitro Único de considerar las facturas como medios de prueba idóneos para evidenciar la existencia de la prestación del servicio, o el valor del servicio prestado, dado que en Colombia no existe la tarifa legal probatoria¹².
32. Con relación al momento en que AXA tuvo conocimiento de las facturas de Movientregas, el Árbitro Único resalta que tal conducta por parte de P&G se refiere a una conducta contractual de la Demandante y no resta valor probatorio a los documentos aportados, ni es suficiente para tachar tales documentos como ideológicamente falsos.

¹⁰ Testimonio de William Elex Aguilar, p. 6.

¹¹ Testimonio de William Elex Aguilar, pp. 9 a 10.

¹² Artículo 165 del Código General del Proceso.

-
33. Frente al argumento de la Demandada de que ni Movientregas ni P&G han aportado los soportes de las facturas Nos. 102889 y 102890, el Árbitro Único resalta que el este argumento tampoco previene que el Árbitro Único analice las facturas y las utilice como medios de prueba de este arbitraje junto con los demás elementos probatorios aportados a este arbitraje en el marco de las reglas de la sana crítica. Adicionalmente el Árbitro Único hace énfasis en que la Demandada no hizo objeciones al testimonio del señor William Elex Aguilar, por lo que el Árbitro Único no encuentra elementos probatorios para desestimar su dicho, el cual es evaluado en conjunto con las facturas y con los demás elementos de prueba y bajo las reglas de la sana crítica.
34. Adicionalmente el Árbitro Único resalta que el cumplimiento o incumplimiento de P&G, de Distotales o de la señora Marcela Marmolejo de sus obligaciones tributarias, contables o bancarias excede la competencia de este Tribunal, por lo que, para efectos del análisis del cumplimiento del Contrato tales conductas son irrelevantes.
35. Finalmente, frente al argumento de la Demandada de que la letra manuscrita de las facturas 102889 y 102890 corresponde con la letra manuscrita de otros documentos, el Árbitro Único destaca que el Dictamen Pericial Grafológico, encontró uniprocedencia manuscritural entre las mencionadas facturas expedidas por Movientregas¹³, lo cual es lógico al tratarse de facturas emitidas por la misma compañía; y concluyó que las facturas de Movientregas y la factura GL 0015 de Globalizza no guardan correspondencia entre sí, al no existir la mencionada uniprocedencia manuscritural¹⁴.
36. Es importante tener en cuenta el alcance del Dictamen Pericial Grafológico, el cual tuvo como objeto:

“PRIMERO: Precisar mediante cotejo, si existe o no identidad gráfica entre los textos manuscritos que se observan en dos facturas de venta identificadas con los números 102889 y 102890 de la empresa Transporte y Mensajería MOVIENTREGAS y los cuerpos de escritura que hacen

¹³¹³ Folio 316, cuaderno de pruebas 2, Dictamen Pericial Grafológico.

¹⁴¹⁴ Folio 316, cuaderno de pruebas 2, Dictamen Pericial Grafológico.

parte del diligenciamiento de la factura de venta GL 0015 de la empresa GLOBALIZZA S.A.S.

SEGUNDO: Comparar los números y letra manuscritos que se observan en las copias de las facturas de venta números 26527 y 26539 de la empresa ASCOMINT S.A.S Asesores en Comercio Internacional Ltda, frente a la caligrafía vista en las facturas de venta número 102889 y 102890 y GL0015 de las empresas Transporte y Mensajería MOCIENTREGAS y GLOBALIZZA S.A.S respectivamente, para determinar si provienen o no de una misma fuente manuscritural, es decir si fueron escritas por una misma persona”¹⁵

37. Con base en este alcance, el Dictamen Pericial Grafológico determinó la inexistencia de factores que permitieran identificarlas con las facturas emitidas por Globalizza, por lo que concluyó que fueron elaboradas por personas diferentes¹⁶.
38. Es importante resaltar que, aportado el Dictamen Pericial Grafológico, ninguna de las Partes controversió la imparcialidad del perito, ni fue citado a audiencia para ser interrogado, por lo que para el Árbitro Único el mencionado Dictamen tiene todo el valor probatorio.
39. Por todo lo anterior, el Árbitro Único concluye que en la medida en que las Partes no hicieron objeciones al testimonio del señor Aguilar, que tanto las facturas como el mencionado testimonio coinciden plenamente, y, que el Dictamen Pericial Grafológico¹⁷ determinó la ausencia de falsedad en las facturas Nos. 102889 y 102890, el Árbitro Único encuentra probado que el servicio de transporte de la empresa Movientregas fue efectivamente prestado para la distribución de los Productos y rechaza la tacha de falsedad propuesta por la Demandada.
40. El Árbitro Único además encuentra que no existen elementos probatorios que evidencien falsedad ideológica de las facturas de Movientregas ni de la factura de Globalizza, ya que estas fueron expedidas por cada una de estas empresas, y dan fe de los servicios prestados y del valor cobrado por cada servicio, por lo que el Árbitro Único rechaza la solicitud del

¹⁵ Folio 308, cuaderno de pruebas 2, Dictamen Pericial Grafológico.

¹⁶ Folio 316, cuaderno de pruebas 2, Dictamen Pericial Grafológico.

¹⁷ Folios 308 a 328, cuaderno de pruebas 2.

incidente de tacha de falsedad de la Demandada y le otorga a los documentos tachados el valor probatorio que merecen.

B. LOS JURAMENTOS ESTIMATORIOS DE LAS PARTES

41. Por una parte, el juramento estimatorio de la Demandante declaró que el valor de la Demanda era de COP\$270.000.000¹⁸, conformado por los siguientes conceptos:
- 1) Saldo por capital insoluto: COP\$173.811.449.
 - 2) Intereses de plazo desde el 8 de mayo de 2015 hasta el 8 de agosto de 2015: COP\$35.650.120.
 - 3) Intereses de mora desde el 29 de agosto de 2015 hasta el 22 de abril de 2015: COP\$55.358.431.
 - 4) Cláusula penal contractual: COP\$5.000.000.
42. En la Contestación a la Demanda¹⁹, AXA propuso las excepciones correspondientes a las pretensiones de la Demanda, pero no objetó el juramento estimatorio. Según el artículo 206 del Código General del Proceso, “[s]olo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuye a la estimación” (subrayas fuera del texto original).
43. Adicionalmente, la mencionada norma ordena que “[f]ormulada la objeción, el juez concederá el término de cinco (5) días a la parte que hizo la estimación para que aporte o solicite las pruebas pertinentes”, es decir, que ante la objeción del juramento estimatorio el árbitro debe correr traslado de la objeción a la parte que presentó el juramento estimatorio, para que se pronuncie sobre ella.
44. En el caso en estudio, la Demandada no presentó objeción expresa al juramento estimatorio de la Demandante, por lo que la suma estimada por P&G de sus perjuicios con ocasión del

¹⁸ Folio 5, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 5. La Demandante presentó corrección del juramento estimatorio en la Subsanción de la Demanda, por lo que son estas sumas las que el Tribunal tiene en cuenta como juramento estimatorio de la Demandante. Ver: Folio 68, cuaderno de pruebas 1, Subsanción de la Demanda, p. 1.

¹⁹ Folios 68 a 131, cuaderno principal 1, Contestación a la Demanda, pp. 1 a 31.

Contrato constituye el límite máximo que el Tribunal podrá otorgar, en el evento en que encuentre probadas las pretensiones de la Demanda.

45. Por otra parte, el juramento estimatorio de la Demandante en Reconvención declaró que el valor de la Demanda de Reconvención era de COP\$461.562.042²⁰, conformado por los siguientes ítems:

- 1) Saldo pagado en exceso a P&G en 4 de noviembre de 2015: COP\$75.163.549.
- 2) Intereses de plazo desde el 4 de noviembre de 2015: COP\$13.379.112.
- 3) Cláusula penal: COP\$5.000.000.
- 4) Indemnización en calidad de daños y perjuicios: COP\$200.000.000.
- 5) Lucro cesante: COP\$168.019.381.

46. Por medio de la Contestación a la Demanda de Reconvención²¹, la Demandada en Reconvención presentó debidamente su objeción al juramento estimatorio, por lo que el Árbitro Único no se encuentra limitado por los montos contenidos en el juramento estimatorio de la Demandante en Reconvención²².

C. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL

47. En esta sección el Árbitro Único analizará y se pronunciará sobre todas las pretensiones de la Demanda y sobre las excepciones de la Contestación a la Demanda. El Árbitro Único ha analizado todos los argumentos presentados por las Partes, así como también los elementos probatorios aportados.

²⁰ Folios 92 a 93, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, pp. 18 a 19.

²¹ Folio 197 a 198, cuaderno principal 1, Contestación a la Demanda de Reconvención, pp. 16 a 17.

²² Artículo 206 del Código General del Proceso.

1. Primera Pretensión: “Que Ana Ximena Achury INCUMPLIÓ el contrato de cuentas en participación suscrito el 28 de enero de 2015 con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda.”²³

48. En si Demanda, la P&G le solicitó al Árbitro Único que declara que la AXA incumplió el Contrato, entre otras, por (i) no devolver los aportes entregados por P&G, no obstante los clientes pagaron la totalidad de las facturas; (ii) no entregar las cuentas a las que estaba obligada; (iii) no entregar los cheques para cubrir el monto del capital, los intereses y las utilidades en los términos en que se comprometió; (iv) retirar a la persona designada por P&G, Mario Álvarez, como suscribiente conjunto de la cuenta bancaria utilizada para el recaudo de las facturas; y (v) negarle a P&G el acceso a la contabilidad del Contrato²⁴.
49. Ante la pretensión de incumplimiento contractual, AXA propuso las siguientes excepciones (i) inexistencia de la obligación cobrada; (ii) inexistencia de incumplimiento; y (iii) ausencia de responsabilidad civil de AXA por concepto de los presuntos perjuicios sufridos por P&G. Asimismo, AXA alega que P&G actuó como socio gestor y, por ende, está obligada en los mismos términos que se le endilgan a ella²⁵.
50. Para estos efectos el Árbitro Único analizará (a) el contrato de cuentas en participación; (b) los incumplimientos de AXA de las obligaciones contractuales; y (c) las excepciones formuladas por AXA.

a) El contrato de cuentas en participación

51. En la presente Sección, el Árbitro Único hará un estudio del contrato de cuentas en participación en el derecho comercial colombiano en el entendido de que la controversia en el caso *sub examine* se deriva de un contrato de esta naturaleza. Para dichos efectos se expondrá: (i) La definición y finalidad económica de este tipo contractual; (ii) sus características principales; y (iii) las obligaciones de los partícipes activos o *gestores v. partícipes inactivos u ocultos*.

²³ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 2.

²⁴ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 2.

²⁵ Folio 122, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 22.

i. *Definición y Finalidad Económica*

52. El artículo 507 del Código de Comercio define el Contrato de cuentas en participación en los siguientes términos:

“ARTÍCULO 507. La participación es un contrato por el cual dos o más personas que tienen la calidad de comerciantes toman interés en una o varias operaciones mercantiles determinadas, que deberá ejecutar uno de ellos en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuenta y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida.”

53. En reiterada jurisprudencia la Corte Suprema de Justicia ha definido este contrato señalando que:

“En torno de las cuentas en participación, la doctrina jurisprudencial de la Sala tiene definido que se trata de un contrato ‘de colaboración’, ‘de carácter consensual’ y en virtud del cual ‘se permite que unas personas participen en los negocios de otras, mediante el aporte de dinero u otra clase de bienes, para desarrollar una o varias operaciones mercantiles determinadas, cuya ejecución deberá ser adelantada por una de ellas, llamada partícipe gestor, en su propio nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir cuentas a los partícipes inactivos, quienes ante terceros permanecerán ocultos, y dividir entre todos las ganancias o pérdidas en la forma convenida’, razón por la cual ‘su existencia, en principio, no se revela (...), pues el partícipe gestor es reputado único dueño de la empresa propuesta’, de donde ‘es claro que unas son las relaciones externas entre éste y aquéllos, y otras, las internas entre los partícipes’, las cuales ‘se rigen por las cláusulas de la participación o en su defecto los partícipes tendrán los mismos derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios entre sí, y en subsidio, las generales del contrato de sociedad’, sin que tenga lugar el ‘surgimiento de una sociedad propiamente dicha, porque a diferencia de ésta, el contrato de cuentas en participación, como se anunció, es de naturaleza consensual, y porque amén de que carece de patrimonio propio, distinto del de los partícipes, no puede haber autonomía patrimonial,

*precisamente al no existir personalidad a quien se le pueda atribuir ese patrimonio*²⁶.

54. La definición transcrita permite identificar claramente la finalidad económica del contrato de cuentas en participación. De una parte, se le permite a un comerciante que carece de capital pero que está en capacidad de administrar y desarrollar una determinada actividad comercial (partícipe activo o gestor) la posibilidad de asociarse con otro comerciante (partícipe inactivo) que está en la posibilidad de suministrar el capital que se requiere para desarrollar. Por su parte, este contrato le permite al comerciante que carece de dicho conocimiento comercial invertir en un proyecto del cual derivará una utilidad pactada, sin que su responsabilidad frente a terceros se vea comprometida²⁷.

ii. Características Principales

55. De acuerdo con la jurisprudencia arbitral y la doctrina, el contrato de cuentas en participación es un contrato mercantil de colaboración, típico, consensual, conmutativo y puede tener una naturaleza bilateral o plurilateral, según las circunstancias específicas de cada caso. A continuación, el Árbitro Único pasará a describir cada una de estas características:
- a) El contrato de colaboración: de acuerdo con la jurisprudencia, los contratos de cuentas en participación son contratos de colaboración, es decir contratos en los que las partes (i) persiguen una finalidad común pero no a través de la contraprestación del otro participante, sino a través de la actividad de colaboración;

²⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil sentencia del 4 de diciembre de 2008, M.P. Jaime Alberto Arrubla. *Ver también*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 15 de diciembre de 2016, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

²⁷ Laudo Arbitral Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017. *Ver también*: Laudo Arbitral Carlos Eduardo Naranjo Flórez y Manuel Guillermo Estrada Flórez vs. Edwin Fernando Núñez Sánchez del 6 de octubre de 2016.

y en los que (ii) a diferencia de las sociedades y otros contratos de asociación²⁸, no se constituye una persona jurídica distinta²⁹.

En el caso *Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros*, el tribunal destacó las diferencias entre el contrato de cuentas en participación y otros contratos de colaboración:

“Se distinguen todos los contratos del género anotado, según el mismo autor, por las siguientes características, entre otras:

- a) No hay obligaciones correlativas como en los bilaterales, sino que cada parte adquiere derechos y obligaciones respecto de todos los demás;*
- b) Se trata de contratos abiertos en los que pueden ingresar nuevas partes;*
- c) Las prestaciones pueden ser de muy distinto valor por lo que no rige el concepto de equivalencia y corresponsabilidad propia de los contratos de cambio (...).*
- d) Cada uno de los participantes adopta una posición independiente respecto de los demás en cuanto al contenido de sus derechos y obligaciones; (resaltado fuera del texto)*

²⁸ La jurisprudencia arbitral ha precisado que las cuentas en participación no son “contratos de asociación”: “(...) Agregando a lo antes anotado que son coincidentes todas las fuentes anotadas en establecer que el contrato de cuentas en participación constituye un contrato de colaboración y no un contrato de asociación, como se ha venido explicando reiteradamente en el presente laudo. En el mismo sentido autores como Broseta Pont sostienen que “Las cuentas en participación fueron y son un contrato de colaboración económica, frecuentemente estipulado por el que uno o varios sujetos aportan capital o bienes a otro, para participar en los resultados prósperos o adversos de un acto o actividades que éste desarrolla enteramente en su nombre, y aparentemente, por su única cuenta.” Laudo, Inversiones Avanaide & Cia S.C.A. (En Liquidación) Contra Alberto Enrique Henríquez Álvarez del 14 de junio de 2012.

²⁹ Laudo Arbitral, *Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros* del 5 de octubre de 2011. Ver también: Correa Arango, Gabriel, *Los Principales Contratos Mercantiles*, Editorial Temis, Bogotá 1991, 2ª edición, p 128. En el caso *Carlos Eduardo Naranjo Flórez y Manuel Guillermo Estrada Flórez vs. Edwin Fernando Nuñez Sánchez* del 6 de octubre de 2016 el Tribunal afirmó lo siguiente en cuanto a las diferencias de las cuentas en participación con otros contratos: “Desde el punto de vista comercial, la asociación es un contrato innominado de colaboración, en virtud del cual dos o más personas se unen para desarrollar un proyecto y distribuir unas utilidades, sin crear una persona jurídica. El contrato de Asociación como contrato innominado se relaciona o identifica con frecuencia con el denominado “Joint Venture” igualmente innominado y muy utilizado en transacciones internacionales (...) Elemento diferenciador de la Asociación frente a las Cuentas en Participación es que en la primera no hay una parte que se reputa dueña exclusiva del negocio ante terceros, sino que todas las partes de la asociación son conocidas por el público en general e incluso pueden obligarse solidariamente.” Laudo Arbitral *Carlos Eduardo Naranjo Flórez y Manuel Guillermo Estrada Flórez vs. Edwin Fernando Nuñez Sánchez* del 6 de octubre de 2016.

e) *Existe un interés común, que los lleva a cooperar entre sí a fin de satisfacerlo, pero no a través de la contraprestación del otro participante, sino a través de la actividad en colaboración.*³⁰

- b) Las partes del contrato - Partícipes activos o gestores v.s Partícipes inactivos u ocultos: En el contrato de cuentas en participación una de las partes será un partícipe activo o gestor, quien deberá ejecutar la operación u operaciones acordadas en nombre propio y bajo su crédito personal, los demás partícipes no gestores o partícipes inactivos permanecen ocultos en las relaciones con terceros y por lo tanto, no comprometen su responsabilidad frente a ellos. El carácter diferenciado de las obligaciones de los gestores y los partícipes ocultos permite concluir que el contrato carece de vida externa “en el sentido de que su existencia solo se vislumbra entre las partes, sin que se patentice ante terceros o se evidencie su existencia ante ellos.”³¹ En cuanto a la calidad de las partes, el artículo 507 del Código de Comercio, dispone que tanto los partícipes gestores como los ocultos deben tener la calidad de comerciantes.
- c) Es un contrato consensual: el artículo 508 del Código de Comercio dispone que las cuentas en participación no estarán sujetas a las formalidades establecidas para la constitución de las compañías mercantiles. Sobre este aspecto la jurisprudencial ha afirmado que:

“De otra parte, se resalta también lo establecido en el artículo 508 del Código de Comercio, que señala:

La participación no estará sujeta en cuanto a su formación a las solemnidades prescritas para la constitución de las compañías mercantiles”.

La norma transcrita indica entonces que el contrato de cuentas en participación es de naturaleza consensual y, por lo tanto, es objeto de aplicación de las reglas propias de esta clase de contratos, en el sentido de valorar con mayor fuerza el comportamiento de las partes del negocio jurídico, no sólo al momento de

³⁰ Laudo Arbitral, Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros del 5 de octubre de 2011.

³¹ Laudo Arbitral, Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros del 5 de octubre de 2011.

concluirse la convención sino durante su ejecución. Así las cosas, no requiere, como las sociedades comerciales, de la escritura pública o del documento privado inscrito en el Registro Mercantil para la personificación jurídica que, como se sabe, no surge en el contrato que se analiza. Por lo anterior y a diferencia de las sociedades comerciales, las partes pueden, con su comportamiento contractual, modificar el contrato sin necesidad de agotar el procedimiento propio de las reformas estatutarias de las sociedades comerciales.³² (Subrayas fuera del texto original)

- d) Los aportes: de acuerdo con la remisión dada por el artículo 514 del C. Co., los aportes pueden ser en dinero, especie o, incluso, en industria. Según Arrubla Paucar, al señalar en su definición que los partícipes “toman interés” el legislador no excluyó ningún tipo de aporte³³.
- e) Naturaleza jurídica- contrato bilateral v. plurilateral: No existe consenso en la doctrina en torno a la naturaleza jurídica del contrato de cuentas en participación. Mientras que autores como Ramiro Bejarano consideran que se trata de un contrato bilateral, autores como Arrubla y Lafont Pianetta opinan que, como contrato de colaboración, es un contrato plurilateral.

Para el Árbitro Único, una revisión de los laudos arbitrales más recientes permitiría concluir que la posición mayoritaria es que el contrato de cuentas en participación es un contrato de naturaleza plurilateral³⁴. Sin embargo, dicha calificación no

³² Laudo Arbitral Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

³³ Jaime Alberto Arrubla Paucar, *Contratos mercantiles*, Tomo I, 2ª edición.

³⁴ La Corte Suprema de Justicia ha precisado que la calificación del contrato de cuentas en participación tiene consecuencias específicas en materia de su terminación: “Con todo, estima pertinente la Sala puntualizar que los contratos con prestaciones recíprocas, tradicionalmente denominados bilaterales, son aquellos en los que cada contratante se obliga para con su contraparte a ejecutar el objeto debido con el fin de satisfacer su interés en la realización de la prestación, es decir, que en tales negocios jurídicos las prestaciones de las partes son interdependientes, razón por la cual el incumplimiento de una de ellas habilita a la otra para impetrar la acción resolutoria. Ha señalado la Corte, en esta línea de argumentación, que “los contratos bilaterales tienen en nuestra legislación un estatuto especial tendiente a ‘conservar la simetría exigida por la reciprocidad o correlación de las obligaciones surgidas de la convención bilateral’” (Cas. Civ., sentencia del 24 de octubre de 1940, G.J., T. L., pág. 384). Por esta razón, el remedio resolutorio tiene su campo natural de actuación en tratándose de los negocios jurídicos que el legislador designa con el nombre de contratos bilaterales (art. 1496 del C.C.). Por el contrario,

impide que, como en el presente caso, en el clausulado del respectivo contrato y durante su ejecución existan y las partes ejecuten obligaciones de tipo bilateral. Así en el caso *Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción* el tribunal arbitral afirmó que:

“(...) frente a la característica de su bilateralidad la doctrina nacional no es unánime: mientras que, por ejemplo, el profesor Ramiro Bejarano considera que se trata de un contrato bilateral, los profesores Arrubla Paucar y Lafont Pianetta²² opinan que se trata más de un contrato de colaboración con las consecuencias que ello conlleva, pues “los partícipes buscan una finalidad común y se presentan claras excepciones a los principios que gobiernan los negocios jurídicos de contraprestación”. La definición del contrato de cuentas en participación como contrato bilateral o como contrato de colaboración, o, al decir de nuestro Código de Comercio, plurilateral, es fundamental porque, en palabras de Fernando Hinestrosa, “no es igual una compraventa, en donde alguien aspira a cambiar cosa por precio y alguien a realizar la operación inversa, juntándose precisamente por razón de la disparidad de intenciones para realizar la disposición de sus bienes, que un matrimonio o una sociedad, o cualquiera de las formas negociales asociativas recientes, en donde, conservando cada sujeto sus propios designios, se observa en ellos no contraposición, sino semejanza, parecido grande que asegura la celebración del contrato.

(...) Sobre este tópico, para el Tribunal la naturaleza de contrato de colaboración o plurilateral no excluye la posibilidad de que en el clausulado contractual se acuerden prestaciones bilaterales entre las partes del contrato de cuentas en participación, tal como sucede por

en los contratos denominados plurilaterales, en los que las prestaciones de todos los sujetos involucrados están enderezadas a la obtención de un propósito que es común, como ocurre de manera paradigmática en los contratos de naturaleza asociativa, el incumplimiento de alguno de los contratantes no produce, necesariamente, el decaimiento del contrato para todos los que a él se encuentran vinculados, particularmente porque tal anomalía no debe producir, por regla general, la frustración de la finalidad perseguida por los contratantes, aserto que se ratifica con la circunstancia atinente a que en los contratos de esta clase cada parte se vincula de manera individual e independiente de las otras, de tal manera que la suerte de dicha relación particular o sus vicisitudes, no se extienden, necesariamente, a las demás. Al respecto puede observarse lo que en relación con el contrato de sociedad establecen los artículos 104, 107 y 109 del Código de Comercio y lo que de manera general dispone el artículo 903 *ibidem*, que señala lo siguiente: “[e]n los negocios jurídicos plurilaterales, cuando las prestaciones de cada uno de los contratantes se encaminen a la obtención de un fin común, la nulidad que afecte el vínculo respecto de uno solo de ellos no acarreará la nulidad de todo el negocio, a menos que su participación, según las circunstancias, sea esencial para la consecución del fin previsto”. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de agosto de 2011, M.P. Carlos Esteban Jaramillo.

ejemplo con la prestación estipulada en la cláusula segunda del contrato de cuentas en participación base de la acción, a favor de la parte convocante y a cargo de la convocada, consistente en el derecho de la primera a participar con el “(...) VEINTE POR CIENTO (20%) sobre el total de los metros construidos vendibles (...)”³⁵.

En el mismo sentido, en el caso *Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros* el tribunal arbitral señaló que:

“Ahora bien, durante la ejecución de las cuentas en participación pueden y suelen manifestarse relaciones jurídicas de diferentes tipos, unas de carácter bilateral, entre el partícipe gestor y un partícipe inactivo, así como otras de carácter multilateral, por ejemplo, entre dos o más de los partícipes inactivos, no obstante encontrarse éstos en la misma situación jurídica. Pero adicionalmente, hay un importante componente plurilateral en el contrato de cuentas en participación que por naturaleza es de índole asociativa “porque no es solamente una forma de retribución, sino que hay coparticipación en los fines, que se revela en mecanismos de control, decisión compartida, proyecto específico, una organización.”[...] Desde esta perspectiva se vislumbra por qué el artículo 513 de nuestro Código de Comercio equipara los derechos y obligaciones de los partícipes a los derechos y obligaciones que la sociedad en comandita simple confiere e impone a los socios de ésta entre sí. No es solamente por la raíz común de las dos instituciones, sino también, por el carácter multilateral que distingue tanto a la comandita como a las cuentas en participación.”³⁶

El Árbitro Único, siguiendo la posición expuesta por el doctrinante Ramiro Bejarano, y en línea con la jurisprudencia arbitral previamente citada – que reconoce que este tipo de contratos pueden contener obligaciones bilaterales – encuentra que en el presente caso el Contrato de Cuentas en Participación tiene una obligación esencial de naturaleza bilateral. En particular, la Cláusula 1 del Contrato dispone que:

³⁵ Laudo Arbitral Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

³⁶ Laudo Arbitral, Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros del 5 de octubre de 2011.

“Por medio del Presente contrato, EL GESTOR se obliga con EL PARTICIPE INACTIVO a explotar conjuntamente con él, de manera exclusiva, un segmento de su actividad social consistente en la explotación del producto GUERREROS MEDIEVALES CON LUZ de las órdenes de compra que el GESTOR obtuvo de las empresas SURCOLAC, COLANTA, PARMALAT, GLORIA COLOMBIA Y ALIVAL de acuerdo a las cantidades y valor unitario resumido en el cuadro anexo que hace parte integral del contrato y el cual será la matriz base para registrar los ingresos y gastos del contrato como los desembolsos de efectivo que el PARTICIPE INACTIVO efectúe para el cabal cumplimiento del contrato. Para el desarrollo del presente contrato, el GESTOR se obliga a ejecutarlo utilizando operarios contratados por su cuenta o acordando con el PARTICIPE OCULTO, de la utilización de un tercero para ejecutar la labor”³⁷. (Subrayas fuera del texto original)

56. En línea con esta obligación, las Partes pactaron, en la Cláusula Primera del Contrato, que AXA se obligaba con la Convocante a explotar conjuntamente con ella, de manera exclusiva, un segmento de su actividad social social consistente en la explotación de un producto comercial. En consecuencia, para el desarrollo de dicha obligación, AXA se obliga a ejecutarlo dicha obligación ante la Convocante mediante (i) la contratación de operarios; o (ii) utilizando un tercero, previo acuerdo con la parte Convocante.
57. Por otra parte, la Convocante tiene una obligación de realizar unos desembolsos conforme a unos términos previstos en la Cláusula 1 del Contrato y explotar conjuntamente con el Gestor un producto a partir de las órdenes de compra que el Gestor obtuvo de sus clientes externos, en este caso, y según el Contrato: SURCOLAC, COLANTA, PARMALAT, GLORIA COLOMBIA Y ALIVAL.
58. Para el Árbitro Único, esta obligaciones expuestas en la Cláusula 1 del Contrato resultan materiales, toda vez que integran el núcleo de la relación jurídica entre las Partes, la cual tiene por objeto la explotación conjunta de un producto o actividad comercial. En efecto, la Cláusula 1 se refiere a prestaciones principales del Contrato que afectan sustancialmente

³⁷ Folio 1, cuaderno de pruebas 1, Contrato de Cuentas en Participación, Cláusula Primera, p. 1.

la economía de la relación contractual y significativamente los intereses de las Partes en esta relación jurídica.

59. En conclusión, el Contrato en cuestión tiene unas obligaciones de naturaleza bilateral, las cuales son esenciales para efectos la relación económica y material entre las Partes.

iii. Obligaciones de los Partícipes Gestores y de los Partícipes Ocultos

60. Como se expuso en la sección anterior, el elemento esencial y diferenciador del contrato de cuentas en participación frente a otras formas de asociación y colaboración es precisamente el rol diferenciado que asumen los partícipes gestores v. los partícipes ocultos frente a la actividad comercial. Mientras que el partícipe gestor asume el rol de administrador de la operación comercial los partícipes ocultos son inversionistas de capital que no tienen injerencia sobre el desarrollo del proyecto.
61. Este rol diferenciado tiene como resultado una distribución de riesgos y obligaciones disímiles entre ambas partes. El socio gestor se reputa único dueño frente a terceros y responde ilimitadamente frente a ellos (artículo 510 del Código de Comercio). Igualmente, está obligado a rendirle cuentas a los partícipes ocultos. Por su parte, la responsabilidad del partícipe oculto se limitará al valor de su aportación (artículo 511 del Código de Comercio). Internamente, en cualquier tiempo el partícipe inactivo tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y a que el gestor le rinda cuentas de su gestión (artículo 512 del Código de Comercio).
62. Sobre este particular, el tribunal arbitral en el caso *Inversiones Avandé CIA .S.C.A v. Alberto Enrique Henríquez Álvarez* señaló que:

“El gestor será reconocido como único dueño del negocio en las relaciones internas de la participación, su responsabilidad será ilimitada. El artículo 510 del Código de Comercio textualmente dice: “Los terceros solamente tendrán acción contra el administrador, del mismo modo que los partícipes inactivos carecerán de ella contra los terceros.

La responsabilidad del partícipe no gestor se limita al valor de su aporte, sin embargo, aquellos partícipes inactivos que revelen o autoricen que se conozca su calidad, responderán ante terceros en forma solidaria con gestor, así lo dispone el artículo 511 del Código de Comercio cuando dice

que: "dicha solidaridad surgirá desde la fecha en que haya desaparecido el carácter oculto del partícipe". Sin embargo, sea o no conocida la calidad del partícipe inactivo este tendrá derecho a revisar todos los documentos de la participación y el gestor debe rendirle informe de su gestión."³⁸

"Visto lo anterior, será el partícipe activo o gestor, quien se encargará del desarrollo de la operación mercantil que los aglutina, celebrando todos los negocios jurídicos que fueren necesarios para el efecto y asumiendo, por lo tanto, la responsabilidad que ello entraña frente a los terceros, es decir, frente al tráfico mercantil, obviamente sin olvidar que, por virtud de la aplicación de las normas sobre sociedades comerciales, y en particular de la sociedad en comandita simple, también está expuesto, como administrador, frente al partícipe oculto al cual debe rendirle cuentas de su gestión¹⁹. Por otro lado, se tiene al partícipe oculto que, en principio, no se manifiesta ante el tráfico mercantil y por ende no compromete su responsabilidad frente a los terceros a los cuales, por disposición expresa del artículo 510 del Código de Comercio, tampoco podría demandar por razón del contrato de cuentas en participación. Ahora bien y en cuanto a su responsabilidad, el partícipe oculto que se manifieste frente a terceros responde solidariamente frente a éstos con el partícipe gestor, lo que implica aceptar que el partícipe oculto se encuentra, en principio, protegido de las acciones de terceros, constituyendo esta característica una de las principales diferencias entre el contrato de cuentas en participación y la sociedad mercantil de hecho en la que, conforme lo establece el artículo 501 del Código de Comercio, "(...) todos y cada uno de los asociados responderán solidaria e ilimitadamente por las operaciones celebradas. Las estipulaciones tendientes a limitar esta responsabilidad se tendrán por no escritas. Los terceros podrán hacer valer sus derechos y cumplir sus obligaciones a cargo o a favor de todos los asociados de hecho o de cualquiera de ellos"³⁹.

63. Así, la regulación contenida en el Código de Comercio permite, *en abstracto*, diferenciar claramente el rol y naturaleza de las obligaciones que asumen los *gestores* v. aquellas que sumen los *ocultos*. Sin embargo, el análisis de dicho rol en cada caso concreto presenta

³⁸ Laudo Arbitral, Inversiones Avana de CIA. S.C.A v. Alberto Enrique Henríquez Álvarez del 14 de junio de 2012.

³⁹ Laudo Arbitral, Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

dificultades. En realidad, la regulación que sobre este particular contiene el Código de Comercio es genérica y no establece criterios específicos que permitan diferenciar estos roles. A pesar de lo anterior, un análisis de la jurisprudencia arbitral reciente permite identificar ciertos criterios orientadores al momento de definir dicho rol y la responsabilidad que corresponde a cada una de las partes en este tipo de contratos.

64. En el caso *Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción*, el tribunal arbitral analizó la naturaleza de los aportes que gestores y ocultos podían hacer y el efecto que la naturaleza de dichos aportes podía tener en la distribución de riesgos. Sobre el particular, el tribunal arbitral afirmó que el elemento esencial diferenciador del rol de los gestores vs. los ocultos no es la naturaleza de sus aportes sino, fundamentalmente, la trascendencia que su aporte tenga frente a los terceros y el mercado en general. Si los socios ocultos realizan un aporte en industria ello no implica, necesariamente, que el contrato se desnaturalice si dicho aporte no trasciende a los terceros o al mercado en general:

“Ahora bien, es claro que el aporte de capital del partícipe oculto es esencial al contrato, mientras que el de la otra parte, es decir el del partícipe gestor, no tiene ese carácter, ya que si para éste no existe la necesidad de contar con el aporte de aquél no hay causa de su parte para concurrir a la celebración de un contrato como el de cuentas en participación. En efecto, incluso la Jurisprudencia de la Sala de Casación Laboral Corte Suprema de Justicia, en providencia publicada en Jurisprudencia y Doctrina en su Tomo X, página 712, ha señalado, en los siguientes términos, que el partícipe oculto no puede aportar su trabajo o industria: “ (...) dada la circunstancia de que el nombre del partícipe inactivo debe permanecer oculto para no verse equiparado al gestor es obvio que su aporte al negocio común no pueda consistir nunca en su industria o trabajo personal, porque así se revelaría su identidad y, además, vendría a desfigurarse la característica propia del contrato de cuentas en participación de que sólo puede intervenir ante terceros, bajo su nombre y crédito personal, quien sea el partícipe gestor que, de otra parte, ha de ser único, según lo enseña el artículo 507 del Código de Comercio.

(...)

En cuanto a la aportación que realiza el partícipe oculto el doctrinante Arrubla afirma que, ella "(...) consiste en el capital o en cualquiera otro bien patrimonial. Se discute si el aporte de los partícipes inactivos puede ser en servicios o en industrias; en opinión de Garrigues, de admitirlo, sería difícil mantener el carácter oculto de la aportación, puesto que esta se haría visible a través de la prestación del servicio.

(...)

En lo que concierne a las obligaciones radicadas en cabeza del partícipe inactivo, de la lectura del artículo 507 del Código de Comercio se desprende, a título de reiteración, como fundamental la aportación en dinero o en especie, pues para el Tribunal es claro que no es viable que el partícipe inactivo aporte exclusivamente industria o trabajo, prestación a su cargo que se corresponde indudablemente con la consagrada en el artículo 511 del mismo código que indica que el partícipe inactivo "(...) no puede invocar su calidad de parte en el contrato para que se le permita con-administrar o co-ejecutar la actividad mercantil en la que las partes han tomado interés". Es más, se recuerda que en la autorizada opinión de Garrigues, el partícipe inactivo no puede aportar trabajo o industria porque así dejaría de ser oculto, lo que a juicio del Tribunal puede conllevar una indebida sustitución del gestor que atentaría contra la esencia misma del contrato de cuentas en participación.

(...)

Para el Árbitro único está claro que, en los contratos de cuentas en participación, tal como se explicó, es el Gestor, es decir la convocada, quien en principio tiene la obligación de ejecutar en su solo nombre la respectiva operación mercantil que, en el caso sometido a consideración, consiste en el proyecto consagrado en la cláusula primera del contrato. Así las cosas y bajo esta perspectiva, la aportación del Saber Hacer o Know How de parte de la convocante no sería compatible con esa característica del contrato de cuentas en participación expresada en el artículo 507 del Código de Comercio, lo que aunado al hecho de que la convocada tiene la obligación de ejecutar totalmente la obra de construcción confirmaría esta posición. Sin embargo, para el Árbitro único también es diáfano que la expresión del artículo 507 de la codificación mercantil consistente en que una de las partes, es decir el gestor (es decir la convocada), debe ejecutar la operación mercantil, está referida a que lo debe hacer exclusivamente "(...) en su solo nombre y bajo su crédito personal, con cargo de rendir

cuentas y dividir con sus partícipes las ganancias o pérdidas en la proporción convenida”, lo cual no implica la prohibición o la inhibición de estipular, inter – partes, la intervención de cualquiera de los partícipes ocultos, en este caso la convocante, con una aportación de su Saber Hacer que no trascienda, en principio, a los terceros y al mercado en general. Puede entonces concluirse que la parte convocante podía estipular la prestación, a su cargo, de aportar su Saber Hacer o Know How”⁴⁰ (subrayas fuera del texto original).

65. En línea con este razonamiento, el tribunal arbitral en el caso *Mario Libardo Huertas vs Horwarth Colombia y otros* afirmó que es perfectamente posible que el contrato disponga que los partícipes ocultos realicen aportes en industria:

“Los apartes citados del contrato indican, entre otras cosas, que se trata de una asociación de cuentas en participación con aporte de industria de parte de los inactivos, consistente dicho aporte en las prestaciones arriba descritas, a todas las cuales se les asignó un contenido patrimonial.”⁴¹

66. Igualmente, es perfectamente posible que el partícipe gestor haga aportes de capital:

“No se descarta, eso sí, la posibilidad de que ambas partes aporten bienes y derechos de crédito, pues la definición en el derecho positivo colombiano se fundamenta en el hecho de que dos (2) o más personas tienen o toman interés en una o más operaciones mercantiles, lo que excluye la posibilidad de pensar que sólo el partícipe oculto es quien está legitimado a aportar recursos, bienes o derechos”⁴².

67. Con base en la jurisprudencia transcrita, el Árbitro Único concluye que: (i) el contrato de cuentas en participación se desnaturaliza en casos en los que por disposición contractual expresa o por la manera en que se ejecuta el contrato, los partícipes ocultos se presentan ante clientes externos como dueños; (ii) es perfectamente posible que los partícipes ocultos hagan aportes de industria y que los partícipes gestores hagan aportes de capital y por ello; (iii) el hecho de un oculto realice un aporte en industria no implica, *per se*, que el contrato

⁴⁰ Laudo Arbitral, Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

⁴¹ Laudo Arbitral, Mario Libardo Huertas v.s Horwarth Colombia y otros del 5 de octubre de 2011.

⁴² Laudo Arbitral, Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. vs. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

se desnaturalice. Dicho aporte en industria solo tendría la virtualidad de desnaturalizar el contrato y la estructura de riesgos si trasciende frente a terceros o el mercado en general.

68. En este caso particular, el Árbitro Único ha analizado cuidadosamente el acervo probatorio y los términos de la relación jurídica entre las Partes con el fin de establecer si el Contrato es uno de cuentas en participación o, por el contrario, fue desnaturalizado a partir de las prestaciones ejecutadas por cada una de las Partes.
69. El Árbitro Único encuentra que, en el caso particular dicho Contrato no ha perdido su naturaleza como aquellos de cuentas en participación por las siguientes razones:
70. *Primero*, el partícipe oculto en este caso, es decir la Convocante, no reveló su identidad a los clientes externos a los que se refiere la Cláusula 1 del Contrato. Ante la pregunta formulada por el Árbitro Único respecto de la relación entre el gestor el partícipe inactivo, la Convocada confirmó que la Convocante no tuvo contacto con dichos clientes y no tuvo acceso a los mismos. En efecto:

“DR. RINCÓN: Tengo una pregunta porque es muy llamativo la fecha cuando se firma el contrato que se diga hay un socio gestor, hay un partícipe oculto y se empezaron a realizar una serie de actividades. Mi pregunta un poco ahí es, en su labor como socia gestora, llamémoslo así, cuál fue desde el inicio porque el punto un poco al que quisiera tratar de llegar es la responsabilidades del contrato como socia gestora qué hizo usted una vez firmado el contrato para cumplir con esas obligaciones mirándolo desde la perspectiva, pero hechos estoy preguntando porque los giros y todo eso el Tribunal ya es perfectamente claro qué pasó y creo que hay múltiple prueba documental sobre qué es lo que pasó, pero en su labor como socia gestora yo entendería que eso cubre, como creo que ya lo hemos discutido bastantes veces, usted interviene ante terceros, realiza todas las actuaciones de gestión comercial usted qué fue lo que hizo en ese caso, un poco mi pregunta va hacia cuáles fueron los hechos que usted... (Interpelado)

SRA. ACHURY: Perdón, yo lo que hacía era la comunicación con mis clientes, esa era mi gestión, mantenerlos informados cómo va el proceso, cómo va la importación, que las órdenes de compra estuvieran bien hechas y en norma, hubo un cambio de precio porque en ese momento justamente subió el dólar y tocó renegociar con ellos, con todos los clientes para que

hubiera un incremento, ese es el manejo que yo desde mi papel de gestora hice, realmente el contacto y la relación con mis clientes que también la señora Marmolejo quería acceder a mis clientes: -oye, vamos donde tus clientes-, -no-.⁴³ (Subrayas fuera de texto original)

71. El Árbitro Único encuentra probado, en consecuencia, que no existe una desnaturalización de la relación jurídica en cuestión en la medida que el gestor mantuvo la relación comercial y el contacto con los clientes externos.
72. *Y segundo*, al revisar los alegatos presentados por ambas Partes en este arbitraje, el Árbitro Único encuentra que las mismas están de acuerdo con que la relación jurídica ejecutada es aquella propia de un contrato de cuentas en participación. En efecto, ninguna de las Partes propuso ante este Árbitro una interpretación alternativa que pusiera en entredicho la naturaleza de la relación jurídica o del contrato de cuentas en participación que les vincula. Más aún, las Partes.
73. Sin embargo, la Convocada ha sostenido en este arbitraje, que la Convocante fue la verdadera socia gestora de la relación jurídica sustentada en el contrato de cuentas en participación. El Árbitro Único ha valorado cuidadosamente esa posición a la luz de las pruebas que se encuentran en el expediente y no comparte la posición de la Convocada por las siguientes razones:
- 1) En primer lugar, y como se explicó anteriormente, la propia Convocada reconoce que ella misma manejó la gestión y la relación comercial con los clientes externos en este arbitraje⁴⁴. Por ende, la Convocante mantuvo su posición como partícipe oculto en esta relación jurídica;
 - 2) En segundo lugar, si bien es cierto que la Convocante realizó gestiones ante terceros, estos terceros fueron los proveedores encargados de realizar todos los trámites para la nacionalización, importación, transporte y entrega de los productos en cuestión. Es importante mencionar además que la Convocada, como se lo confirmó a este

⁴³ Audiencia del 25 de mayo de 2017. Interrogatorio de Parte de Ana Ximena Achury. Páginas 24 y 25.

⁴⁴ Audiencia del 25 de mayo de 2017. Interrogatorio de Parte de Ana Ximena Achury. Páginas 24 y 25.

Árbitro único, nunca objetó ni manifestó su oposición a que la Convocante realizara estas labores. En efecto:

“DR. RINCÓN: Yo le entiendo el punto pero mi pregunta va un poco más, el Tribunal entiende obviamente que aquí hay toda una serie de sentimientos y de sensibilidades y demás, pero mi labor es mirar los hechos. Como Presents and Gifts empieza a realizar una serie de gestiones bajo ese contrato de cuentas en participación, mi pregunta es ¿usted se opuso a eso o dijo Presents siga o mantuvo el silencio o qué pasó ahí?”

*SRA. ACHURY: Mantuve el silencio porque no tenía la opción de objetar.”*⁴⁵(Subrayas fuera de texto)

El Árbitro Único ha valorado cuidadosamente la declaración de la Convocada en este arbitraje en el sentido de que no le era posible objetar a la luz de las circunstancias y hechos durante la ejecución del Contrato. Sin embargo, el Árbitro Único no puede estar de acuerdo con la Convocada por los siguientes motivos. Primero, y como ella misma afirma, la Convocada tenía los contactos de la fábrica y los intermediarios en China⁴⁶, con lo cual podía buscar tomar control sobre las gestiones que se estaban adelantando en dicha jurisdicción y posteriormente ejercer las labores correspondientes para los trámites de importación y nacionalización de los productos. Segundo, la Convocada siempre tuvo el control sobre el negocio jurídico con los clientes externos, con lo cual siempre tuvo control sobre los ingresos producto de la explotación comercial. En consecuencia, y a juicio del Tribunal, tuvo los elementos para intentar objetar, pretender reservar sus derechos o buscar ejercer una gestión activa ante contratistas o proveedores. Sin embargo, no realizó alguna de las actuaciones anteriormente descritas.

En consecuencia, al valorar la afirmación de la Convocada, el Árbitro Único encuentra que el hecho de que la misma no hubiere realizado reserva de derechos alguna o presentado objeción a las actuaciones asumidas por P&G demuestra que,

⁴⁵ Audiencia del 25 de mayo de 2017. Interrogatorio de Parte de Ana Ximena Achury. Página 26.

⁴⁶ Interrogatorio de Parte de Ana Ximena Achury, Audiencia del 25 de mayo de 2017, p. 17.

como gestora, aceptó las labores que venía desempeñando la Convocante y los términos de las mismas. Por ende, el Árbitro Único no puede aceptar ahora la posición de la Convocada, en el sentido que la Convocante actuó como gestora en su relación comercial.

Aceptar lo dicho por la Convocada significaría contrariar el principio de buena fe y, en particular, la doctrina de los actos propios reconocida por el derecho colombiano. En efecto, según la doctrina especializada en la materia:

“Podemos observar de lo anterior, como la doctrina de los actos propios es una manifestación de la regla del “Venire contra factum proprium non valet” que implica la imposibilidad general de actuar contra los propios actos, es decir que a nadie le es lícito invocar un derecho en contradicción a su conducta anterior. Lo anterior muestra como “nadie puede variar de comportamiento injustificadamente, cuando ha generado en otros la expectativa de comportamiento futuro”. Se constituye así, un límite al ejercicio de un derecho subjetivo con el fin de obtener, en las relaciones jurídicas, un comportamiento consecuente de las personas y el respeto del principio constitucional de la buena fe”⁴⁷.

- 3) En tercer lugar, el Árbitro Único ha valorado cuidadosamente la prueba aportada en este arbitraje, y encuentra que las actuaciones de P&G en el contexto del contrato de cuentas en participación obedecen a un desarrollo o manifestación del principio de la buena fe objetiva y los deberes secundarios de conducta que obligan los contratantes en el derecho colombiano. En efecto, de acuerdo con la doctrina especializada en la materia:

“Esta categoría de la buena fe, aparte de imponer la necesaria corrección que debe existir entre las partes que intervienen en un acto oneroso jurídico, tiene una muy importante función en el ordenamiento jurídico, pues como la norma escrita no tiene la virtualidad de contemplar la totalidad de las situaciones que se pueden presentar entre los contratantes, “el principio general de corrección y de buena fe permite identificar otras prohibiciones y otras obligaciones además de aquéllas previstas por la ley; como suele decirse “cierra” el sistema legislativo,

⁴⁷ BERNAL FANDIÑO, Mariana, *El Deber de Coherencia en los Contratos y la Regla del Venire Contra Factum Proprium*-Int. Law: Rev. Colomb. Derecho Int. Ildi. Bogotá (Colombia) N° 13: 291-321, noviembre de 2008. p. 309

*es decir ofrece criterios para colmar aquellas lagunas que se pueden manifestar en las múltiples y variadas situaciones de la vida económica y social*⁴⁸.

74. En este sentido, la buena fe contractual cumple importantes funciones en todo el derecho de las obligaciones y de los contratos, en particular aquella que desempeña en la integración del contenido contractual, particularmente en cuanto, ante el silencio de las partes, la buena fe incorpora en el programa de derechos y deberes derivados del contrato, todos aquellos que surgen de la naturaleza misma de la relación o los que resultan ordinarios en la regulación de la figura típica de la que se trate, conforme a los artículos 1603 del Código Civil y 871 del Código de Comercio.
75. En particular, el Árbitro Único encuentra que la conducta desplegada por la Convocante en la contratación de proveedores se enmarca dentro de un deber de protección y fidelidad con el fin de garantizar la explotación conjunta del negocio jurídico que comprende el contrato de cuentas en participación en comento. En efecto, y como consta en la Sección III.C.1(b) *posterior* de este Laudo, ante el hecho de que la Convocada no ejecutó las prestaciones a las que se encontraba obligada bajo la Cláusula 1 del Contrato, la Convocante decidió realizar una serie de gestiones con terceros proveedores para preservar el negocio jurídico, cumplir con las obligaciones asumidas ante los clientes externos y evitar lesiones económicas a las Partes. Esta conducta no desnaturaliza el Contrato, sino que preserva su objeto.
76. Por las razones previamente mencionadas, la posición de la Convocada en el sentido que la Convocante debe ser considerada como gestora en esta relación comercial, no pueden ser aceptadas por el Tribunal.
77. En conclusión, el Árbitro Único encuentra que el Contrato en cuestión es uno de cuentas en participación, y tendrá como fundamento las consideraciones aquí expuestas para

⁴⁸ Solarte Rodríguez, Arturo La buena fe contractual y los deberes secundarios de conducta Universitas, núm. 108, diciembre, 2004, pp. 282-315 Pontificia Universidad Javeriana Bogotá, Colombia.Pgs. 288-289; citando a Galgano FRANCESCO, *El negocio jurídico*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.

efectos de resolver las pretensiones y excepciones formuladas por las Partes en este arbitraje.

b) Los incumplimientos de AXA de las obligaciones contractuales

78. Una vez analizados los argumentos de las Partes, el Árbitro Único concluye que existen suficientes pruebas en este arbitraje que evidencian que AXA incumplió sus obligaciones bajo el Contrato, por las razones que se exponen a continuación.
79. La Corte Suprema de Justicia ha determinado que el incumplimiento contractual ocurre “cuando un pacto celebrado por dos o más personas en pleno ejercicio del libre albedrío es desatendido por uno de ellos”⁴⁹. En particular, el incumplimiento de un contrato ocurre cuando una de las partes incumple totalmente, incumple parcialmente – cumplimiento imperfecto –, o cumple tardíamente lo pactado por las partes en un contrato. Adicionalmente, el incumplimiento de un contrato presupone la existencia de un contrato válidamente celebrado entre las partes del cual se predique el supuesto incumplimiento⁵⁰.
80. En este caso, el Árbitro Único considera que AXA ha incumplido una serie de obligaciones que esta contrajo en el Contrato y en el Otrosí, por las siguientes consideraciones:
81. *En primer lugar*, AXA incumplió sus obligaciones contractuales como socio gestor al no contratar al personal requerido y no celebrar todos los negocios jurídicos necesarios para ejecutar el objeto del Contrato, en desconocimiento de lo previsto en la Cláusula Primera del Contrato.
82. En la Sección (a) *anterior*, este Árbitro Único explicó las razones por las que el Contrato tiene la naturaleza de un contrato de cuentas en participación. En este sentido, AXA está obligada, en calidad de socio gestor, a administrar la operación del Contrato. En efecto, en la Cláusula Primera del Contrato, AXA se obligó expresamente a ejecutar el Contrato en calidad de socio gestor de un contrato de cuentas en participación, en los siguientes términos:

⁴⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 3 de agosto de 2012, M.P. Fernando Giraldo Gutiérrez.

⁵⁰ Alberto Tamayo Lombana, Manual de Obligaciones: La responsabilidad civil, fuente de obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 242.

“Por medio del Presente contrato, EL GESTOR se obliga con EL PARTICIPE INACTIVO a explotar conjuntamente con él, de manera exclusiva, un segmento de su actividad social consistente en la explotación del producto GUERREROS MEDIEVALES CON LUZ de las órdenes de compra que el GESTOR obtuvo de las empresas SURCOLAR, COLANTA, PARMALAT, GLORIA COLOMBIA Y (sic) ALIVIAL de acuerdo a las cantidades y valor unitario resumido en el cuadro anexo que hace parte integral del contrato y el cual será la matriz base para registrar los ingresos y gastos del contrato como los desembolsos de efectivo que el PARTICIPE INACTIVO efectúe para el cabal cumplimiento del contrato. Para el desarrollo del presente contrato, el GESTOR se obliga a ejecutarlo utilizando operarios contratados por su cuenta o acordando con el PARTICIPE OCULTO, de la utilización de un tercero para ejecutar la labor”⁵¹. (Subrayas fuera del texto original)

83. Es decir, AXA se comprometió a explotar el objeto del contrato cumpliendo con las obligaciones propias de los socios gestores en los contratos de cuentas en participación.
84. En la Sección (a) anterior, el Árbitro Único explicó que una de las obligaciones fundamentales de los socios gestores en los contratos de cuentas en participación es ejecutar la operación mercantil en su propio nombre y bajo su crédito personal, incluyendo la celebración de todos los negocios que fueran necesarios para este efecto y asumiendo la responsabilidad que ello atañe⁵². En línea con esta obligación, las Partes pactaron, en la Cláusula Primera del Contrato, que AXA estaba obligada a ejecutar el objeto del Contrato mediante (i) la contratación de operarios; o (ii) utilizando un tercero, previo acuerdo con la parte Convocante⁵³.
85. En este contexto, AXA debía contratar a todas las personas requeridas para ejecutar el objeto del Contrato, el cual consistía en la explotación o entrega los Productos conforme a las órdenes de compra hechas por los Clientes Externos. Comoquiera que los Productos

⁵¹ Folio 1, cuaderno de pruebas 1, Contrato de Cuentas en Participación, Cláusula Primera, p. 1.

⁵² Laudo Arbitral, Emporio Empresarial Del Meta S.A.S. c. La Primavera Desarrollo y Construcción, del 23 de marzo de 2017.

⁵³ Folio 1, cuaderno de pruebas 1, Contrato de Cuentas en Participación, Cláusula Primera, p. 1.

eran fabricados en China, el Árbitro Único considera que AXA estaba obligada a contratar a las personas naturales o jurídicas y celebrar todos los negocios jurídicos requeridos para:

- 1) Transportar a un puerto de entrada en Colombia los productos;
 - 2) Completar los trámites de importación y nacionalización en Colombia de estos productos;
 - 3) Obtener las certificaciones de conformidad con las regulaciones técnicas y cualesquiera otras certificaciones requeridas por las autoridades colombianas para su comercialización en Colombia; y
 - 4) Transportar estos productos desde el puerto de entrada en Colombia hasta los sitios de entrega acordados con los Clientes Externos.
86. En este caso, el Árbitro Único encuentra probado que AXA incumplió con sus obligaciones bajo el la Cláusula Primera del Contrato porque no contrató a las personas naturales o jurídicas requeridas para la ejecución del objeto del Contrato, como tampoco celebró los negocios jurídicos necesarios para estos efectos.
87. En relación con la importación de los Productos, el Árbitro Único encuentra acreditado que fue la P&G – y no AXA – la que contrató a las empresas que adelantaron todos las operaciones y trámites de importación, certificación, logística y transporte de las mercancías para cumplir con las órdenes de compra de los Clientes Externos.
88. AXA reconoce en su interrogatorio de Parte que no contrató los operarios ni las empresas requeridas para el desarrollo del Contrato, sino que toda esta contratación la realizó Marcela Marmolejo Perdomo, representante legal de P&G:

“DR. RINCÓN: Entonces usted me dice primera relación como socia gestora es mantener informado a los clientes y demás, pero los trámites que hay que hacer para traer la mercancía, digamos aquí han declarado una serie de personas y de testigos que han llegado a ese proceso, ¿los trámites los adelantaba usted como socia gestora?”

SRA. ACHURY: No doctor, sabe qué pasó, que yo le entregué le abrí mi negocio y mis clientes y mis proveedores en China a la señora Marmolejo, entonces yo le entregué a ella el nombre de la fábrica en China, le presenté

c.

ANA XIMENA ACHURY BARRETO

al broker o al intermediario en China se lo presenté personalmente y le dije mire, él es el broker, la persona que nos va a comprar la mercancía en China que nos va a ayudar con todo el proceso allá, esta es la dirección de la fábrica, le abrí absolutamente todo mi negocio, entonces qué pasó, quedaron todos esos datos en manos de ella, todo ese proceso de ahí en adelante lo hizo ella”⁵⁴.

89. El Árbitro Único encuentra que la razón por la que P&G – y Distotales S.A.S. interés y beneficio de P&G – tuvieron que intervenir para contratar a las personas requeridas para ejecutar el Contrato fue la deficiente gestión de AXA en los trámites de nacionalización, certificación e importación de las mercancías.
90. En su testimonio María Alexandra Acero Marmolejo, propietaria de Distotales S.A.S., explicó que la razón por la que su empresa, tuvo que intervenir en la gestión de toda la logística para la nacionalización y entrega de los productos fue por la deficiente gestión de AXA⁵⁵. Asimismo, Marcela Marmolejo Perdomo, representante legal de P&G, explicó que se vio obligada a contratar a una nueva agencia internacional de carga, ASCOMINT S.A.S., por las irregularidades en la gestión de importación adelantada por la empresa seleccionada por AXA para importar y nacionalizar los productos⁵⁶.
91. En efecto, el proceso de nacionalización con la sociedad de intermediación aduanera propuesta por AXA fue irregular. El testimonio de Orlando González Urrego, propietario de ASCOMINT S.A.S., una agencia internacional de carga, evidencia que la cotización de los servicios de la empresa seleccionada por AXA era “*absolutamente irregular*” porque requería que mitad del valor de los servicios fuera depositado en una cuenta bancaria personal de la persona que elaboró la cotización⁵⁷.
92. Además, el Tribunal, al valorar la prueba que reposa en el expediente, encuentra que está acreditado que los Productos que llegaron al puerto de Cartagena no contaban con las certificaciones y el etiquetado especial que requiere la normatividad técnica. En efecto,

⁵⁴ Interrogatorio de Parte de Ana Ximena Achury, Audiencia del 25 de mayo de 2017, p. 17.

⁵⁵ Testimonio de la Señora María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de noviembre de 2017, pp. 13 a 14.

⁵⁶ Interrogatorio de parte de la Señora Marcela Marmolejo Perdomo, pp. 38, 45 a 46.

⁵⁷ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, pp. 4 a 5.

Orlando González Urrego explicó en su testimonio que los Productos no cumplían con el etiquetado especial ni con el certificado de conformidad requeridos por la normatividad técnica colombiana⁵⁸.

93. En las etiquetas de las mercancías del primer embarque figuraba como importador AXA cuando debía figurar Distotales S.A.S., el importador de las respectivas mercancías⁵⁹. Orlando González Urrego manifestó que la propia certificadora le informó que la etiqueta de los juguetes no cumplía con el reglamento técnico aplicable⁶⁰. Por esta razón, P&G debió gestionar la contratación de una empresa para que rehiciera las etiquetas para luego colocarlas en los productos⁶¹. En el expediente, está acreditado que la empresa Distotales S.A.S., actuando en interés y beneficio de P&G, contrató a la empresa Disgraf para estos efectos⁶².
94. Las mercancías que llegaron al puerto de Cartagena con el primer embarque tampoco contaban con las certificaciones de conformidad que requieren las normas técnicas para la comercialización de juguetes en Colombia, tal y como consta en los testimonios de Orlando González Urrego y María Alexandra Acero Marmolejo⁶³. Es más, Orlando González Urrego manifestó que ya tenía experiencia en que las certificaciones que traían los juguetes no eran aceptadas por la Superintendencia de Industria y Comercio como certificados de conformidad⁶⁴. Por ende, P&G y Distotales S.A.S. tuvieron que contratar a la Compañía Andina de Inspección y Certificación S.A. –ACERT S.A.– para que realizará las pruebas

⁵⁸ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, págs. 5-6, 18.

⁵⁹ Interrogatorio de Parte de la Señora Marcela Marmolejo Perdomo, pp. 38, 45 a 46

⁶⁰ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, p. 18.

⁶¹ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, pp. 5 a 6; Interrogatorio de parte de Marcela Perdomo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 11 a 12.

⁶² Factura de Venta No. 5218 emitida por DISGRAF al cliente Distotales S.A.S., 1 de junio de 2015, folio 204, Cuaderno de Pruebas No. 3, folio 204.

⁶³ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, págs. 6-7 y 14-16; Testimonio de la Señora María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de noviembre de 2017, págs. 9-11.

⁶⁴ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, pág. 16.

- de las mercancías y expidiera los certificados de conformidad⁶⁵, los cuales obran en el expediente⁶⁶.
95. En el expediente está acreditado que P&G y Distotales S.A.S., una empresa que actuó en interés y beneficio de P&G, contrataron a todas las empresas que se encargaron de adelantar la gran mayoría de las operaciones necesarias para entregar los Productos a los Clientes Externos:
- 1) P&G y Distotales S.A.S. contrataron a ASCOMINT S.A.S., una agencia de carga internacional, para la importación y nacionalización de las mercancías, tal y como está acreditado en el testimonio de Orlando González Urrego, propietario de dicha empresa.⁶⁷ Tal y como se explica anteriormente, P&G se vio obligada a contratar a esta empresa como resultado de las deficientes gestiones de la persona seleccionada por AXA para importar y nacionalizar las mercancías.
 - 2) P&G y Distotales S.A.S, en interés y beneficio de la P&G, contrataron a ACERT S.A. para que realizará los exámenes de laboratorios necesarios para acreditar que los juguetes cumplieran con las normas técnicas aplicables y emitirán los respectivos certificados de conformidad requeridos por las autoridades competentes⁶⁸.

⁶⁵ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, pp. 5 a 6. Interrogatorio de parte de Marcela Perdomo, Audiencia del 25 de enero de 2017, pp. 11 a 12. Folio 203, cuaderno de pruebas 3, factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda., 25 de mayo de 2015. Folio 209, cuaderno de pruebas 3, Factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda., 10 de junio de 2015. Folio 212, cuaderno de pruebas 3, factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Distotales S.A.S., 11 de junio de 2015.

⁶⁶ Folios 207 a 208, cuaderno de pruebas 3, Certificado de Conformidad de producto para lote (1B) emitido por Acert S.A. el 11 de junio de 2015. Folios 210 a 211, cuaderno de pruebas 3, Certificado de Conformidad de producto para lote (1B) emitido por Acert S.A. el 16 de junio de 2015. Folios 213 a 214, cuaderno de pruebas 3, Certificado de Conformidad de producto para lote (1B) emitido por Acert S.A. el 24 de junio de 2015.

⁶⁷ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, p. 3.

⁶⁸ Testimonio del Señor Orlando González Urrego, Audiencia del 7 de febrero de 2017, pp. 5 a 6. Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 11. Folio 206, cuaderno de pruebas 3, Factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda., 25 de mayo de 2015. Folio 209, cuaderno de pruebas 3, Factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda., 10 de junio de 2015. Folio 212, cuaderno de pruebas 3, Factura emitida por ACERT S.A. a nombre de Distotales S.A.S., 11 de junio de 2015.

- 3) P&G contrató a Globalizza S.A.S., una empresa que se dedica a la comercialización de productos y servicios, para que prestará servicios de operación logística en la entrega de los juguetes a los transportadores para su distribución a los clientes finales. La representante legal de Globalizza S.A.S., Cristina Urrea Rivera, confirmó que su compañía efectivamente prestó servicios de operación logística en el marco de la ejecución del Contrato. Estos servicios consistieron en la realización de “todas las labores pertinentes de pre liberación y liberación de los contenedores, que fueron tres contenedores (...). La contratación de los coteros, en el descargue y descargue, en el conteo de las cajas; y luego en la (...) parte logística con la parte transportadora”⁶⁹.

En el testimonio de Cristina Urrea Rivera también está acreditado que Carlos Ortega, William Ramírez y Mario Álvarez fueron vinculadas por Globalizza S.A.S. para realizar la operación logística de la entrega de los juguetes y P&G giró las sumas directamente a estas personas como pago de los servicios prestados⁷⁰.

- 4) P&G y Distotales S.A.S. contrataron a Movientregas S.A.S. para el transporte y distribución de las mercancías desde el puerto de Cartagena a las distintas zonas del país donde estaban ubicados los Clientes Externos. William Alex Aguilar González, representante legal de Movientregas S.A.S., explicó en su testimonio que su empresa le suministra servicios a Distotales S.A.S. desde hace cuatro o cinco años y que por esta razón Marcela Marmolejo le solicitó prestara los servicios de transporte para la distribución de unos juguetes a diferentes zonas del país⁷¹. Asimismo, manifestó que Movientregas S.A.S. recibió las mercancías objeto del

⁶⁹ Testimonio de la Señora Cristina Urrea Rivera, Audiencia del 24 de marzo de 2017, pp., 7 a 8. *Ver también:* Folio 216, cuaderno de pruebas 3, Factura emitida por Globalizza S.A.S. a nombre de Presents and Gifts Soluciones Promocionales, 31 de diciembre de 2015. Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, pp. 28 a 29.

⁷⁰ Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 8

⁷¹ Testimonio de William Elex Aguilar González, Audiencia del 2 de febrero de 2017, p. 2.

Contrato en Cartagena de parte de Mario Álvarez, persona vinculada a Globalizza S.A.S., y luego las entregó a los Clientes Externos en distintas ciudades del país⁷².

96. Es importante resaltar que AXA reconoció que nunca se opuso a que P&G o Distotales, en interés y beneficio de P&G contrataran a las personas requeridas y adelantaran todos los trámites necesarios para el cumplimiento del objeto del Contrato⁷³. El testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo y el interrogatorio de parte de Marcela Marmolejo Perdomo también dan fe de lo anterior⁷⁴.
97. En este mismo sentido, el Árbitro Único debe llamar la atención sobre el hecho de que no se encontró que la Demandada aportara medios de prueba en este proceso que desvirtuaran los testimonios practicados en este arbitraje y la prueba documental que da cuenta de las gestiones de la Demandante.
98. Por las anteriores consideraciones, el Árbitro Único considera que AXA incumplió sus obligaciones derivadas de su condición de socio gestor previstas en la Cláusula Primera del Contrato, al no contratar a las personas requeridas para la ejecución del objeto del Contrato. Asimismo, el Árbitro Único encuentra que está acreditado que P&G y Distotales S.A.S, quién actuó en interés y beneficio de P&G, se vieron obligadas a intervenir como consecuencia de la deficiente gestión de AXA en el cumplimiento del objeto del Contrato.
99. *En segundo lugar*, e Árbitro Único encontró que AXA se apropió de dineros que correspondían a ingresos del Contrato antes de repartir utilidades, incumpliendo las obligaciones previstas en las Cláusulas Primera y Cuarta del Contrato.
100. En la Sección III.C.1(a) *anterior*, el Árbitro Único explicó que es característico de los contratos de cuentas en participación que el participe inactivo desembolse dineros para que el socio gestor los utilice en el desarrollo de las operaciones mercantiles objeto del contrato.

⁷² Testimonio de William Elex Aguilar González, Audiencia del 2 de febrero de 2017, pp. 2, 5-6, 11. Folio 2015, cuaderno de pruebas 3. Factura de Movientregas S.A.S. emitida a nombre de Distotales S.A.S., 10 de junio de 2015 y Factura de Movientregas S.A.S. emitida a nombre de Present and Gifts Soluciones Promocionales Ltda. 10 de junio de 2015. *Ver también*: Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, pp. 28-29.

⁷³ Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 22.

⁷⁴ Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 15. Interrogatorio de parte de Marcela Marmolejo Perdomo, p. 46.

- En este caso, la Cláusula Primera del Contrato especifica que los dineros desembolsados por el partícipe oculto – P&G – se efectuaban “para el cabal cumplimiento del contrato”⁷⁵. En este sentido, AXA, en su calidad de socia gestora, estaba obligada a destinar los dineros aportadores por P&G exclusivamente para ejecutar el objeto del Contrato, en este caso, la “explotación del producto GUERREROS MEDIEVALES CON LUZ de las órdenes de compra que el GESTOR obtuvo de las empresas SURCOLAC, COLANTA, PARMALAT, GLORIA COLOMBIA Y (sic) ALIVIAL (...)”⁷⁶.
101. Por otra parte, las Partes acordaron, en la Cláusula Cuarta del Contrato, que “[t]anto EL GESTOR, como EL PARTICIPE INACTIVO, serán copartícipes en una proporción de 50% y 50%, respectivamente, en la repartición de utilidades y pérdidas”⁷⁷. En este caso, el Árbitro Único encontró que los Clientes Externos realizaron los todos los pagos por los Productos, por lo que hubiera procedido la liquidación de las utilidades o pérdidas que el negocio hubiese generado. En este escenario, y conforme a la Cláusula Cuarta del Contrato, AXA estaba obligada a reconocer y repartir el 50% de las utilidades generadas por el Contrato, distribución esta que no se efectuó, lo cual constituye un incumplimiento contractual por parte de AXA.
102. En el Otrosí No. 1 del Contrato las Partes acordaron que “[c]on el valor de los pagos de los clientes se hará el reintegro de los dineros aportados por el PARTICIPE INACTIVO U OCULTO”⁷⁸. Así las cosas, AXA estaba obligada a destinar los pagos de los Clientes Externos al reintegro de las sumas aportadas por el partícipe oculto, en los términos previstos en el Contrato y del Otrosí.
103. El Árbitro Único encuentra acreditado que AXA utilizaba, entre otras, la cuenta de ahorros No. 57166036765 de Bancolombia para recibir los pagos de las facturas emitidas a los clientes externos en el marco de la ejecución del Contrato. En efecto, a esta cuenta bancaria ingresaron, entre otros, los siguientes pagos de Clientes Externos: (i) el día 15 de

⁷⁵ Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 15.

⁷⁶ Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, Audiencia del 25 de enero de 2017, p. 15.

⁷⁷ Folio 2, cuaderno de pruebas 1, Contrato de Cuentas en Participación, p. 2.

⁷⁸ Folio 3, cuaderno de pruebas 1, Otrosí No. 1 al Contrato, p. 1.

septiembre de 2015, la suma de COP\$166.650.000 correspondiente al pago de la factura emitida a Alivial; (ii) el día 21 de septiembre de 2015, la suma de COP\$321.841.354 correspondiente al pago de la factura No. 22 emitida a Colanta; y (iii) el día 25 de septiembre de 2015, la suma de COP\$49.498.200 correspondiente al pago de la factura No. 21 emitida a Parmalat⁷⁹.

104. En los días siguientes a lo anteriores pagos, el día 29 de septiembre de 2015, la contabilidad de AXA registra un egreso de la Cuenta de Ahorros No. 57166036765 de Bancolombia por la suma de COP \$167.622.096⁸⁰. En la prueba pericial decretada por este Tribunal, Gloria Zady Correa Palacio constató que esta operación corresponde a un giro por autopréstamo de AXA⁸¹. Por su parte, la actual contadora de AXA no pudo acreditar cuáles fueron los destinos de los COP\$167.622.096 que AXA retiró de la cuenta⁸². AXA no logró acreditar, más allá de su dicho, que utilizó la suma de COP\$167.622.096 para cumplir con el objeto del Contrato.
105. Por las consideraciones anteriores, el Árbitro Único considera que AXA incumplió la Cláusula Primera del Contrato al retirar de la Cuenta de Ahorros No. 57166036765 de Bancolombia dineros provenientes del pago de facturas de clientes externos por el valor de COP \$167.622.096 para fines distintos al cumplimiento del objeto del Contrato. Asimismo, la apropiación de COP\$167.622.096 también genera un incumplimiento de las obligaciones previstas en la Cláusula Cuarta del Contrato y en el Otrosí No. 1, toda vez que los valores pagados por los Clientes Externos debían ser destinados al pago de los aportes y utilidades de P&G, en los términos previstos en el Contrato.
106. Ahora bien, P&G también alega que AXA retiró de la cuenta de ahorros No. 57166036765 de Bancolombia las siguientes sumas para sufragar gastos personales: (i) el 28 de septiembre de 2015, retiro la suma de COP \$9.000.000; y (ii) el mismo 28 de septiembre de 2015, retiro la suma de COP \$10.982.208⁸³. En la prueba pericial decretada por este

⁷⁹ Dictamen Pericial Contable, pp. 42 a 44 ;

⁸⁰ Folio 417, cuaderno de pruebas 2, Anexo No. 1, al Dictamen Pericial Contable.

⁸¹ Dictamen Pericial Contable, pp. 45, 52.

⁸² Testimonio de María Patricia Sánchez Ávila, Audiencia del 26 de enero de 2017, pp. 14 a 15.

⁸³ Folio 215, cuaderno principal 1, memorial que descurre traslado a la Contestación de la Demanda.

Tribunal, Gloria Zady Correa Palacio manifestó que la contabilidad de AXA evidenciaba que las anteriores operaciones correspondían a abonos a la Cuenta de Cobro No. 0422 de la empresa Mazhang por concepto de una comisión⁸⁴.

107. En el expediente está acreditado que la empresa Mazhang, propiedad de Fabio Marín, efectivamente emitió la respectiva cuenta de cobro por sus gestiones profesionales en la intermediación para la fabricación de los juguetes objeto del Contrato⁸⁵. María Patricia Sánchez Ávila, contadora de AXA, también manifestó en su testimonio que los egresos del 28 de septiembre de 2015 correspondían al pago de una comisión⁸⁶. Por ende, P&G no presentó suficiente evidencia que probara que los egresos por COP \$9.000.000 y COP \$10.982.208 fueron utilizados por AXA para sufragar gastos personales.
108. *En tercer lugar*, el Árbitro Único encontró que AXA no expidió los títulos valores para garantizar los aportes y las utilidades del participe oculto, en los términos en los que se obligó en el Otrosí No. 1.
109. En el Otrosí No. 1, AXA se comprometió a expedir como garantía cuatro cheques, tal y como consta a continuación:

“Con el valor de los pagos de los clientes se hará el reintegro de los dineros aportados por el PARTICIPE INACTIVO U OCULTO con la entrega como garantía de tres cheques correspondientes al plan de entrega de la siguiente manera: por la primera entrega CIENTO CINCUENTA Y CINCO MILLONES DE PESOS (\$155.000.000), por la segunda entrega otro cheque por la suma de CIENTO SESENTA MILLONES DE PESOS (\$160.000.000) y por la tercera entrega un cheque por CIENTO OCHENTA MILLONES DE PESOS (\$180.000.000). La suma de estos tres cheques es el monto total desembolsado por el PARTICIPE INACTIVO U OCULTO y un cuarto cheque por CIENTO VEINTICINCO MILLONES (\$125.000.000) correspondiente al 50% de las utilidades proyectadas”⁸⁷.

⁸⁴ Dictamen Pericial Contable, pp. 51 a 52.

⁸⁵ Folio 335, cuaderno de pruebas 3, Cuenta de Cobro No. 0422 emitida por la Mazhang, 21 de julio de 2015.

⁸⁶ Testimonio de María Patricia Sánchez Ávila, Audiencia del 26 de enero de 2017, pp. 14 a 15.

⁸⁷ Folio 2, cuaderno de pruebas 1, Otrosí No. 1 al Contrato, p. 2.

110. En virtud de la cláusula anterior, AXA se obligó a entregar cuatro cheques a P&G a la fecha de la firma del Otrosí No. 1 como garantía del monto total desembolsado por P&G y la proporción de las utilidades proyectadas que le correspondía a esta bajo el Contrato.
111. En este caso, AXA reconoció, en su interrogatorio de parte, que no entregó los cheques a P&G en los términos del Otrosí, al manifestar:

“DR. ARANGO: Pregunta No. 6 Con la demanda de reconvención que usted... ante este Tribunal, se afirma, para solicitar la nulidad de la firma del otrosí, que usted fue objeto de presiones y actos dolosos para que se firmara ante notario público el 28 de mayo de 2015 el complemento del contrato y ese dicho es soportado por el doctor Mendivelso con el mail de julio del 2015. Por favor explíqueme detalladamente a este Árbitro Único ¿en qué consistieron los actos de presión o de... que usted fue objeto para la firma de ese otrosí?

(...) [SRA. ACHURY:] Además me estaba pidiendo 3 cheques en garantía de un dinero que yo jamás había recibido, no sé, eran 500 millones de pesos, 300, me estaba pidiendo 3 cheques, yo ese día le expuse verbalmente, le dije yo no le voy a entregar cheques de un dinero que yo no he recibido, yo me responsabilizo de entregarle las ganancias en el momento en que yo facture, mis dos clientes paguen y yo tenga el dinero para pagar, pero yo no me voy a responsabilizar de un dinero que usted no me ha entregado en mis manos ni bajo mi firma ni absolutamente con ningún soporte, a mí no me ha entregado dinero no le voy a entregar cheques, eso se lo dije muy claro, entonces yo creo que eso es bastante presión abrirle mis cuentas, que le entregue los cheques, además firmar un otrosí que no conocía que lo hizo ella e ir a firmarlo de ahí al banco a la notaria y no pregunte más.”⁸⁸

112. Adicionalmente, la perito contable confirmó que “[e]n la contabilidad de la señora Ana Ximena Achury no se encuentran registros contables que den cuenta del giro de cheques a favor de Presents and Gifts Soluciones Promocionales LTDA., por valor de \$155.000.000,

⁸⁸ Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, pp. 11 a 12. *Ver también:* Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 10: “DR. ARANGO: Pregunta No. 9 Diga cómo es cierto, sí o no, y yo afirmo que es cierto, que usted no entregó a Presents and Gifts Soluciones Promocionales los cheques en garantía por los montos estipulados de 155 millones, 160 millones, 180 millones y 125 millones respectivamente. SRA ACHURY: Lo acabo de aclarar al Tribunal, no los entregué porque en ningún momento recibí ese dinero, no podía entregar una garantía que no había recibido”.

-
- \$160.000.000, \$180.000.000 y 125.000.000⁸⁹. Por ende, en el expediente está acreditado que AXA no entregó como garantía los cuatro cheques a favor de P&G.
113. Ahora bien, AXA señala que la razón por la que no giró los cheques es porque no recibió esos dineros. Sin embargo, el Árbitro Único nota que AXA no aportó ninguna prueba para soportar esta afirmación más allá de su propio dicho. Por el contrario, el Árbitro Único considera que en el expediente está acreditado que P&G sí realizó varios giros a AXA y destinó unos fondos para financiar los costos y los gastos del Contrato a la fecha de la firma del Otrosí⁹⁰. En todo caso, el Árbitro Único destaca que en el mismo Otrosí, AXA aceptó que P&G le entregó la suma de COP \$355.827.187⁹¹.
114. Por ende, el Árbitro Único encuentra probado que AXA incumplió su obligación bajo el Otrosí No. 1 consistente en la entrega de cuatro cheques por las sumas de COP\$155.000.000, COP\$160.000.000, COP\$180.000.000 y COP\$125.000.000 como garantía de las sumas desembolsadas para el cumplimiento del objeto del Contrato por parte de P&G y la proporción de las utilidades que le correspondían a esta de la ejecución del mismo.
115. En conclusión, el Árbitro Único encuentra probado que AXA incumplió sus obligaciones bajo el Contrato y bajo el Otrosí No. 1 (i) por no contratar al personal requerido para la ejecución del objeto del Contrato y por no celebrar todos los negocios jurídicos necesarios para este fin, en desconocimiento de la Cláusula Primera del Contrato; (ii) por apropiarse de dineros que correspondían a ingresos del Contrato antes de repartir utilidades, incumpliendo las obligaciones previstas en las Cláusulas Primera y Cuarta del Contrato; y (iii) por no expedir los títulos valores para garantizar los aportes y las utilidades del Participe Oculto en los términos del Otrosí No. 1.
116. El Árbitro Único considera pertinente hacer mención especial al argumento de la Demandante relacionado con el supuesto incumplimiento de AXA de la Cláusula Quinta

⁸⁹ Dictamen Pericial Contable, pp. 53 a 54.

⁹⁰ Dictamen Pericial Contable, pp. 11. *Ver también:* Anexo 1 al Dictamen Pericial Contable.

⁹¹ Folio 3, cuaderno de pruebas 2, Otrosí No. 1 al Contrato, p. 1.

del Contrato, al no haber AXA constituido un centro de costos separados e independiente para la ejecución del Contrato.

117. Con relación a esta obligación, la perito contable explicó ante este Tribunal en su interrogatorio, que AXA no incumplió esta obligación contable porque en el 2015 ella únicamente ejecutó el contrato. Por lo tanto, contablemente no estaba en la obligación de crear un centro de costos separado⁹².

118. Por esta razón, el Árbitro Único rechaza el argumento de la Demandante y reconoce que AXA no incurrió en un incumplimiento del Contrato al no abrir un centro de costos separado para la ejecución del Contrato dentro de su contabilidad, en la medida en que se encuentra acreditado que AXA únicamente ejecutó el Contrato objeto de este arbitraje.

2. Segunda pretensión: “Que como consecuencia de ese incumplimiento se declare RESUELTO el Contrato de Cuentas en Participación suscrito el 28 de enero de 2015 entre Ana Ximena Achury Barreto como gestora con Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda. como partícipe oculta”⁹³

119. P&G solicita al Árbitro Único que declare la resolución del Contrato con ocasión del incumplimiento de AXA.

120. En el derecho colombiano, el incumplimiento de una de las partes es una causal legal para que un contrato válidamente celebrado pierda su eficacia. En efecto, en el evento de un incumplimiento, los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio le permite al contratante cumplido o que se haya allanado a cumplir las prestaciones a su cargo exigir, a su árbitro, el cumplimiento del mismo o la resolución de este, con indemnización de perjuicios. Así, el incumplimiento del contrato por uno de los contratantes es el presupuesto legal en el que se fundamenta la ley para concederle al otro contratante la acción resolutoria que puede resultar en mantener los efectos del contrato o destruirlo⁹⁴.

⁹² Interrogatorio a la perito contable, p. 7.

⁹³ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 2.

⁹⁴ OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, “Régimen General de las Obligaciones”, Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 484.

-
121. En materia de resolución por incumplimiento, la Corte Suprema de Justicia destaca que los artículos 1546 del Código Civil y 870 del Código de Comercio exigen que la resolución verse sobre un contrato bilateral – como el que nos ocupa⁹⁵.
122. En el escenario en que el juez conceda la resolución, la Corte Suprema de Justicia ha destacado que los efectos de esta figura obran “doblemente” sobre el Contrato quitándole su fuerza hacia el futuro, y deshaciendo sus efectos en el pasado⁹⁶. En este sentido, la resolución implica destrucción del contrato y la eliminación retroactiva de todos sus efectos e, igualmente, pone fin a la relación, lo cual quiere decir que el vínculo desaparece y, en consecuencia, las obligaciones pendientes se extinguen⁹⁷.
123. El Árbitro Único considera que en este caso procede la resolución del Contrato:
124. *En primer lugar*, el Contrato en cuestión tiene una naturaleza bilateral entre las Partes o contiene obligaciones de naturaleza bilateral, comoquiera que cada contratante se obligó con su contraparte a ejecutar el objeto debido con la finalidad de satisfacer su interés. P&G, en calidad de Partícipe Oculto, se obligó a desembolsar las sumas requeridas para la ejecución del objeto del Contrato, mientras que AXA, en calidad de Socio Gestor, se obligó a ejecutar el objeto del Contrato.
125. *En segundo lugar*, el Árbitro Único encontró⁹⁸ que AXA incumplió sus obligaciones bajo el Contrato, (i) por no contratar al personal requerido y no celebrar todos los negocios jurídicos necesarios para ejecutar el objeto del Contrato, en desconocimiento de lo previsto en la Cláusula Primera del Contrato; (ii) por apropiarse de dineros que correspondían a ingresos del Contrato antes de repartir utilidades, incumpliendo las obligaciones previstas

⁹⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de agosto de 2011, M.P. Augusto Solarte Rodríguez.

⁹⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de agosto de 2011, M.P. Augusto Solarte Rodríguez. *Ver también*: Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de noviembre de 1935, M.P. Miguel Moreno Jaramillo; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 26 de abril de 1955, M.P. Ignacio Gómez Posse.

⁹⁷ HINESTROSA, Fernando, “Tratado de las Obligaciones II: de las fuentes de las obligaciones: el negocio jurídico II”, Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015, pp. 900 y 901; OSPINA FERNANDEZ, Guillermo, “Régimen General de las Obligaciones”, Bogotá: Editorial Temis, 2014, p. 484; TAMAYO LOMBANA, Alberto, “Manual de Obligaciones: La Responsabilidad Civil: Fuente de las Obligaciones,” Bogotá: Temis, 1998, pp. 287 a 289.

⁹⁸ *Ver*: Sección III.C.1(b).

- en las Cláusulas Primera y Cuarta del Contrato; y (iii) por no expedir los títulos valores para garantizar los aportes y las utilidades del participe oculto, en los términos del Otrosí No. 1.
126. El Árbitro Único considera que la inejecución de estas obligaciones y, en particular, las obligaciones que AXA contrajo en calidad de socio gestor son lo suficientemente graves para que proceda la resolución del Contrato. En efecto, es de la naturaleza de los contratos de cuentas en participación que el socio gestor –AXA – asuma la administración de la operación, entre otras, la contratación de las personas requeridas para la ejecución del objeto del Contrato y la celebración de todos los negocios jurídicos para estos efectos⁹⁹.
127. *En tercer lugar*, el Árbitro Único considera que P&G cumplió con sus prestaciones bajo el Contrato y, por ende, está habilitada como contratante cumplido a solicitar la resolución del Contrato. En el expediente está acreditado que P&G cumplió con sus obligaciones de Participe Oculto al desembolsar todos los dineros requeridos para la ejecución del objeto del Contrato¹⁰⁰. Además, en la Sección III.C.1.(b) *anterior*, el Árbitro Único explicó que P&G se vio obligada a intervenir y contratar a las personas requeridas para ejecutar el objeto del Contrato, no obstante esta obligación radicaba originalmente en cabeza de AXA. Estas gestiones permitieron que los Productos fueran entregados a todos los Clientes Externos del Contrato, tal y como lo acredita el testimonio del William Elex Aguilar González¹⁰¹.
128. Por las anteriores consideraciones, el Árbitro Único considera que procede declarar la resolución del Contrato. Por ende, el Árbitro Único procederá a evaluar las condenas que expresamente se solicitan a partir de las pretensiones formuladas por la Demandante.

⁹⁹ Laudo Arbitral, Inversiones Avandé CIA. S.C.A v. Alberto Enrique Henríquez Álvarez del 14 de junio de 2012. *Con relación a las obligaciones del socio gestor del contrato de cuentas en participación, ver: Sección III.C.1(a)(iii).*

¹⁰⁰ Dictamen Pericial Contable, p. 11.

¹⁰¹ Testimonio de William Elex Aguilar González, Audiencia del 2 de febrero de 2017, p. 16.

3. Tercera y Cuarta Pretensión: “Que se ordene a Ana Ximena Achury Barreto pagar a Presents and Gifts Soluciones Promocionales Ltda, en el término de tres días contados a partir de la ejecutoria de las sumas de dinero” especificadas por la Demandante y “Que la liquidación que se haga se imputen los abonos recibidos en la forma como lo establece el artículo 1653 del Código Civil”¹⁰²

129. La Pretensión Tercera de la Demanda busca el pago por parte de AXA de las sumas por concepto de saldo de capital¹⁰³, intereses de plazo sobre el capital insoluto¹⁰⁴, intereses de mora sobre el capital insoluto¹⁰⁵, y cláusula penal¹⁰⁶. Por su parte, la Pretensión Cuarta solicita que los abonos efectuadas por AXA a P&G sean imputados a la deuda de conformidad con el mandato del artículo 1653 del Código Civil. Estos abonos fueron (i) de COP\$117.110.040 del 13 de octubre de 2015, y (ii) de COP\$258.800.000 del 4 de noviembre de 2015. Dado que tales montos fueron abonados después de la extinción del plazo y del objeto contractual, es procedente aplicarlas primero a intereses y luego a capital tal como lo ordena la norma.
130. El Árbitro Único resalta que para la aplicación de los intereses de plazo la disposición contractual aplicable es el Otrosí No. 1, el cual determina una tasa mensual de interés del 2.4% a partir del 8 de mayo de 2015, hasta la fecha de reintegró del capital integral¹⁰⁷.
131. Con relación a la Tercera Pretensión, la Demandante remitió al Árbitro Único la Subsanación de la Demanda, estimando sus pretensiones en COP\$270.000.000¹⁰⁸ desagregados así:
- 1) Saldo por capital insoluto: COP\$173.881.449
 - 2) Intereses de plazo desde el 8 de mayo de 2015 hasta el 28 de agosto de 2015: COP\$35.650.120.

¹⁰² Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 2.

¹⁰³ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, numeral 3.1, p. 2.

¹⁰⁴ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, numeral 3.2, p. 2.

¹⁰⁵ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, numeral 3.3, p. 2.

¹⁰⁶ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, numeral 3.4, p. 2.

¹⁰⁷ Folio 3, cuaderno de pruebas 1, Otrosí No. 1 al Contrato, p. 1.

¹⁰⁸ Folio 68, cuaderno principal 1, Subsanación de la Demanda, p. 1.

- 3) Intereses de plazo desde el 29 de agosto de 2015 hasta el 22 de abril de 2016: COP\$55.538.431.
- 4) Cláusula penal: COP\$5.000.000.
132. En primera medida, el Árbitro Único hace mención especial al Dictamen Pericial Contable presentado por la doctora Gloria Zady Correa Palacio, el cual encontró conducente, pertinente y útil para efectos probatorios en este arbitraje.
133. De conformidad con el artículo 168 del Código General del Proceso, “[e]l juez rechazará, mediante providencia motivada, las pruebas ilícitas, las notoriamente impertinentes, las inconducentes y las manifiestamente superfluas o inútiles”¹⁰⁹.
134. En este sentido, la doctrina colombiana ha reconocido que la pertinencia de la prueba se refiere a “la relación de facto entre los hechos que se pretenden demostrar y el tema del proceso”¹¹⁰. En este caso el Árbitro Único encontró que el Dictamen Pericial Contable es adecuado, conveniente y oportuno para acreditar los movimientos contables de las Partes en relación con la ejecución del Contrato.
135. La prueba además debe ser conducente, lo cual se refiere a “idoneidad legal que tiene una prueba para demostrar determinado hecho”¹¹¹. El Árbitro Único encuentra que, debido a que no existe una norma legal que prohíba el empleo del Dictamen Pericial Contable para acreditar los ingresos y egresos de la contabilidad de las Partes, el dictamen es conducente.
136. Finalmente, la prueba ha de ser útil, es decir, que aporte algo a la actividad probatoria, es decir, que preste un servicio al proceso¹¹². El Árbitro Único encuentra que el Dictamen Pericial Contable en efecto esclarece y acredita los movimientos contables derivados del Contrato, por lo que es útil como medio de prueba en el proceso.

¹⁰⁹ *Al respecto ver también:* Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, sentencia del 11 de noviembre de 2010, C.P. Carmen Teresa Ortiz de Rodríguez. Auto interlocutorio de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, No. AP3929-2014, del 14 de julio de 2014, M.P. María Del Rosario González Muñoz.

¹¹⁰ PARRA QUIJANO, Jairo, “Manual de Derecho Probatorio”, edición No. 17, 2009, p. 145.

¹¹¹ PARRA QUIJANO, Jairo, “Manual de Derecho Probatorio”, edición No. 17, 2009, p. 145.

¹¹² PARRA QUIJANO, Jairo, “Manual de Derecho Probatorio”, edición No. 17, 2009, p. 148.

137. A continuación, el Árbitro Único determinará los montos adeudados por AXA por concepto de capital insoluto – derivados del monto total de capital aportado por la Demandante para la ejecución del Contrato –, efectuará las imputaciones de dinero correspondientes atendiendo a las reglas del artículo 1653 del Código Civil, determinará los montos adeudados por intereses de plazo y por intereses de mora, y analizará la procedencia de la aplicación de la Cláusula Penal.

a) El capital principal aportado por la Demandante

138. Como lo expresó el Tribunal¹¹³, los aportes en el contrato de cuentas en participación pueden ser de cualquier entidad, y son utilizados para la ejecución y consecución del objeto contractual. En el caso bajo estudio, con base en el Dictamen Pericial Contable y en las pruebas que obran en el expediente, el Árbitro Único encontró que P&G hizo varios y distintos aportes al Contrato tales como aportes de capital y pagos a proveedores, cuyo valor total asciende a la suma de **COP\$557.345.843**¹¹⁴, suma que comprende:

- 1) “Giro directo producción” del 23 de enero de 2015 por valor de COP\$26.111.484¹¹⁵.
- 2) “Giro directo producción” del 4 de marzo de 2015 por valor de COP\$65.999.990¹¹⁶.
- 3) “Anticipo para importación” del 13 de marzo de 2015 por valor de COP\$45.000.000¹¹⁷.
- 4) “Anticipo para importación” del 30 de marzo de 2015 por valor de COP\$20.000.000¹¹⁸.
- 5) “Anticipo para importación” del 8 de mayo de 2015 por valor de COP\$27.000.000¹¹⁹.

¹¹³ Ver: Sección III.C.1(a)

¹¹⁴ Dictamen Pericial Contable, p. 11. Ver también: Anexo 1 del Dictamen Pericial Contable.

¹¹⁵ Dictamen Pericial Contable, p. 11. Ver también: Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, p. 4.

¹¹⁶ Dictamen Pericial Contable, p. 11.

¹¹⁷ Dictamen Pericial Contable, p. 11. Ver también: Anexo Documental No. 6 del Dictamen Pericial Contable. Folio 184, cuaderno de pruebas 2.

¹¹⁸ Dictamen Pericial Contable, p. 11. Ver también: Folio 366, cuaderno de pruebas 1.

¹¹⁹ Dictamen Pericial Contable, p. 11. Folio 174, cuaderno de pruebas 2.

C.

ANA XIMENA ACHURY BARRETO

- 6) "Certificación" del 8 de mayo de 2015 por valor de COP\$3.381.400¹²⁰.
- 7) "Anticipo para importación" del 8 de mayo de 2015 por valor de COP\$150.000.000¹²¹.
- 8) "Certificación" del 8 de mayo de 2015 por valor de COP\$2.381.400¹²².
- 9) "Certificación" del 12 de junio de 2015 por valor de COP\$2.146.000¹²³.
- 10) "Almagrario" del 25 de junio de 2015 por valor de COP\$148.248¹²⁴.
- 11) "Anticipo para nacionalización" del 12 de junio de 2015 por valor de COP\$54.443.000¹²⁵.
- 12) "Anticipo para nacionalización" del 12 de junio de 2015 por valor de COP\$21.557.000¹²⁶.
- 13) "Cancelación nacionalización" del 31 de julio de 2015 por valor de COP\$14.089.462¹²⁷,
- 14) "Stickers" del 10 de junio de 2015 por valor de COP\$2.900.000¹²⁸.
- 15) "Logística" del 31 de julio de 2015 por valor de COP\$60.000.000¹²⁹.
- 16) "Logística" del 31 de julio de 2015 por valor de COP\$240.000¹³⁰.

¹²⁰ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 23, cuaderno de pruebas 1.

¹²¹ Dictamen Pericial Contable, pp. 11, 24, 26. *Ver también:* Folio 368, cuaderno de pruebas 1. Testimonio de Henry Manuel Aza, Olarte, p. 3. Testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo, p. 5.

¹²² Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 22, cuaderno de pruebas 1.

¹²³ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 21, cuaderno de pruebas 1.

¹²⁴ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 118, cuaderno de pruebas 2.

¹²⁵ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 15, cuaderno de pruebas 1. Folio 16, cuaderno de pruebas 1. Folio 17, cuaderno de pruebas 1.

¹²⁶ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 15, cuaderno de pruebas 1. Folio 16, cuaderno de pruebas 1. Folio 17, cuaderno de pruebas 1.

¹²⁷ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 15, cuaderno de pruebas 1. Folio 16, cuaderno de pruebas 1. Folio 17, cuaderno de pruebas 1.

¹²⁸ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 24, cuaderno de pruebas 1.

¹²⁹ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 24, cuaderno de pruebas 3.

¹³⁰ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 24, cuaderno de pruebas 3

- 17) “Transporte marítimo” del 10 de junio de 2015 por valor de COP\$6.667.000¹³¹.
- 18) “Transporte terrestre” del 10 de junio de 2015 por valor de COP\$33.000.000¹³².
139. Del anterior listado, el Árbitro Único considera pertinente hacer mención especial sobre los pagos realizados por P&G a la señora Miriam Rodríguez y al señor Henry Aza, y a los pagos efectuados a la empresa Globalizza. Debido a los múltiples cuestionamientos realizados por la Demandada frente a los mismos.
140. Con relación al pago de COP\$45.000.000 denominado “3) Anticipo para importación” con fecha del 13 de marzo de 2015, el Árbitro Único encuentra probado que la señora Marcela Marmolejo efectuó el mencionado pago¹³³ por medio de entrega a la señora Miriam Rodríguez, tía del señor Fabio Marín. El Árbitro Único resalta que las Partes no objetaron el testimonio de la señora Rodríguez, en la que ella declara haber recibido el dinero de manos de la señora Marmolejo “para una negociación de una juguetería”¹³⁴. Asimismo, en el expediente reposa el recibo del 13 de marzo de 2015, en con firma de recibido de la señora Rodríguez por valor de COP\$45.000.000¹³⁵, documento que no fue objetado.
141. Por todo lo anterior, el Árbitro Único encuentra acreditado el pago por parte de P&G de COP\$45.000.000 para la ejecución del Contrato.
142. Con relación al monto recibido por el señor Henry Aza por un valor total de COP\$177.000.000, distribuidos en dos pagos por valor de COP\$27.000.000 y COP\$150.000.000, identificados bajo los conceptos (5) y (7) anteriores, denominados “Anticipo para importación” del 8 de mayo de 2015, el Árbitro Único resalta que el testimonio del señor Aza, el cual no fue objetado por las Partes, da cuenta de las circunstancias de tiempo, modo y lugar en los que recibió las mencionadas sumas¹³⁶. En

¹³¹ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también* Folio 122, cuaderno de pruebas 2.

¹³² Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 26, cuaderno de pruebas 1. Folio 27, cuaderno de pruebas 1. Testimonio de William Elex Aguilar González, p. 11.

¹³³ Interrogatorio de parte de Marcela Marmolejo, p. 31.

¹³⁴ Testimonio de Miriam Rodríguez, pp. 14, 15 y 16.

¹³⁵ Folio 30, cuaderno de pruebas 1.

¹³⁶ Testimonio de Henry Manuel Aza Olarte, p. 3. *Ver también:* Folio 30, cuaderno de pruebas 1. El señor Henry Aza firmó el comprobante de egreso No. 1 que da cuenta de las sumas recibidas el día 8 de mayo de 2017.

efecto, el señor Aza declaró que había recibido el dinero como un favor para su amigo Fabio Marín “para comprar unos juguetes”¹³⁷, los cuales fueron entregados a Fabio Marín. El señor Aza específicamente reconoció que ambos cheques fueron girados por la señora Marcela Marmolejo¹³⁸.

143. Por todo lo anterior, el Árbitro Único encuentra acreditados los pagos de COP\$45.000.000 y de COP\$177.000.000 de parte de P&G para la ejecución del Contrato.
144. Finalmente, el Árbitro Único considera procedente resaltar que, con base en las pruebas aportadas a este proceso, se encuentran acreditados los pagos de P&G a Globalizza por la prestación del servicio de logística para la importación de los Productos a Colombia. El Árbitro Único reconoce que durante este proceso las Partes disputaron la naturaleza de estos pagos, así como los montos cobrados y los servicios prestados.
145. Sin embargo, el Árbitro Único resalta que el testimonio de la señora Luisa Cristina Urrea no fue controvertido por las Partes, y dio cuenta de los servicios logísticos prestados por la empresa Globalizza. La señora Urrea aclaró para el Árbitro Único que la empresa Globalizza presta “servicios de diferente índole”¹³⁹, generalmente relacionados con la comercialización de productos y servicios¹⁴⁰.
146. En su testimonio la señora Urrea explicó que, con relación al Contrato, la empresa Globalizza prestó “un servicio de operación logística de esos muñecos denominados caballeros medievales, desde el Puerto de Cartagena donde llegaron provenientes de la China hasta la entrega a los clientes en diferentes ciudades del país”¹⁴¹. En su testimonio adicionalmente dijo con relación al servicio prestado:

“SR. (sic) URREA: Simplemente se hizo a través de unas personas que estaban en Cartagena, ellos hicieron toda la parte logística en el sentido de que coordinarán todas las labores pertinentes de preliberación y liberación de los contenedores, que fueron tres contenedores; ellos estaban

¹³⁷ Testimonio de Henry Manuel Aza Olarte, p. 4.

¹³⁸ Testimonio de Henry Manuel Aza Olarte, p. 6.

¹³⁹ Testimonio de Luisa Cristina Urrea, p. 6.

¹⁴⁰ Testimonio de Luisa Cristina Urrea, p. 6.

¹⁴¹ Testimonio de Luisa Cristina Urrea, p. 6.

pendiente (sic) de la supervisión, de unas labores que hubo que hacer en determinados (sic) partes del proceso.

La contratación de los coteros, en el cargue y descargue, en el conteo de las cajas; luego en la distribución, en la parte de logística con la parte de la transportadora y ellos hicieron toda esa labor, una operación que se hizo a determinadas características, todo lo que tenía que ver con ese trabajo logístico y que la idea era que tenía que ser entregado a los clientes en las diferentes ciudades en un máximo de dos días; y, ese trabajo se hizo, se prestó y salió”¹⁴².

147. El Árbitro Único encuentra que su dicho, aunado con las pruebas documentales allegadas al expediente, es decir la factura emitida por Globalizza¹⁴³, dan cuenta de la prestación de los servicios de esta empresa derivados de la ejecución del Contrato. El Árbitro Único recuerda que el Dictamen Pericial Grafológico no encontró elementos para desestimar la factura de Globalizza como falsa¹⁴⁴. Adicionalmente el Dictamen Pericial Contable da cuenta de la evidencia de los movimientos contables relacionados con esta factura¹⁴⁵.
148. Teniendo en cuenta los medios de prueba citados, en particular el Dictamen Pericial Contable, los montos aquí listados constituyen aportes de capital – o principal – que la Demandante efectuó en su calidad de partícipe oculto en el Contrato, por lo que deben ser restituidos en su integridad de conformidad con la el Otrosí No. 1. El Árbitro Único resalta que esta cifra se encuentra debidamente probada, y que si bien es distinta de uno de los componentes del juramento estimatorio, esa diferencia se explica y se acredita en los medios de prueba citados. En todo caso, y como se desarrollará más adelante, el Árbitro Único no ha otorgado un reconocimiento superior al establecido en el juramento estimatorio de la Demandante, conforme a los términos del Artículo 206 del Código General del Proceso.

¹⁴² Testimonio de Luisa Cristina Urrea, p. 7.

¹⁴³ Folio 24, cuaderno de pruebas 3.

¹⁴⁴ Ver: Sección III.A.

¹⁴⁵ Dictamen Pericial Contable, p. 19. *Al respecto ver también:* Interrogatorio a la perito contable Gloria Zady Correa, p. 42 a 44.

b) Los reembolsos de capital a favor de P&G

149. De conformidad con el Dictamen Pericial Contable, la señora Marcela Marmolejo logró la recuperación de la suma de COP\$258.800.000¹⁴⁶, suma que fue registrada en dos operaciones en la contabilidad de P&G, por las sumas de COP\$205.812.108¹⁴⁷ y COP\$52.987.892¹⁴⁸, entendidos por el Dictamen Pericial Contable como reembolso de la inversión. El Árbitro Único encuentra que, en efecto, tal retiro de las cuentas del Contrato constituye el reintegro de parte del principal invertido por P&G para el desarrollo del Contrato, por lo que debe ser descontado del capital adeudado por AXA.
150. Adicionalmente, es necesario incluir en las deducciones la suma de COP\$117.110.040¹⁴⁹, la cual fue reconocida por la Demandante en su Subsanación a la Demanda¹⁵⁰, y por la Demandada en su Contestación a la Demanda¹⁵¹. Por lo tanto, el Árbitro Único entiende que las Partes mutuamente aceptan esta restitución como un abono de capital.

c) Interpretación del Otrosí No. 1

151. El Otrosí No. 1 reconoce a favor de P&G intereses de plazo, los cuales en el ordenamiento jurídico colombiano¹⁵² corresponden a los intereses remuneratorios¹⁵³. Estos intereses fueron definidos por la Corte Suprema de Justicia son aquellos “causados por un crédito de capital durante el plazo que se le ha otorgado al deudor para pagarlo”¹⁵⁴. El Árbitro único encuentra que la interpretación efectiva de las disposiciones del Otrosí No. 1, indica

¹⁴⁶ Dictamen Pericial Contable, p. 15. *Ver también*: Folio 31 del cuaderno de pruebas 1. *Ver también*: Anexo 2 al Dictamen Pericial Contable, p. 1 de 3.

¹⁴⁷ Esta suma ingresó a la contabilidad de P&G el 4 de noviembre de 2015. Anexo 2 al Dictamen Pericial Contable, p. 1 de 3.

¹⁴⁸ Dictamen Pericial Contable, p. 15.

¹⁴⁹ El Tribunal encontró que, de conformidad con el Dictamen Pericial Contable, tanto la contabilidad de AXA, como la contabilidad de P&G, dan cuenta de dos abonos girados a favor de P&G por las sumas de COP\$25.106.866 y COP\$92.003.174. El Tribunal encuentra probado que estas sumas ingresaron como pagos de AXA a favor de P&G por el valor de COP\$117.110.040 el día 13 de octubre de 2015, reconocido por las Partes.

¹⁵⁰ Folio 68, cuaderno principal 1, Subsanación de la Demanda, p. 1.

¹⁵¹ Folio 121, cuaderno principal 1, Contestación a la Demanda, p. 21.

¹⁵² Artículos 717 y 1617 del Código Civil y 884 y 1163 del Código de Comercio.

¹⁵³ Concepto No. 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¹⁵⁴ Corte Suprema de Justicia, sentencia del 28 de junio de 1979.

que los intereses remuneratorios aplicables en el caso bajo estudio están constituidos por dos elementos, a saber:

- 1) Los intereses de plazo aplicables sobre la suma de COP\$355.827.187, correspondiente al valor que las Partes reconocieron que P&G había aportado hasta la fecha de firma del Otrosí No. 1, es decir, hasta el 8 de mayo de 2015. Para efectos del presente análisis, este monto se denominará "**Suma de Capital A**".
- 2) Los intereses de plazo sobre los valores pendientes de desembolsar por parte de P&G, es decir, aquellos costos posteriores al 8 de mayo de 2015. De conformidad con el Dictamen Pericial Contable, este monto asciende a la suma de COP\$197.595.378¹⁵⁵. Para efectos del presente análisis, este monto se denominará "**Suma de Capital B**".

152. El plazo para la Suma de Capital A, se cuenta desde el 8 de mayo de 2015 – fecha estipulada por las Partes en el Otrosí No. 1 –, hasta el 22 de abril de 2016 – fecha de presentación de la Demanda –. La tasa de interés pactada tanto para la Suma de Capital A, como para la Suma de Capital B es del 2.4% mensual.
153. Esto significa que en principio la Suma de Capital A y la Suma de Capital B corresponden a deudas separadas e independientes, sobre las cuales se generarán intereses independientes (los "Intereses sobre la Suma de Capital A" y los "Intereses sobre la Suma de Capital B", respectivamente), que solo se unirán para aplicar la regla de imputación de intereses del artículo 1563 del Código Civil.
154. De esta forma, el Árbitro Único encontró que la imputación de los pagos por reembolso de capital (es decir, los COP\$117.110.040 abonados el 13 de octubre de 2015, y los COP\$258.800.000 recuperados por P&G el 4 de noviembre de 2015) imponen que la liquidación de los intereses se haga en tres etapas: (i) Los intereses de plazo aplicables desde el 8 de mayo de 2015 (para la Suma de Capital A) y posteriores al 8 de mayo de 2015, desde la fecha del desembolso, (para cada una de las que conforman la Suma de Capital B), hasta el 13 de octubre de 2013; (ii) los intereses de plazo para la Suma de

¹⁵⁵ Dictamen Pericial Contable, p. 11.

Capital A y la Suma de Capital B (la "Suma de Capital C") desde el 14 de octubre de 2015, hasta el 4 de noviembre de 2015; y (iii) y los intereses de plazo sobre la Suma de Capital C del 5 de noviembre de 2015 al 22 de abril de 2016:

- i. *Los intereses de plazo aplicables desde el 8 de mayo de 2015 (para la Suma de Capital A) y posteriores al 8 de mayo de 2015, desde la fecha del desembolso, (para cada una de las que conforman la Suma de Capital B), hasta el 13 de octubre de 2013*

155. Los intereses de plazo sobre la Suma de Capital A liquidados del 8 de mayo al 13 de octubre de 2015 corresponden a:

SUMA DE CAPITAL A	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS DE PLAZO (MENSUAL)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR	MONTO MENSUAL DE INTERESES
\$355.827.187	8 de mayo a 8 de junio de 2015	2.4%	30	\$8.539.582,4
\$355.827.187	8 de junio a 8 de julio de 2015	2.4%	30	\$8.539.582,4
\$355.827.187	8 de julio a 8 de agosto de 2015	2.4%	30	\$8.539.582,4
\$355.827.187	8 de agosto a 8 de septiembre de 2015	2.4%	30	\$8.539.582,4
\$355.827.187	8 de septiembre a 8 de octubre de 2015	2.4%	30	\$8.539.582,4
\$355.827.187	8 de octubre a 13 de octubre de 2015	2.4%	5	\$1.707.970
TOTAL				\$44.405.882

156. Los intereses de plazo sobre la Suma de Capital B liquidados desde la fecha del desembolso hasta el 13 de octubre de 2015 corresponden a:

SUMA DE CAPITAL B	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS DE PLAZO (MENSUAL)	INTERESES DE PLAZO POR EL PERIODO LIQUIDADO
\$2.378.000	10 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$233.995
\$2.146.000	12 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$207.773,8
\$148.248	25 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$12.927
\$54.443.000	12 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$5.270.082,4

c.

ANA XIMENA ACHURY BARRETO

SUMA DE CAPITAL B	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS DE PLAZO (MENSUAL)	INTERESES DE PLAZO POR EL PERIODO LIQUIDADO
\$21.557.000	12 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$2.086.717,6
\$14.089.462	31 de julio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$1.160.971,6
\$2.900.000	10 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$284.000
\$60.000.000	31 de julio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$4.944.000
\$240.000	31 de julio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$19.776
\$6.667.000	10 de junio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$656.032,8
\$33.000.000	31 de julio al 13 de octubre de 2015	2.4%	\$2.719.200
TOTAL			\$17.596.236

157. El valor total de intereses de plazo para la primera etapa de la liquidación es de **COP\$62.002.118**.

158. La Suma de Capital C corresponde a la sumatoria de la Suma de Capital A y la Suma de Capital B, equivalente a **COP\$553.422.565**.

159. El día 13 de octubre de 2015 ingresó a la contabilidad de P&G el valor de **COP\$117.110.040** por concepto de reembolso de capital. Este reembolso debe imputarse, de conforme al mandato del artículo 1653 del Código Civil, primero a intereses y luego a capital. Tras hacer la imputación a intereses, queda un saldo del abono para imputar a capital de **COP\$55.107.922**. Imputando este valor a la Suma de Capital C queda un saldo por capital insoluto de **COP\$498.314.643** (la "Suma de Capital Insoluto 1").

ii. Los intereses de plazo aplicables a la Suma de Capital Insoluto 1 desde el 14 de octubre hasta el 4 de noviembre de 2015

160. Estos intereses corresponden a:

SALDO DE CAPITAL INSOLUTO 1	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS DE PLAZO (MENSUAL)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR	MONTO MENSUAL DE INTERESES
\$498.314.643	14 de octubre a 4 de noviembre de 2015	2.4%	21	\$8.371.686
TOTAL				\$8.371.686

161. El valor total de intereses de plazo en la segunda etapa de la liquidación es de **COP\$8.371.686**.

162. El día 4 de noviembre de 2015 P&G logró recuperar la suma total de COP\$258.800.000, que ingresaron a su contabilidad como reembolso a capital. En aplicación del artículo 1653 del Código Civil, ese monto debe imputarse primero a los intereses, quedando un saldo del abono para imputar a capital de **COP\$250.428.313,3**. Esta suma debe ser luego imputada a la Suma de Capital Insoluto 1, quedando pendiente de pago el valor de **COP\$247.886.329** (la "Suma de Capital Insoluto 2").

iii. Los intereses de plazo aplicables a la Suma de Capital Insoluto 2 desde el 5 de noviembre de 2015 hasta el 22 de octubre de 2016

163. Estos intereses corresponden a:

SALDO DE CAPITAL INSOLUTO 2	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS DE PLAZO (MENSUAL)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR	MONTO MENSUAL DE INTERESES
\$247.886.329	5 de noviembre a 5 de diciembre de 2015	2.4%	30	\$5.949.271,8
\$247.886.329	5 de diciembre de 2015 a 5 de enero de 2016	2.4%	30	\$5.949.271,8
\$247.886.329	5 de enero a 5 de febrero de 2016	2.4%	30	\$5.949.271,8
\$247.886.329	5 de febrero a 5 de marzo de 2016	2.4%	30	\$5.949.271,8
\$247.886.329	5 de marzo a 5 de abril de 2016	2.4%	30	\$5.949.271,8
\$247.886.329	5 de abril a 22 de abril de 2016	2.4%	17	\$3.371.254
TOTAL				\$33.117.613

164. El valor total de intereses para la tercera etapa de la liquidación es **COP\$33.117.613**, mientras que el saldo de capital insoluto continúa siendo **COP\$247.886.329**.

d) Los intereses de mora aplicables sobre el Saldo de Capital Insoluto 2

165. Los intereses de mora “son los que debe pagar el deudor como indemnización por el atraso en que ha incurrido (...) Es una forma de reparar el daño sufrido por el acreedor ante el incumplimiento (sic) tardío del deudor o su incumplimiento”¹⁵⁶. Es decir, que se deben pagar a título de indemnización de perjuicios desde que el deudor se constituye en mora – incumple la obligación de plazo¹⁵⁷.

166. De conformidad con el artículo 1608 del Código Civil, el deudor está en mora cuando:

“1. Cuando no ha cumplido la obligación dentro del término estipulado; salvo que la ley, en casos especiales, exija que se requiera al deudor para constituir en mora.

(...)

3. En los demás casos, cuando el deudor ha sido judicialmente reconvenido por el acreedor.” (Subrayas fuera del texto original)

167. Dado que el Contrato no es claro en definir el momento a partir del cual el partícipe gestor tiene la obligación de restituir al partícipe oculto el capital principal, no es posible interpretar que AXA incurrió en mora por incumplimiento de la obligación antes del día de la presentación de la Demanda.

168. Al contrario, debido a que la situación de AXA no parece tener un término contractual, AXA solo se encuentra en mora desde el momento del requerimiento judicial por parte de P&G, es decir desde el 22 de abril de 2016¹⁵⁸.

169. Por lo tanto, y de conformidad con los términos del Contrato y las normas aplicables bajo el derecho colombiano, en particular el artículo 1608 del Código Civil, los intereses de mora deben ser calculados desde el día siguiente a la presentación de la Demanda, es decir,

¹⁵⁶ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 24 de febrero de 1975. Ver también: VILLEGAS, Carlos A., SHUMAN, Mario S., intereses y Tasasm Ediciones Abeledo-Perrot, 1990, p. 135.

¹⁵⁷ Concepto No. 2006000164-001 del 15 de febrero de 2006 de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¹⁵⁸ Folio 3, cuaderno de pruebas 1, Otrosí No. 1.

desde el 23 de abril de 2016, hasta la fecha de este Laudo, es decir, hasta el 2 de agosto de 2017.

170. De conformidad con el artículo 884 del Código de Comercio, los intereses de mora corresponden a una y media veces el interés bancario corriente certificado por la Superintendencia Financiera. Aplicando esta tasa, los intereses de mora sobre el Saldo de Capital Insoluto 2 son:

SALDO DE CAPITAL INSOLUTO 2	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE (MENSUAL)	TASA DE INTERÉS MORATORIO (interés mensual * 1.5)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR ¹⁵⁹	MONTO MENSUAL DE INTERESES DE MORA
\$247.886.329	22 de abril a 22 de mayo de 2016	1.71% ¹⁶⁰	2.56%	30	\$6.345.890
\$247.886.329	22 de mayo al 22 de junio de 2016	1.71% ¹⁶¹	2.56%	30	\$6.345.890
\$247.886.329	22 de junio al 30 de junio de 2016	1.71% ¹⁶²	2.56% ¹⁶³	8	\$1.685.627
\$247.886.329	1 de julio al 31 de julio de 2016	1.77% ¹⁶⁴	2.66%	30	\$6.593.776,3
\$247.886.329	1 agosto al 31 de agosto de 2016	1.77%	2.66%	30	\$6.593.776,3
\$247.886.329	1 de septiembre a 30 de	1.77%	2.66%	30	\$6.593.776,3

¹⁵⁹ Con referencia al periodo de vigencia de la Resolución de la Superintendencia Financiera de Colombia.

¹⁶⁰ El interés bancario corriente corresponde a 20.54% efectivo anual, vigente desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2016 según la Resolución 0334 del 29 de marzo de 2016.

¹⁶¹ El interés bancario corriente corresponde a 20.54% efectivo anual, vigente desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2016 según la Resolución 0334 del 29 de marzo de 2016.

¹⁶² El interés bancario corriente corresponde a 20.54% efectivo anual, vigente desde el 1 de abril hasta el 30 de junio de 2016 según la Resolución 0334 del 29 de marzo de 2016. En este caso se prorratea la tasa de interés mensual por los 8 días restantes de vigencia de la Resolución 0334 del 29 de marzo de 2016, lo cual es equivalente a una tasa a prorrata del 0.70%.

¹⁶³ Liquidado a 8 días corresponde a una tasa del 0.68%.

¹⁶⁴ El interés bancario corriente corresponde a 21.34% efectivo anual, vigente desde el 1 de julio hasta el 30 de septiembre de 2016 según la Resolución 0811 del 28 de junio de 2016.

SALDO DE CAPITAL INSOLUTO 2	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE (MENSUAL)	TASA DE INTERÉS MORATORIO (interés mensual * 1.5)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR ¹⁵⁹	MONTO MENSUAL DE INTERESES DE MORA
	septiembre de 2016				
\$247.886.329	1 de octubre a 31 de octubre de 2016	1.83% ¹⁶⁵	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de noviembre a 30 de noviembre de 2016	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de diciembre a 31 de diciembre de 2016	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de enero a 31 de enero de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de febrero a 28 de febrero de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de marzo a 31 de marzo de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de abril a 30 de abril de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de mayo a 31 de mayo de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de junio a 30 de junio de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4
\$247.886.329	1 de julio a 31 de julio de 2017	1.83%	2.74%	30	\$6.792.085,4

¹⁶⁵ El interés bancario corriente corresponde a 21.99 efectivo anual, vigente desde el 1 de octubre de 2016 hasta el 30 de septiembre de 2017 según la Resolución 1233 del 29 de septiembre de 2016.

SALDO DE CAPITAL INSOLUTO 2	PERIODO LIQUIDADO	TASA DE INTERÉS BANCARIO CORRIENTE (MENSUAL)	TASA DE INTERÉS MORATORIO (interés mensual * 1.5)	NÚMERO DE DÍAS A LIQUIDAR ¹⁵⁹	MONTO MENSUAL DE INTERESES DE MORA
\$247.886.329	1 de agosto a 2 de agosto de 2017	1.83%	2.74% ¹⁶⁶	2	\$446.195,39
TOTAL INTERESES DE MORA					\$102.525.785,2

e) La Cláusula Penal

171. Dentro del ordenamiento jurídico colombiano no se concibe que la única naturaleza de la cláusula penal sea la de compensación anticipada de los daños sufridos por la parte contractual cumplida¹⁶⁷. El artículo 1592 del código civil reconoce la cláusula penal como un mecanismo por medio del cual una persona asegura el cumplimiento de una obligación a su cargo, comprometiéndose a dar o hacer algo en caso de incumplimiento o cumplimiento tardío de tal obligación¹⁶⁸. En este sentido, la regulación civil colombiana reconoce la naturaleza polifacética de la cláusula penal¹⁶⁹, y específicamente su carácter sancionatorio¹⁷⁰, así como su independencia frente a la existencia o inexistencia de perjuicios derivados del incumplimiento¹⁷¹.

¹⁶⁶ A prorrata la tasa de interés de mora es del 0.18% por dos días.

¹⁶⁷ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01, p. 14.

¹⁶⁸ Artículo 1592 del código civil: “La cláusula penal es aquella en que una persona, para asegurar el cumplimiento de una obligación, se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no ejecutar o retardar la obligación principal”. El carácter sancionatorio de la cláusula penal se ve reforzado por el texto del artículo 1592 del código civil que dispone que “(...) cuando uno promete por otra persona, imponiéndose una pena para el caso de no cumplirse por esta lo prometido, valdrá la pena, aunque la obligación principal no tenga efecto por falta de consentimiento de dicha persona”.

¹⁶⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 1961. *En el mismo sentido ver:* Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, 7 de octubre de 1976. Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 7 de junio de 2002.

¹⁷⁰ Artículo 1593 del código civil. *En este sentido ver:* Laudo arbitral para dirimir las controversias entre Compañía de Seguros S.A y Compañía Central de Seguros de Vida S.A. c. Maalula Ltda., 31 de agosto de 2000, Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, p. 81.

¹⁷¹ Artículo 1599 de código civil: “habrá lugar a exigir la pena en todos los casos en que se hubiere estipulado, sin que pueda alegarse por el deudor que la inexecución de lo pactado no ha inferido perjuicio al acreedor o le ha producido beneficio”.

172. La jurisprudencia colombiana ha reconocido entonces que el artículo 1594 del código civil en efecto “faculta al acreedor a cobrar la pena junto con la obligación principal, “a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”¹⁷².

173. En el caso bajo estudio, la cláusula penal pactada por las Partes reza:

“SEXTA: CLÁUSULA PENAL. Convienen las partes en señalar la suma de CINCO MILLONES DE PESOS (\$5.000.000) a título de CLÁUSULA PENAL para el caso de que alguna de ellas incumpla o cumpla sólo en forma parcial o tardía alguna o algunas de las obligaciones que por este acto adquiere. Este documento prestará mérito ejecutivo para el cobro de la mencionada suma por parte del contratante que hubiere cumplido o se hubiere allanado a cumplirlas en forma total y oportuna, y contra la parte incumplida, acompañado de la prueba del incumplimiento. Esta cláusula penal se pacta por el simple retardo, de manera que la parte que cumplió cabalmente sus obligaciones o se allanó a cumplirlas oportunamente, podrá exigir de la de la incumplida el pago de la cláusula penal y el cumplimiento del contrato prometido. Las partes renuncian en recíproco beneficio, a la necesidad de requerimiento para la constitución en mora, de forma que el simple retardo en el cumplimiento de las obligaciones aquí contraídas, genera las acciones de ley, sin necesidad de requerimiento alguno. La parte que cumplió cabalmente sus obligaciones o se allanó a cumplirlas en su oportunidad, podrá también a su arbitrio exigir el cumplimiento del contrato o su terminación, según lo previsto en el artículo 1546 del Código Civil y en el artículo 870 del Código de Comercio y normas concordantes, pudiendo en cualquiera de estos casos exigir también el pago de la cláusula penal.”¹⁷³ (Subrayas fuera del texto original)

174. Como se deriva del texto del Contrato aquí transcrito, las Partes reconocieron el carácter sancionatorio de la cláusula penal pactada, y expresamente desligan del cumplimiento forzado del Contrato o de su terminación, el pago de la pena. Es decir, para las Partes la obligación de pago de la Cláusula Penal se deriva única y exclusivamente del

¹⁷² Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. M. P. Pedro Octavio Munar Cadena. Sentencia del 18 de diciembre de 2009. Expediente 68001 3103 001 2001 00389 01, p. 14. Ver también: Artículos 1599 y 2486 del código civil.

¹⁷³ Folio 2, cuaderno de pruebas 1, Contrato de Cuentas en Participación, Cláusula Sexta.

- incumplimiento de las obligaciones contractuales por una de las Partes y su exigibilidad queda al arbitrio de la Parte cumplida.
175. Adicionalmente las Partes expresamente declaran que la obligación surge por el mero retardo en el cumplimiento de las obligaciones contractuales y renuncian al requisito de la constitución formal en mora del deudor para exigir el pago de la pena.
176. En este sentido, dado que el Árbitro Único encontró probados los graves incumplimientos contractuales de AXA anteriormente descritos¹⁷⁴, es procedente la aplicación de la Cláusula Sexta del Contrato referido a la Cláusula Penal por incumplimiento en contra de AXA y a favor de P&G. Por lo tanto, el Árbitro Único encuentra que AXA se está en la obligación de pagar la suma de **COP\$5.000.000** derivado de sus incumplimientos graves a las obligaciones del Contrato y del Otrosí No. 1.
177. El Árbitro Único resalta que la Cláusula Sexta pactada por las Partes no contiene disposición alguna referente a mecanismos de reajuste monetario sobre la Cláusula Penal, razón por la cual no es posible aplicar intereses de ningún tipo al monto de la misma¹⁷⁵.
- f) Las sumas a reconocer en el marco del juramento estimatorio de la Demandante
178. Como se explicó en la Sección III.B de este Laudo, el juramento estimatorio presentado por la Demandante no fue objetado por la Demandada, por lo tanto, el monto total estimado por la Demandante de COP\$270.000.000 constituye prueba permanente de su monto¹⁷⁶, por lo que el Árbitro Único está limitado hasta esta cantidad al momento de hacer los reconocimientos a favor de P&G¹⁷⁷.
179. En este sentido, el Árbitro Único encuentra que:

¹⁷⁴ Ver: Sección III.C.1(b)

¹⁷⁵ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia 23 de junio de 2000, M.P. José Fernando Ramírez Gómez.

¹⁷⁶ Artículo 206 del Código General del Proceso.

¹⁷⁷ Artículo 206 del Código General del Proceso: "El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio."

-
- 1) Por concepto de capital insoluto el valor total a restituir por parte de AXA es de **COPS247.886.329**.
 - 2) Por concepto de Cláusula Penal el valor a restituir es de **COPS5.000.000**.
 - 3) Por concepto de intereses de plazo no pagados – es decir sobre los cuales no se alcanzó a aplicar la regla de imputación del 1653 del Código Civil –, el Árbitro Único encontró que se encuentran acreditados **COPS33.117.613**, correspondientes a la tercera etapa de liquidación de intereses desde el 5 de noviembre de 2015 hasta el 22 de abril de 2016, tal como se explicó en la Sección III.C.3(c)(iii) *anterior*. Sin embargo, debido a que esta suma excede el juramento estimatorio de la Demandada en **COPS16.003.942**, y en vista de que el juramento estimatorio no objetado constituye el límite máximo dentro del cual un árbitro puede otorgar reconocimientos, el Árbitro Único solo puede reconocer **COPS17.113.671** por concepto de intereses de plazo causados entre el 5 de noviembre de 2015 al 22 de agosto de 2016.
180. En atención a lo anterior, los reconocimientos totales a favor de P&G y en cabeza de AXA ascienden a la suma de **COPS270.000.000**.
 181. A pesar de lo anterior, de conformidad con el artículo 206 del Código General del Proceso, el juramento estimatorio no impide que el árbitro reconozca los perjuicios causados con posterioridad a la presentación de la Demanda. Por esta razón, el Árbitro Único procede a reconocer a favor de P&G y a cargo de AXA los intereses moratorios liquidados en la Sección III.C.3.(d), por un valor total de **COPS102.525.785,2**.

D. LAS EXCEPCIONES FORMULADAS EN LA CONTESTACIÓN A LA DEMANDA

182. En la Contestación de la Demanda, AXA invocó una serie de excepciones de fondo en contra de las pretensiones formuladas por P&G en su Demanda. En esta Sección, el Árbitro Único evaluará cada una de estas excepciones para determinar si alguna de ellas es procedente.

183. *Primero*, AXA invocó como excepción de fondo “la inexistencia de la obligación cobrada”¹⁷⁸. AXA alega que P&G se apropió de dineros en exceso en un monto equivalente a COP\$75.163.549 basándose en una presunta acta de liquidación que anexa como una prueba documental a la Contestación a la Demanda¹⁷⁹. Sin embargo, este documento no ha sido aceptado por P&G como el acta de liquidación del Contrato, es más AXA, en su Contestación a la Demanda, reconoce que el “acta de liquidación del CONTRATO no ha sido suscrita entre las partes (...)”¹⁸⁰. Asimismo, en este documento AXA omitió, entre otros, una serie de costos y gastos que P&G realizó para la contratación de terceros, como por ejemplo, los pagos hechos a Movientregas S.A.S. y a Globalizza S.A.S., los cuales constan en la prueba pericial decretada por este tribunal¹⁸¹.
184. El Árbitro Único recuerda que, tal como se explicó en las Secciones III.A y III.C.1(a) de este Laudo, los pagos adicionales a los aportes de capital iniciales efectuados por P&G para la consecución del objeto contractual, entre ellos los pagos efectuados a Movientregas como contraprestación del servicio de transporte y distribución nacional de carga; y a Globalizza como contraprestación de los servicios logísticos requeridos para la importación de los Productos, se encontraron acreditados con base en los movimientos contables identificados en el Dictamen Pericial Contable¹⁸², y en los documentos probatorios allegados al expediente incluyendo los testimonios¹⁸³, los cuales no fueron objetados por las Partes.

¹⁷⁸ Folio 102, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 23.

¹⁷⁹ Folio 102, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 23. Anexo 46 a la Contestación a la Demanda.

¹⁸⁰ Folio 102, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 22.

¹⁸¹ Dictamen Pericial Contable, p. 11.

¹⁸² Algunos de los aportes adicionales identificados en el Dictamen Pericial Contable son:

1. Pagos a Globalizza (COP\$69.600.000), p. 19.
2. Pagos a Movientregas (COP\$33.000.000), p. 22.
3. Pago por cheque a Miriam Rodríguez (COP\$45.000.000), p. 24.
4. Pagos a Henry Aza (COP\$177.000.000), pp. 24 y 26.

¹⁸³ Dentro del expediente obra prueba de los pagos adicionales efectuados por P&G para la ejecución del objeto contractual. Entre ellos:

1. Pagos a Globalizza (COP\$69.600.000), Folio 24, cuaderno de pruebas 3. Testimonio de Alexandra Acero Marmolejo. Testimonio de Luisa Cristina Urrea.
2. Pagos a Movientregas (COP\$33.000.000), Folios 26 a 27, cuaderno de pruebas 1. Testimonio de William Aguilar. Testimonio de Alexandra Acero Marmolejo.

185. Por ende, este Árbitro Único considera que AXA no demostró que efectivamente no existiera la obligación cobrada porque P&G se apropió de unas sumas en exceso a lo que por derecho le correspondía. En todo caso, este Árbitro Único determinó que AXA efectivamente tenía una serie de obligaciones en calidad de socia gestora, y que incumplió varias de estas obligaciones. Por ende, este Árbitro Único si encuentra que AXA si está obligada a restituir y pagar las sumas producto de la resolución, las cuales están identificadas en la Sección III.C.3 *anterior*.
186. *Segundo*, AXA invocó como excepción de fondo la inexistencia de un incumplimiento que le sea imputable¹⁸⁴. El Árbitro Único desestima esta excepción debido a que encontró probados una serie de incumplimientos imputables a AXA, tal y como consta en la Sección III.C.1(b) *anterior*.
187. *Tercero*, AXA formuló como excepción de fondo la inaplicabilidad de la cláusula penal en su contra, con base en la ausencia de incumplimientos de su parte. Como lo expresó el Árbitro Único en la Sección III.C.1(b) *anterior*, el Árbitro Único encontró probados varios incumplimientos por parte de AXA de sus obligaciones como Socio Gestor del Contrato, por lo que se desestima la excepción tercera, y se reitera que la cláusula penal se aplicará a favor de la Parte cumplida – P&G – y en contra de la parte incumplida – AXA.
188. *Cuarto*, AXA alegó como excepción de fondo que carece de responsabilidad civil por los perjuicios a los que P&G solicita indemnización¹⁸⁵. Al igual que la excepción de inexistencia de incumplimiento, esta excepción se fundamenta en el cabal cumplimiento del Contrato por parte de AXA.
189. La Corte Constitucional ha determinado que “la responsabilidad civil contractual resulta de la inejecución o ejecución imperfecta o tardía de una obligación estipulada en un

3. Pago por cheque a Miriam Rodríguez (COP\$45.000.000), Folio 30, cuaderno de pruebas 1. Testimonio de Miriam Rodríguez. Testimonio de Alexandra Acero Marmolejo.

4. Pagos a Henry Aza (COP\$177.000.000), Folios 366 a 368, cuaderno de pruebas 1. Testimonio de Alexandra Acero Marmolejo. Testimonio de Henry Aza. Interrogatorio a la Perito Contable.

¹⁸⁴ Folio 123, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda p. 23.

¹⁸⁵ Folio 123, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda p. 23.

contrato válido”¹⁸⁶. En la misma línea, la Corte Suprema de Justicia ha definido la responsabilidad civil contractual como “la obligación de resarcir el daño sufrido por el ‘acreedor’ debido al incumplimiento del ‘deudor’ de obligaciones con origen en el ‘contrato’”¹⁸⁷.

190. En este caso, el Árbitro Único encontró probados una serie de incumplimientos contractuales imputables a AXA, los cuales se explican en detalle en la Sección III.C.1(b) anterior. Como consecuencia de estos incumplimientos, el Árbitro Único considera que necesariamente surge la responsabilidad civil contractual de AXA. Por lo tanto, el Árbitro Único encuentra que no procede la excepción de fondo invocada fundada en la ausencia de responsabilidad civil de AXA.
191. *Quinto*, AXA solicitó, como excepción de fondo, que se declare la indebida acumulación de pretensiones porque las pretensiones de P&G no tiene cabida en un proceso arbitral, el cual alega es un proceso declarativo y no ejecutivo¹⁸⁸.
192. El Árbitro Único nota que la Corte Suprema de Justicia ha determinado, en reiteradas oportunidades, que procede la excepción de indebida acumulación de pretensiones cuando esta surge de “*la imposibilidad o dificultad insalvable para descubrir lo que el accionante implora y fijar su verdadera trascendencia jurídica*”¹⁸⁹. Este caso, las pretensiones de P&G permiten claramente discernir lo que este alega, y no son contradictorias.
193. El Árbitro Único nota que AXA erróneamente interpretó que los montos identificados inicialmente en la pretensión tercera y en la corrección del juramento estimatorio¹⁹⁰ corresponden a pretensiones propias de un proceso ejecutivo – y no de un proceso arbitral. El Árbitro Único considera que las pretensiones de P&G no están fundadas en un título

¹⁸⁶ Corte Constitucional, sentencia C-1008 del 9 de diciembre de 2010, M.P. Luis Ernesto Vargas Silva.

¹⁸⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 9 de junio de 2015, M.P. Álvaro Fernando García Restrepo.

¹⁸⁸ Folio 123, Contestación de la Demanda, cuaderno principal 1, p. 23.

¹⁸⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Laboral, sentencia del 14 de febrero de 2005, M.P. Luis Javier Osorio López; Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Penal, sentencia del 10 de diciembre de 2014, M.P. José Luis Barceló Camacho.

¹⁹⁰ Folio 123, Contestación de la Demanda, cuaderno principal 1, p. 23. Folio 68, Corrección de Juramento Estimatorio, p. 1.

ejecutivo en el que consten obligaciones expresas, claras y exigibles en los términos del artículo 422 del Código General del Proceso. Por el contrario, las sumas solicitadas se solicitan con base en el pretendido incumplimiento de AXA – solicitado en la pretensión primera – y la resolución del Contrato – solicitado en la pretensión segunda –. Es más, las sumas identificadas en la corrección del juramento estimatorio por concepto de saldo por capital insoluto, intereses de plazo, intereses de mora y cláusula penal solo se otorgarían si el Árbitro Único encuentra probado la existencia de un incumplimiento y la resolución del Contrato.

194. Adicionalmente, el Árbitro Único considera que tiene la competencia para pronunciarse sobre las pretensiones formuladas por P&G en su demanda toda vez que hacen parte de una diferencia entre las Partes que surgió durante la vigencia del Contrato, tal y como requiere la cláusula compromisoria del Contrato¹⁹¹.
195. Por las anteriores consideraciones, el Árbitro Único desestima la excepción de indebida acumulación de pretensiones formulada por AXA.
196. *Sexto*, AXA propone como excepción de mérito que el Otrosí No. 1 es nulo porque su consentimiento estuvo viciado por el dolo y lo firmó bajo presión¹⁹². Los elementos que AXA considera que constituyen un indebido constreñimiento, presión y dolo son, en resumen, los siguientes:
- 1) El Otrosí No. 1 fue preparado por P&G y no se le envió el borrador a AXA con el suficiente tiempo de anticipación a su firma, para revisar y analizar las implicaciones contables y jurídicas del documento¹⁹³. Es más, AXA alega que no conoció el contenido final del Otrosí No. 1 sino hasta horas antes de su firma;¹⁹⁴
 - 2) P&G se negó a suscribir una póliza para garantizar el cumplimiento de la campaña publicitaria “Guerreros Medievales” exigida por el cliente Colanta¹⁹⁵;

¹⁹¹ Folios 1 a 2, cuaderno principal 1, Contrato de Cuentas en Participación, pp. 1 a 2.

¹⁹² Alegatos de Conclusión, Audiencia del 20 de junio de 2017, p. 26.

¹⁹³ Folios 105 a 106, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, pp. 5 a 6.

¹⁹⁴ Folio 106, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 6.

¹⁹⁵ Folio 105, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 5.

-
- 3) P&G conocía que, a la fecha de la firma del Otrosí, Colanta estaba a punto de ejecutar una póliza de cumplimiento en contra de AXA porque esta incumplió una entrega de productos pactada para el 20 de abril de 2015 y, por ende, sabía que esta última firmaría el Otrosí para contar con los fondos necesarios para cumplirle a Colanta¹⁹⁶.
- 4) P&G condicionó futuros desembolsos a la firma del Otrosí No. 1¹⁹⁷; y
- 5) P&G se aprovechó de la falta de conocimiento jurídico de AXA para que esta firmara el Otrosí No. 1¹⁹⁸. AXA alegó que no entendió las implicaciones jurídicas de firmar el Otrosí No. 1 cuando se reunió con sus abogados el 15 de agosto de 2015¹⁹⁹.
197. A la luz de las alegaciones anteriores, el Árbitro Único considera que para determinar si el Otrosí No. 1 es nulo es necesario determinar si el consentimiento de AXA estuvo viciado por el dolo, según fue alegado por la Demandada²⁰⁰.
198. El Código Civil consagra que “para que una persona se obligue a otra por un acto o declaración de voluntad”, es necesario, entre otras cosas, “que consienta en dicho acto o declaración y su consentimiento no adolezca de vicio”. A su vez, el artículo 1508 del Código Civil establece que los vicios de los que puede adolecer el consentimiento son el error, la fuerza y el dolo.
199. En este sentido, la Corte Suprema de Justicia ha determinado que la validez de un acto jurídico depende, en gran parte, de que la voluntad de cada uno de los agentes que consiente al acto jurídico no se produzca bajo la coacción física o moral, ni a causa de un error fortuito o provocado por el dolo de otro de los agentes²⁰¹.

¹⁹⁶ Folio 105, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 5.

¹⁹⁷ Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 22.

¹⁹⁸ Folio 106, cuaderno principal 1, Contestación de la Demanda, p. 6.

¹⁹⁹ Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 11.

²⁰⁰ Audiencia de alegatos de conclusión, intervención del apoderado de AXA, p. 26

²⁰¹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de abril de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

-
200. En relación con el dolo, el artículo 1515 del Código Civil establece que el “dolo no vicia el consentimiento sino cuando es obra de una de las partes, y cuando aparece claramente que sin él no hubiera contratado”.
201. La Corte Suprema de Justicia define el dolo como “una maquinación, un atentado voluntario contra el derecho y los intereses del prójimo (...) se trata de una astucia, de un engaño que tiene como resultado sorprender el consentimiento de la víctima, el cual, por consiguiente, queda con ello viciado”²⁰². Adicionalmente, la Corte ha precisado que el dolo ha de ser obra de una de las partes (...), determinante, esencial, definitivo e incidente en la obtención del consenso de la parte, en forma de aparecer claramente que sin él no habría contratado”²⁰³.
202. La doctrina también destaca que un requisito fundamental para que se configure el dolo es el elemento intencional. A manera de ilustración, una parte incurre en dolo cuando adopta procedimiento para inducir a error o engaño al otro contratante mediante la presentación de documentos falsos, falso nombre, falsos diplomas, etc. Por el contrario, si un contratante induce a su contraparte a error porque él mismo se equivocó, no podrá hablarse de dolo²⁰⁴.
203. En este caso, no está acreditado en el expediente que P&G haya intencionalmente desplegado maquinaciones para engañar o inducir a error a AXA en la firma del Otrosí No. 1. En primera medida, el hecho que P&G se haya negado a suscribir la póliza de cumplimiento a favor de Colanta no es una conducta reprochable a la luz del derecho, comoquiera que P&G no estaba obligada bajo el Contrato a suscribir dichas garantías. Es más, la Cláusula Tercera del Contrato establece que AXA, en calidad de socio gestor, “será la única persona que ante los contratistas y ante los terceros en general aparecerá como contratante”²⁰⁵ (subrayas fuera del texto original). Por lo tanto, AXA era la única persona que debía aparecer ante los Clientes Externos, incluyendo en la póliza de cumplimiento expedida a favor de Colanta. Es más, el Árbitro Único considera que la suscripción de la

²⁰² Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 11 de abril de 2000, M.P. Manuel Ardila Velásquez.

²⁰³ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 6 de marzo de 2012, M.P. William Namén Vargas.

²⁰⁴ Alberto Tamayo Lombana, Manual de Obligaciones: La responsabilidad civil, fuente de obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 244.

²⁰⁵ Folio 1, cuaderno principal 1, Contrato de Cuentas en Participación, Cláusula Tercera, p. 1.

póliza de garantía era una obligación que le correspondía a AXA en calidad de Socio Gestor.

204. Ahora bien, el hecho que Marcela Marmolejo Perdomo, en representación de P&G, haya solicitado la firma de un Otrosí No. 1 para continuar desembolsando dineros para la ejecución del Contrato es una conducta que no es reprochable en este caso. P&G – o Distotales S.A.S., actuando en interés y beneficio de P&G – ya había desembolsado COP\$355.827.187. Adicionalmente, a la fecha de la firma del Otrosí No. 1, P&G se vio obligada a intervenir activamente en la contratación de las personas requeridas para la ejecución del objeto del Contrato, como consecuencia de la deficiente gestión de AXA en este campo²⁰⁶.
205. Por otro lado, el hecho que el Otrosí No. 1 haya sido entregado a AXA horas antes de su firma no fue determinante, esencial, definitivo e incidente en la obtención del consentimiento de AXA para firmar el Otrosí No. 1. Es más, este hecho no evitó que AXA leyera el Otrosí No. 1. Además, en el expediente, incluyendo el interrogatorio de Parte, no consta que AXA haya manifestado que requería de más tiempo para revisar el Otrosí No. 1, o asesorarse de un abogado o contador. En este caso, los hechos indican que la rapidez con la que se firmó del Otrosí No. 1 se debió a la premura con la que AXA debía girar los desembolsos para que le entregaran el resto de la mercancía.
206. Por lo anterior, el Árbitro Único considera que P&G no se valió de dolo para obtener en consentimiento de AXA en la celebración del Otrosí No. 1, y por ende, este instrumentos contractual no adolece de nulidad.
207. En relación con la fuerza, el artículo 1513 del Código Civil establece que “[l]a fuerza no vicia el consentimiento sino cuando es capaz de producir una impresión fuerte en una persona de sano juicio, tomando en cuenta su edad, sexo y condición.” Asimismo, esta disposición aclara que “[s]e mira como una fuerza de este género todo acto que infunde a una persona un justo temo de verse expuesta a (...) un mal irreparable y grave.” La fuerza

²⁰⁶ Ver: Sección III.C.1(b).

que produzca un vicio del consentimiento da lugar a una causal de nulidad del acto jurídico, tal y como establece los artículos 1740 y ss. del Código Civil.

208. No obstante, la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia ha reconocido que no cualquier hecho es constitutivo de fuerza que vicia el consentimiento. La Corte Suprema de Justicia ha aclarado que “[l]a violencia, física o moral, exigida en la ley, necesaria para doblegar la libertad y conciencia de otro, se asocia al justo temor de un mal presente, irreparable y grave, y no a cualquier hecho, así sea ilícito, impositivo de otro”²⁰⁷. Es más, la Corte Suprema de Justicia ha señalado que la fuerza debe ser determinante, en el sentido, que sea “una presión sobre el ánimo, que influye de una manera tan determinante en quien padece la violencia, que su voluntad no queda libre sino sometida al agente”²⁰⁸.
209. En esta misma línea, la doctrina también ha destacado que la fuerza debe (i) revestir cierta gravedad; (ii) ser determinante; e (iii) ilícita para que configure un vicio del consentimiento y, por ende, se convierta en una causal de nulidad²⁰⁹.
210. En este caso concreto, el Árbitro Único no encuentra acreditado, más allá del dicho de AXA, que manifestó su consentimiento al Otrosí No. 1 bajo fuerza física o moral de carácter grave, determinante e ilícita.
211. En primer lugar, la supuesta presión sobre AXA que podría generar la ejecución de una póliza de garantía a favor de Colanta por un incumplimiento en una entrega de mercancías el 20 de abril de 2015 no configura una impresión grave y, muchos menos. El Árbitro Único destaca que AXA tiene la condición de comerciante y las consecuencias derivadas de eventuales incumplimientos son parte del giro ordinario de los negocios de cualquier comerciante. Por ende, el Árbitro Único considera que esta presión no es determinante ni grave para configurar un vicio del consentimiento.

²⁰⁷ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2012, M.P. Margarita Cabello Blanco.

²⁰⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 19 de diciembre de 2012, M.P. Margarita Cabello Blanco.

²⁰⁹ Alberto Tamayo Lombana, Manual de Obligaciones: La responsabilidad civil, fuente de obligaciones, Editorial Temis, Bogotá, 1998, p. 232.

-
212. Además, a la fecha de la firma del Otrosí No. 1, la propia AXA tenía conocimiento desde mucho antes que no iba a cumplir con la entrega de la mercancía a Colanta. En febrero de 2015, AXA le envió un correo a Marcela Marmolejo Perdomo en donde le informa que la primera entrega de las mercancías llegaría a Colombia el 27 de abril de 2015, esto es, siete días después de vencido el plazo de entrega de los productos a Colanta²¹⁰. Es decir, que a la fecha de la firma del Otrosí – 28 de mayo de 2015 –, AXA ya conocía de las consecuencias de este incumplimiento desde meses antes.
213. Asimismo, está acreditado en el expediente que las demoras en la entrega de los Productos se debían a problemas con el fabricante en China y no a incumplimiento de P&G que luego fueron utilizados para presionarla a firmar el Otrosí No. 1²¹¹. Por lo anterior, ante estas circunstancias, el Árbitro Único considera que el incumplimiento de la entrega a Colanta no fue una estrategia de P&G para ejercer presión sobre AXA para que firmara el Otrosí No. 1.
214. El Árbitro Único encuentra que la firma del Otrosí No. 1 antes de precipitar un mal irreparable y grave producto de la ejecución de la garantía de cumplimiento en el negocio con Colanta, lo que buscaba era conjurar este problema al garantizar un marco formal para continuar con los desembolsos necesarios para cumplir con el objeto del Contrato²¹².
215. Mark Freddy García Marín en su testimonio declaró que el día en que AXA y Marcela Marmolejo fueron al banco para gestionar los trámites de la firma autorizada en el Bancolombia – horas antes de la firma del Otrosí –, este no notó ningún síntoma de presión, miedo temor o angustia en AXA, manifestando que “nunca not[ó] nada extraño y entre ellas se notó una relación cordial en ese momento”²¹³. El testimonio de María Alexandra Acero Marmolejo también acredita que Ana Ximena Achury nunca fue constreñida para firmar el Otrosí²¹⁴.

²¹⁰ Folio 186, cuaderno principal 1, Correo electrónico de AXAy dirigido a Marcela Marmolejo Perdomo, 16 de febrero de 2015.

²¹¹ Interrogatorio de parte de Marcela Marmolejo, p. 41.

²¹² Interrogatorio de parte de Marcela Marmolejo, pp. 43 a 44

²¹³ Testimonio de Mark Freddy García Marín, pp. 5 a 6.

²¹⁴ Testimonio de la Señora María Alexandra Acero Marmolejo, p. 8.

-
216. El Árbitro Único también considera que el hecho que AXA no entregara como garantías cuatro cheques, tal y como estaba previsto en el Otrosí No. 1²¹⁵, evidencia que su voluntad no estaba constreñida a la voluntad de Marcela Marmolejo Perdomo, representante legal de P&G. Es más, AXA, en su interrogatorio de Parte, declaró que no entregó los cheques porque supuestamente no le habían entregado el dinero²¹⁶. Esta conducta no es propia de una persona que sujeta a fuerza grave, ilícita y, mucho menos, determinante.
217. Por último, el Árbitro Único reconoce que los términos pactados por las Partes en el Otrosí No. 1 pueden ser interpretados como compromisos onerosos a favor de una sola de las Partes, pero lo anterior no es suficiente para que la parte que ha asumido estos compromisos alegue que fue víctima de maquinaciones dolosas o constreñida mediante la fuerza para manifestar su consentimiento a obligarse.
218. Por las consideraciones anteriores, el Árbitro Único concluye que el consentimiento de AXA a obligarse a la previsto en el Otrosí No. 1 no estuvo viciado de nulidad y, por ende, el Otrosí No. 1 no es nulo.
219. *Séptimo*, AXA solicitó que se condenara a P&G al pago de los intereses moratorios sobre las sumas retiradas por la señora Marcela Marmolejo Perdomo el día 4 de noviembre de 2015 – y a partir de esta fecha. El Árbitro Único rechaza esta solicitud, en la medida en que, como se explicó en la Sección III.C.3, las sumas retiradas por la señora Marmolejo correspondieron a un reembolso de capital insoluto, por lo que no proceden los intereses moratorios sobre tales sumas.
220. *Octavo*, AXA solicitó como una excepción de fondo que el Árbitro Único tenga en cuenta el resultado de la denuncia penal interpuesta contra P&G ante la Fiscalía General de la Nación²¹⁷. En esta denuncia penal AXA, solicitó a la Fiscalía General de la Nación que investigue a Marcela Marmolejo Perdomo y a María Alexandra Acero Marmolejo, representante legal de Distotales S.A.S., por la comisión de las conductas punible

²¹⁵ Dictamen Pericial Contable. Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 11.

²¹⁶ Interrogatorio de parte de Ana Ximena Achury, p. 11.

²¹⁷ Folios 239 a 261, cuaderno principal 1.

constitutivas de fraude aduanero, usura, falsedad ideológica en documento privado, fraude procesal, estafa, abuso de confianza, concierto para delinquir.

221. Esta denuncia penal se fundamenta, entre otros, en las actividades desplegadas por Distotales S.A.S. y P&G para supuestamente realizar de manera artificiosa la nacionalización de la mercancía, inflar artificialmente el valor de los gastos del Contrato y apropiarse del dinero de AXA²¹⁸.
222. El Árbitro Único señala que no las partes no han informado o allegado prueba alguna que acredite el resultado de la anterior denuncia penal. En este sentido, no existen elementos en el expediente que acrediten que el Árbitro Único está llamado a considerar tales documentos en el resultado de este proceso arbitral. Comoquiera que el Árbitro Único no tiene la competencia para pronunciarse sobre la comisión de conductas penales, tampoco es competente para acoger la excepción interpuesta por AXA, por lo que la desestima.
223. Por último, el Árbitro Único ha valorado con cuidado los argumentos presentados por la Demandada en este arbitraje, y particularmente su alegato de conclusión, cuando señala que ciertos documentos en donde constan correos electrónicos no deben tenerse como prueba al no cumplirse lo estipulado en la Ley 527 de 1999. Sobre este particular, el Árbitro Único resalta que los medios de prueba como correos electrónicos aportados a través de copias impresas, particularmente aquellos relativos a las fechas de salida de los productos de China, han sido valorados en conjunto con otras pruebas en este arbitraje, particularmente las declaraciones de Alexandra Acero y Marcela Marmolejo. Sobre el particular, el Árbitro Único considera que la Ley 527 de 1999 no impone una tarifa legal que implique que dichos documentos deban ser desechados como prueba. Asimismo, es preciso recordar que la Demandada no formuló tachas específicas de falsedad frente a esos documentos. Por ende, el Árbitro Único no comparte la posición de la Demandada a partir de la cual dichos documentos no deben ser valorados como medios de prueba.
224. Por lo anteriormente expuesto, las excepciones de la Demandada no están llamadas a prosperar.

²¹⁸ Folio 250, cuaderno principal 1.

E. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

225. En esta sección, el Árbitro Único se pronunciará sobre las pretensiones formuladas por AXA en su demanda de reconvencción, incluyendo el documento que subsana la misma, y las respectivas excepciones presentadas por P&G en su contestación.

1. Primera Pretensión: “Que P&G actuó como socio gestor del CONTRATO”

226. AXA solicitó que el Árbitro Único declare que P&G no fue un partícipe oculto, sino que efectúo directamente la mayoría de los de los gastos, costos y deducciones del Contrato. Esta alega que los partícipes ocultos que revelen o autoricen su calidad son responsables y solidarios frente a terceros desde la fecha en que desaparece el carácter oculto del partícipe. En particular, alega que P&G asumió la condición de socio gestor al realizar un anticipo por valor de USD \$10.962 el día 25 de enero de 2015²¹⁹.

227. Por su parte, P&G alega que esta actúo como socio gestor y que fue tanta la voluntad de AXA de ser “única gestora, que no paró en mientes a la hora de facturar y recaudar los dineros del contrato”²²⁰. Asimismo, P&G formula como excepción a las pretensiones de la demanda de reconvencción que existe ausencia de responsabilidad de P&G, toda vez que esta fue un partícipe oculto diligente²²¹.

228. De acuerdo con lo expuesto en la Sección III.C.1(a) del presente Laudo, en donde el tema fue ampliamente analizado, el Árbitro Único no encuentra mérito para declarar que P&G actuó como Gestor dentro del Contrato de Cuentas en Participación. Teniendo en cuenta lo anterior, la pretensión no prospera.

2. Segunda Pretensión: “Que se declare cumplido el CONTRATO”

229. AXA solicita que el Árbitro Único declare que esta cumplió con el Contrato. Una vez analizados todos los argumentos presentados por las Partes y las pruebas en el expediente,

²¹⁹ Folio 78, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvencción p. 4.

²²⁰ Folio 183, cuaderno principal 1, Contestación a la Demanda de Reconvencción, p. 2.

²²¹ Folio 197, cuaderno principal 1, Contestación a la Demanda de Reconvencción, p. 16.

el Árbitro Único encontró que Ana Ximena Achury incumplió sus obligaciones bajo el Contrato.

230. El Árbitro Único ya se pronunció extensamente en la Sección III.C.1(b) *anterior*, sobre los incumplimientos que encontró probados, los hechos constitutivos de estos incumplimientos y las pruebas que los sustenta. Por ende, en esta sección únicamente se identificarán, una vez más, en resumen, los respectivos incumplimientos.
231. El Árbitro Único encontró probado que AXA incumplió sus obligaciones bajo el Contrato y el Otrosí por (i) no contratar al personal requerido y no celebrar todos los negocios jurídicos necesarios para ejecutar el objeto del Contrato, en desconocimiento de lo previsto en la Cláusula Primera del Contrato; (ii) apropiarse de dineros que correspondían a ingresos del Contrato antes de repartir utilidades, incumpliendo las obligaciones previstas en las Cláusulas Primera y Cuarta del Contrato; y (iii) no expedir los títulos valores para garantizar los aportes y las utilidades del participe oculto, P&G, en los términos en los que se obligó en el Otrosí No. 1.
232. Por todo lo anterior, el Árbitro Único encuentra que AXA incumplió el Contrato y, en consecuencia, la Segunda Pretensión no puede prosperar. Asimismo, con base en los fundamentos expuestos en la Sección III.C.1(b), el Árbitro Único encuentra probada la excepción de contrato no cumplido expuesta por la Convocante en su Contestación a la Demanda de Reconvención presentada por AXA.

3. Tercera Pretensión: “Que se tenga como liquidación del CONTRATO el Anexo 46”

233. En su pretensión tercera la Demandante en Reconvención solicitó al Árbitro Único que “tenga como liquidación del contrato el Anexo 46 [de la Demanda de Reconvención]”²²². Sin embargo, el Árbitro Único encontró que tal Anexo no refleja la realidad del Contrato y contradice los hallazgos del Árbitro Único basados en las pruebas aportadas por las Partes y en el Dictamen Pericial Contable.

²²² Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, p. 2.

234. En efecto, los valores por concepto de aportes de P&G no guardan coincidencia con los valores probados en el Dictamen Pericial Contable y en los documentos probatorios que obran en el expediente. Tal como se explicó en detalle en la Sección III.C.3(a) de este Laudo, los costos incurridos por P&G, adicionales a los aportes iniciales de capital se relacionaron con los pagos efectuados a las compañías de transporte terrestre y distribución nacional, transporte marítimo, seguros, logística, importación e importación, certificación, rotulado, embalaje y desembalaje, servicios portuarios, etc.²²³, los cuales no están reconocidos en su totalidad en el Anexo 46.
235. El Árbitro Único reitera que encontró acreditados los aportes de P&G por valor total de **COP\$557.345.843**²²⁴, incluyendo los pagos efectuados por la señora Marcela Marmolejo a la señora Miriam Rodríguez y al señor Henry Aza, así como encontró acreditada la prestación de los servicios logísticos de la empresa Globalizza y su correspondiente pago por parte de P&G.
236. Adicionalmente el Árbitro Único resalta que los conceptos relacionados con las obligaciones tributarias de las Partes exceden la competencia del Tribunal, por lo que no analizará ni se pronunciará sobre estos conceptos.

4. Cuarta Pretensión: "Que se declare la nulidad del OTROSÍ firmado el 28 de mayo de 2015"

237. En la Sección III.D anterior, el Árbitro Único ya se pronunció extensamente sobre la validez del Otrosí No. 1 y las razones por las que no encuentra acreditado, más allá del dicho de AXA, que existieron vicios del consentimiento en la celebración del Otrosí No. 1. Por ende, el Árbitro Único considera que no procede la pretensión de declarar la nulidad del Otrosí No. interpuesta por AXA.

²²³ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Folio 24, cuaderno de pruebas 3. Folios 26 a 27, cuaderno de pruebas 1. Folio 30, cuaderno de pruebas 1. Folios 366 a 368, cuaderno de pruebas 1. Folios 15 a 7, cuaderno de pruebas 1. Folios 18 a 20, cuaderno de pruebas 1. Folios 21 a 23, cuaderno de pruebas 1. Folio 24, cuaderno de pruebas 1. Folios 122 a 134, cuaderno de pruebas 1. Folios 20 a 22, cuaderno de pruebas 2. Folios 32 a 33, cuaderno de pruebas 2. Folios 293 a 295, cuaderno de pruebas 1- Folio 6, cuaderno de pruebas 2. Folio 7, cuaderno de pruebas 2. Folios 23, 112 y 113, cuaderno de pruebas 2. Folios 25, 26, 75 y 119, cuaderno de pruebas 2. Folios 106 a 114, cuaderno de pruebas 2. Folios 115 a 122, cuaderno de pruebas 2. Folio 118, cuaderno de pruebas 2, Folio 175, cuaderno de pruebas 2.

²²⁴ Dictamen Pericial Contable, p. 11. *Ver también:* Anexo 1 del Dictamen Pericial Contable.

5. Quinta Pretensión: Los daños y perjuicios sufridos por AXA equivalentes a COP\$200.000.000

238. En su pretensión quinta la Demandante en Reconvención solicitó al Árbitro Único la declaración de “los daños y perjuicios a favor de AXA en cuantía de Doscientos millones de pesos m/cte (\$200.000.000), por cuanto las actuaciones de P&G durante y después del CONTRATO, han impedido, bloqueado, presionado y dañado el desarrollo del objeto social de AXA, su bien nombre, su reputación comercial y su *good will* que no son otros que base para su sustento y modus vivendi”²²⁵.
239. El Árbitro Único ha revisado cuidadosamente la pretensión alegada por la Convocada, en el sentido de que actuaciones imputables a P&G le han causado un perjuicio equivalente a 200 millones de pesos. Ante esta pretensión, la Convocada ha alegado las excepciones de ausencia de buena fe, Ausencia de responsabilidad de P&G y Ausencia de Daño Imputable a P&G.
240. Por los motivos que se exponen a continuación, el Árbitro único encuentra que dicha pretensión no puede prosperar:
241. *En primer lugar*, el Tribunal encuentra que la Convocada alega una serie de daños, como aquellos al buen nombre, reputación comercial y *good will*. El Tribunal ha buscado en el acervo probatorio si dichos daños son producto de un supuesto incumplimiento contractual o guardan relación con el Contrato.
242. Al respecto, y como se desarrolla en la Sección III.C.1(b) de este Laudo, el Tribunal ha analizado la conducta de las Partes y encuentra que no ha existido un incumplimiento del Contrato que lleve a que se causen los daños alegados por la Convocada. Por el contrario, el incumplimiento que este Tribunal ha encontrado como probado está en cabeza de la Convocada.
243. *En segundo lugar*, la Convocada alega que el incumplimiento en las fechas de entrega de los productos llevó a que se perdiera una oportunidad comercial de seguir realizando unas labores de explotación comercial en el futuro. Ahora bien, el Árbitro Único encuentra que,

²²⁵ Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, p. 2.

si existiera ese incumplimiento, no existe certeza alguna del daño que se le ha causado a la Convocada. En efecto, y como la misma Convocada lo reconoce, no existían contratos u órdenes de compra en firme que le permitan concluir a este Tribunal que efectivamente sufrió un daño o perjuicio. Al respecto, es pertinente citar el siguiente intercambio entre el Árbitro Único y la Convocada:

“DR. RINCÓN: Una aclaración, creo que la pregunta fue si se tenían o no contratos para otros periodos, eso es lo que estoy entendiendo, lo que yo entiendo de su respuesta es que contratos como tal no había, había proyectos aprobados ¿pero había un contrato firmado de que eso ya se tenía que hacer?”

SRA. ACHURY: ¿La orden de compra?”

DR. RINCÓN: Si.

SRA. ACHURY: No.”²²⁶ (Subrayas y negrillas fuera del texto original)

244. En este sentido, la Convocada alega que la razón de que esos contratos u órdenes de compra no hubieren quedado en firme se debe al incumplimiento en los tiempos de entrega de los productos. Sin embargo, como el Tribunal ya analizó, dicho incumplimiento no es imputable a P&G. Asimismo, dicho incumplimiento no parece haber revestido de una gravedad material en la medida en que las pólizas de cumplimiento no fueron ejecutadas en contra de AXA, como ella misma lo reconoce²²⁷.
245. *En tercer lugar*, el Tribunal no encuentra que tenga los elementos de hecho y derecho para establecer que efectivamente ocurrió un daño al buen nombre, reputación comercial y *good will* de AXA. En efecto, de acuerdo con la Corte Suprema de Justicia:

“En términos generales el anglicismo “GOOD WILL” alude al buen nombre, al prestigio, que tiene un establecimiento mercantil, o un comerciante, frente a los demás y al público en general, es decir, al factor específico de un negocio que ha forjado fama, clientela y hasta una red de relaciones corresponsales de toda clase, aunado a la confianza que

²²⁶ Interrogatorio de parte de Ana Xime Achury, pp. 20 a 21.

²²⁷ Interrogatorio de parte de Ana Xime Achury, pp. 21 a 22.

despierta entre los abastecedores, empleados, entidades financieras y, en general, frente al conjunto de personas con las que se relaciona."²²⁸

246. En esta misma línea, la Corte Suprema señala:

“Como es patente, la empresa que goza de tales características y que logra conquistar una clientela numerosa y cuyos productos son reputados, se coloca en un plano descollante en el mercado en cuanto puede vender más y a mejor precio, lo que necesariamente apareja que sus utilidades sean mayores en proporción al capital invertido. No se trata, por consiguiente, de un factor esencial del establecimiento de comercio, sino accidental y estimable en dinero.

Entre los diversos elementos que se conjugan para determinarlo, cabe destacar, además de la proyección de los beneficios futuros, la existencia de bienes incorporeales, tales como la propiedad industrial, fórmulas químicas, procesos técnicos; la excelente ubicación en el mercado, la experiencia, la buena localización, la calidad de la mercancía o del servicio, el trato dispensado a los clientes, las buenas relaciones con los trabajadores, la estabilidad laboral de los mismos, la confianza que debido a un buen desempeño gerencial se logre crear en el sector financiero.(...)”²²⁹

247. En este sentido, el Árbitro Único no encuentra que AXA haya aportado un medio que pruebe el valor en dinero de su *good will* o que permita discernir los elementos para cuantificar dicho valor. En efecto, el Árbitro Único no encuentra una proyección de beneficios futuros, una descripción de los bienes cuantificables que no han podido ser explotados y una valoración de los bienes incorporeales asociados a dicho concepto.

248. Con fundamento en lo anterior, el Árbitro Único encuentra que deben prosperar las excepciones de “Ausencia de responsabilidad de P&G” y “Ausencia de Daño Imputable a P&G”. En conclusión, la pretensión de la Demandada no puede prosperar.

²²⁸ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, sentencia del 27 de julio de 2001. M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

²²⁹ Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil, Sentencia del 27 de julio de 2001, M.P. Jorge Antonio Castillo Rugeles.

6. Sexta Pretensión: El lucro cesante sufrido por AXA sobre la suma de COP\$169.019.381

249. En su Sexta Pretensión, la Demandante en Reconvención solicitó al Árbitro Único la declaración del “lucro cesante a favor de AXA en una cuantía equivalente a la utilidad de cada partícipe según el Anexo 46 cuya suma asciende a Ciento sesenta y ocho millones diecinueve mil trescientos ochenta y un pesos m/cte. (\$168.019.381), por cuanto la versión 2.0 de los Guerreros Medievales con luz, es decir, la campaña Dragones Medievales con Luz fue suspendida por la demora en la entrega de la mercancía a los clientes fue suspendida por la demora en la entrega de la mercancía a los clientes y porque P&G visitó a los clientes de AXA argumentando denuncia penal en contra de AXA”.
250. La Convocada alega ante esta pretensión que deben prosperar las excepciones de “Ausencia de Responsabilidad de P&G” y “Ausencia de Daño Imputable a P&G”. Después de valorar la prueba que ha sido aportada al expediente, el Árbitro Único encuentra que esta pretensión no puede prosperar y que se deben declarar como probadas las excepciones formuladas por la Convocante.
251. *En primer lugar*, y como se desprende la Sección III.E(3) anterior, el Árbitro Único no ha reconocido el Anexo 46 como el documento donde conste la liquidación del Contrato de cuentas en participación. Por ende, el Árbitro Único no reconoce como válido la utilidad establecida en dicho documento y, en consecuencia, no procede el reconocimiento del lucro cesante alegado.
252. *En segundo lugar*, el Árbitro Único resalta que no existe relación entre el concepto de utilidad del Contrato – supuestamente reconocida en el Anexo 46 – y la posibilidad de llevar a cabo la versión 2.0 de los Guerreros Medievales con luz. En todo caso, aún si existiera, este Tribunal encontró en la Sección anterior que no se ha acreditado certeza alguna del daño que se le ha causado a la Convocada. En efecto, y como la misma Convocada lo reconoce, no existían contratos u órdenes de compra en firme que le permitan

concluir a este Árbitro que efectivamente sufrió un daño o perjuicio por cuanto la versión 2.0 de los Guerreros Medievales no pudo ser explotada²³⁰.

253. *En tercer lugar*, el Tribunal Arbitral llama la atención que, en todo caso, la relación comercial vigente entre las Partes y prevista en el Contrato no cubre la explotación comercial de la versión 2.0 de los Guerreros Medievales. En efecto, el objeto de la relación comercial bajo el Contrato de Cuentas en Participación se refiere aquellas órdenes de compra que el Gestor obtuvo de los clientes externos²³¹. En la medida en que dichas órdenes de compra no existieron para la versión 2.0 de los Guerreros Medievales, este Árbitro encuentra que no puede reconocer un supuesto perjuicio que no guarda relación ni se deriva del Contrato. Por lo tanto, la Sexta Pretensión no prospera.

7. Séptima Pretensión: “Que se declaren los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, sobre las sumas apropiadas por P&G en exceso a partir del 4 de noviembre de 2015”

254. En su Séptima Pretensión la Demandante en Reconvencción solicitó al Árbitro Único que declare “los intereses de plazo a la tasa máxima permitida, sobre las sumas apropiadas por P&G en exceso a partir del 4 de noviembre de 2015”²³².

255. El Árbitro Único encontró probado que los COP\$258.8000.000 que la señora Marcela Marmolejo retiró de Bancolombia el 4 de noviembre de 2015²³³ y que obran en su contabilidad²³⁴, correspondieron al reembolso del capital principal al cual P&G tenía derecho según el Contrato²³⁵, y tal suma no excedió el monto adeudado a P&G por parte de AXA.

²³⁰ Acta, Interrogatorio de parte de Ana Xime Achury, Páginas 20 y 21.

²³¹ Contrato, Cláusula 1.

²³² Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvencción, p. 2.

²³³ Folio 31 del cuaderno de pruebas 1. *Ver también:* Anexo 2 al Dictamen Pericial Contable, p. 1 de 3.

²³⁴ El monto fue consignado en la contabilidad en dos sumas: (i) COP\$205.812.108 y (ii) COP\$52.987.892. *Ver:* Anexo 2 al Dictamen Pericial Contable, p. 1 de 3.

²³⁵ Dictamen Pericial Contable, p. 15.

-
256. En consecuencia, no es procedente declarar intereses de plazo sobre los COP\$258.800.000 a cargo de P&G y a favor de AXA, por lo que el Árbitro Único desestima la pretensión séptima de la Demanda de Reconvención.
8. Octavá Pretensión: “Que se declare que P&G intencionalmente prolonga, alarga y retarda la liquidación del CONTRATO y su consecuente firma del acta de liquidación”
257. En su pretensión octava la Demandante en Reconvención solicitó al Árbitro Único que declare “que P&G intencionalmente prolonga, alarga y retarda la liquidación del CONTRATO y su consecuente firma del acta de liquidación”²³⁶.
258. El Árbitro único ha valorado las pruebas aportadas en el expediente y ha tomado una serie de decisiones y determinaciones con el fin de solucionar la controversia entre las Partes. En este sentido, y conforme lo establecido en la Sección III.C.1(b) de este Laudo, el Árbitro Único ha encontrado que existió un incumplimiento en cabeza de AXA y que el mismo significa que se debe resolver el Contrato en cuestión.
259. Por ende, el Árbitro Único no puede aceptar la posición de la Convocada en el sentido de que la Convocante intencionalmente prolongó, alargó y retardó la firma del acta de liquidación. En efecto, el Árbitro Único encuentra que, ante la controversia entre las Partes relativo al estado del Contrato, no existió una actuación culpable o dolosa tendiente en generar un perjuicio a la Convocada. En efecto, no existe un medio de prueba en el arbitraje que tenga la conducencia, pertinencia y utilidad de probar una conducta culposa o dolosa en cabeza de la Convocante.
260. Por el contrario, el Árbitro Único encuentra que existió un intercambio de posiciones propio de partes en una controversia que buscan preservar y proteger los derechos que creen tener.
261. Por lo anterior, la pretensión de la Convocada no puede prosperar.

²³⁶ Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, p. 2.

9. Novena Pretensión: “Que en consecuencia del anterior punto, se declare la aplicación de la cláusula penal pactada en el CONTRATO en contra de P&G y a favor de AXA”
262. En su pretensión novena la Demandante en Reconvención solicitó que se declare que P&G está obligada al pago de la Cláusula Penal, derivado del supuesto hecho de que la Demandante prolongara, alargara y retardara la liquidación del Contrato²³⁷. Sin embargo, AXA no probó que P&G hubiese incurrido en tales comportamientos, ni en incumplimiento alguno del que pudiera derivarse la aplicación de la Cláusula Penal.
263. Por el Contrario, el Árbitro Único encontró probado que AXA incumplió sus obligaciones contractuales²³⁸, mientras que P&G no incurrió en incumplimientos de ninguna entidad. Por lo tanto, el Árbitro Único desestima la Pretensión Novena de la Demanda de Reconvención, y niega la aplicación de la Cláusula Penal en contra de P&G y a favor de AXA.
264. Teniendo en cuenta que las pretensiones de la Demanda de Reconvención no prosperan por lo expuesto anteriormente, el Tribunal no considera pertinente pronunciarse individualmente sobre las excepciones formuladas por la Demandada en Reconvención.

IV. COSTAS Y GASTOS

265. Tanto la P&G²³⁹ como AXA²⁴⁰ solicitaron en sus respectivos escritos procesales que el Árbitro Único condenara a la contraparte a pagar las costas y gastos de este arbitraje. Sobre costas, el artículo 365 del Código General del Proceso establece:

“ARTÍCULO 365. CONDENA EN COSTAS. En los procesos y en las actuaciones posteriores a aquellos en que haya controversia, la condenación den costas se sujetará a las siguientes reglas: 1. Se condenará en costas a la parte vencida en el proceso (...) 2. La condena se hará en la sentencia o auto que resuelva la actuación que dio lugar a aquella. (...) 8.

²³⁷ Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, numeral 6.

²³⁸ Ver: Sección III.C.1(b).

²³⁹ Folio 2, cuaderno principal 1, Memorial de Demanda, p. 2.

²⁴⁰ Folio 76, cuaderno principal 1, Demanda de Reconvención, p. 2.

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

266. Debido a que ninguna de las pretensiones de la Demanda de Reconvención prosperó, el Árbitro Único procede a condenar en costas a la Demandada/Demandante en Reconvención, con base en el numeral (1) del artículo 365 del Código General del Proceso.
267. En consecuencia, el Árbitro Único procede a analizar el contenido de la condena en costas con base en el artículo 366 del Código General del Proceso, que establece:

“ARTÍCULO 366. LIQUIDACIÓN. (...) 3. La liquidación incluirá el valor de los honorarios de auxiliares de la justicia, los demás gastos judiciales hechos por la parte beneficiada con la condena, siempre que aparezcan comprobados, hayan sido útiles y correspondan a actuaciones autorizadas por la ley, y las agencias en derecho que fije el magistrado sustanciador o el juez, aunque se litigue sin apoderado. Los honorarios de los peritos contratados directamente por las partes serán incluidos en la liquidación de costas, siempre que aparezcan comprobados y el juez los encuentre razonables. Si su valor excede los parámetros establecidos por el Consejo Superior de la Judicatura y por las entidades especializadas, el juez los regulará. 4. Para la fijación de agencias en derecho deberán aplicarse las tarifas que establezca el Consejo Superior de la Judicatura. Si aquellas establecen solamente y un mínimo, o este y un máximo, el juez tendrá en cuenta, además, la naturaleza, calidad y duración de la gestión realizada por el apoderado o la parte que litigó personalmente, la cuantía del proceso y otras circunstancias especiales, sin que pueda exceder el máximo de dichas cifras.” (Subrayas fuera del texto original)

268. Del texto transcrito se desprende que las costas están constituidas tanto por las expensas o gastos judiciales en que incurren las partes por la tramitación del proceso, como por las agencias en derecho, es decir, los gastos de defensa judicial de la parte vencedora a cargo de la parte vencida²⁴¹. Dentro de este concepto se encuentran incluidos los honorarios de los peritos y de los árbitros, así como los de los demás auxiliares de la justicia que hubiesen intervenido en el proceso.

²⁴¹ Acuerdo 1887 de 2003 del Consejo Superior de la Judicatura.

269. En el presente trámite arbitral fijada la suma correspondiente a honorarios y gastos del proceso en el Auto No. 9 del 25 de octubre de 2016, la Demandada no sufragó la porción que de tal monto le correspondía, en tanto que la Demandante, en ejercicio del derecho que le otorga la misma disposición, canceló por cuenta de aquella, dicho valor.
270. Teniendo en cuenta que AXA no reembolsó a P&G el 50% de los honorarios y gastos del arbitraje que P&G pagó en su nombre, con base en el inciso tercero del artículo 27 de la Ley 1563 de 2012, el Árbitro Único condena a AXA al reembolso de esa suma de dinero, más los intereses moratorios desde la fecha en que debió ser efectuado el pago hasta la fecha de este Laudo, conforme a la siguiente liquidación:

INTERESES DE MORA							
50% DE HONORARIOS Y GASTOS	MES	AÑO	TASA ANUAL	TASA MENSUAL	TASA DIARIA	DÍAS	INTERESES DE MORA
\$16.008.483,5	Octubre	2016	21.99%	1.8325%	0.0610%	6	\$87.878,3
\$16.008.483,5	Noviembre	2016	21.99%	1.8325%	0.0610%	30	\$439.871,8
\$16.008.483,5	Diciembre	2016	21.99%	1.8325%	0.0610%	30	\$439.871,8
\$16.008.483,5	Enero	2017	22.34%	1.8616%	0.0620%	30	\$446.594,8
\$16.008.483,5	Febrero	2017	22.34%	1.8616%	0.0620%	30	\$446.594,8
\$16.008.483,5	Marzo	2017	22.34%	1.8616%	0.0620%	30	\$446.594,8
\$16.008.483,5	Abril	2017	22.33%	1.8616%	0.0620%	30	\$446.594,8
\$16.008.483,5	Mayo	2017	22.33%	1.8616%	0.0620%	30	\$446.594,8
\$16.008.483,5	Junio	2017	21.98%	1.8316%	0.0610%	30	\$438.591,3
\$16.008.483,5	Julio	2017	21.98%	1.8316%	0.0610%	30	\$438.591,3
\$16.008.483,5	Agosto	2017	21.98%	1.8316%	0.0610%	2	\$19.528,5
INTERESES							\$4.097.307
TOTAL HONORARIOS E INTERESES							\$20.104.290

271. Además de la condena de la totalidad de las costas a cargo de AXA, el Árbitro Único ordena a la Demandada efectuar el pago de los honorarios de los auxiliares de la justicia que intervinieron en este proceso, es decir, los honorarios de la perito contable que a la fecha se encuentran pendientes de pago. La porción de pago pendiente por parte de AXA

de conformidad con el Acta No. 38 es del 60% de la totalidad de los honorarios²⁴², es decir, COP\$2.400.000.

272. Con respecto a las agencias en derecho, considerando los topes y lineamientos consagrados en el artículo 6 del Acuerdo 1883 del Consejo Superior de la Judicatura, es decir, el tope máximo aplicable es el 15% del valor total de las pretensiones, el Árbitro Único considera razonable establecerlas en la suma de COP\$27.000.000²⁴³. Esta suma deberá ser soportada por las Partes en una proporción del 90% a cargo de AXA, es decir, **COP\$24.300.000**.
273. Con fundamento en lo anterior, AXA será condenada en costas conforme a la liquidación que aparece a continuación:

CONCEPTO	VALOR (COP\$)
Honorarios del Árbitro	\$13.843.861
IVA	\$2.215.497
Honorarios de la Secretaria	\$6.923.430
IVA	N/A
Gastos de Administración – Centro de Arbitraje	\$6.923.430
IVA	\$1.107.748
Gastos de la Secretaría	\$1.000.000
Monto pagado por la Demandante	100%
Monto pagado por la Demandada	0%
Cargo a la Demandada	100% (\$32.016.967)
Intereses de mora por no pago de los costos y gastos del arbitraje	\$4.097.307
Agencias en Derecho	\$24.300.000
Honorarios pendientes de pago a la perito contable (60%)	\$2.400.000
TOTAL A CARGO DE AXA Y A FAVOR DE P&G	\$62.814.274

274. El Árbitro Único resalta que, respecto de las sumas que no se utilicen de la partida de “Otros Gastos”, se ordenará su devolución si a ello hubiere lugar.

²⁴² La totalidad de los honorarios adicionales establecidos como contraprestación a favor de la perito contable es de COP\$4.000.000, los cuales fueron distribuidos en una proporción del 40% a cargo de P&G, los cuales fueron cancelados en su totalidad; y 60% a cargo de AXA, los cuales están pendientes de ser cancelados.

²⁴³ Esta suma corresponde al 10% del valor total de las pretensiones, el cual fue establecido dentro del marco de discrecionalidad reglada del Árbitro Único contenido en el artículo 6 del Acuerdo 1883 de 2009 del Consejo Superior de la Judicatura.

275. Adicionalmente, el Árbitro Único advierte que en el evento en que la suma disponible de la partida “Gastos de la Secretaría” no resulte suficiente para cubrir los gastos de este arbitraje, el valor faltante deberá ser sufragado por AXA en su totalidad.

V. PARTE RESOLUTIVA

276. El Tribunal Arbitral constituido para dirimir las controversias entre P&G y AXA derivados del Contrato, administrando justicia por habilitación de las Partes conforme a lo establecido en la Ley 1653 de 2012, en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la Ley,

RESUELVE

PRIMERO: RECHAZAR la solicitud elevada por la Demandada en el incidente de tacha de falsedad ideológica en documento privado, por las razones expuestas en la Sección III.A de este Laudo.

SEGUNDO: DECLARAR no probadas las excepciones formuladas por AXA en la Contestación a la Demanda por las razones expuestas en la Sección III.D de este Laudo.

TERCERO: DENEGAR todas las pretensiones formuladas en la Demanda de Reconvención por las razones expuestas en la Sección III.E de este Laudo.

CUARTO: DECLARAR probados los incumplimientos de AXA de sus obligaciones bajo el Contrato según se detalla en la Sección III.C.1(b) del presente Laudo. En consecuencia, prospera la Primera Pretensión de la Demanda por las razones expuestas en la Sección III.C.1(b) de este Laudo.

QUINTO: DECLARAR resuelto el Contrato como consecuencia de los incumplimientos contractuales de AXA. En consecuencia, prospera la Segunda Pretensión de la Demanda, por las razones expuestas en la Sección III.C.2 de este Laudo.

SEXTO: ORDENAR a AXA a pagar a favor de P&G la suma de **COPS270.000.000** correspondiente al saldo de capital insoluto, los intereses de plazo y la Cláusula Penal, como consecuencia del incumplimiento de sus obligaciones contractuales, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo. En consecuencia, prosperan la Tercera y la Cuarta Pretensión de la Demanda, por las razones expuestas en la Sección III.C.3 de este Laudo.

SÉPTIMO: ORDENAR a AXA a pagar a favor de P&G la suma de **COPS102.525.785,2**, por concepto de intereses de mora liquidados desde la fecha de presentación de la Demanda, hasta el día de expedición del Laudo, por las razones expuestas en la Sección III.C.3 de este Laudo, dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo.

OCTAVO: CONDENAR en costas y gastos a la Demandada por la suma total de **COPS62.814.274** los cuales deberán ser cancelados dentro de los diez (10) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este Laudo. En consecuencia, prospera la Quinta Pretensión de la Demanda, por las razones expuestas en la Sección IV de este Laudo.

NOVENO: ORDENAR que por Secretaría se expidan copias de este Laudo con las constancias de ley para cada una de las Partes y copia simple al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

DÉCIMO: DISPONER que en firme esta providencia se archive el expediente en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

NOTIFÍQUESE Y CÚMPLASE,


RAFAEL RINCÓN ORDÓNEZ
Árbitro Único


MARÍA ISABEL PAZ
Secretaria