

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL

de

TRANEXCO S.A.

vs

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

LAUDO ARBITRAL

Bogotá, Veinticuatro (24) de Enero de 2018

Habiendo cumplido el trámite correspondiente y estando dentro de la oportunidad para hacerlo, procede el Tribunal de Arbitramento integrado por los doctores **ANDEW ABELA MALDONADO**, Presidente **EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ** y **GERMÁN GONZÁLEZ CAJIAO**, árbitros, a dictar el laudo en derecho que pone fin al proceso arbitral promovido por la sociedad **TRANEXCO S.A.** contra **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, previo un recuento de los antecedentes y demás aspectos preliminares de este proceso. **ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS**, actuó como secretaria del Tribunal.

I. ANTECEDENTES

1. PARTES PROCESALES

- a. **PARTE CONVOCANTE: TRANEXCO S.A.**, (En adelante la Convocante, o la Demandante) sociedad legalmente constituida, representada legalmente por **AUGUSTO CESAR ROJAS RODRÍGUEZ**, cuyo apoderado es el doctor **CESAR AUGUSTO TORRENTE BAYONA**.
- b. **PARTE CONVOCADA: SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, (En adelante 472, la Convocada, o la Demandada), sociedad legalmente constituida, representada legalmente, en su calidad de Apoderado General y Secretario General por **JUAN MANUEL REYES ÁLVAREZ** cuyo apoderado es el doctor **LUIS FERNANDO BALAGUERA SOTO**.
- c. **MINISTERIO PÚBLICO:** Como representante del Ministerio Público, la doctora **DIANA JANETHE BERNAL FRANCO**, Procuradora 131, acompañó el presente trámite arbitral.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

2. EL PACTO ARBITRAL:

Las partes suscribieron el Contrato 051 de Colaboración Empresarial, celebrado el 17 de enero de 2011, cuya copia se encuentra a folios 1 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 1 del expediente. En dicho contrato se determinó en la cláusula décima novena el siguiente pacto arbitral:

“CLÁUSULA DÉCIMA NOVENA, CONCILIACIÓN Y ARBITRAJE: Todas las diferencias que se susciten entre las partes con motivo de la validez, existencia, celebración, interpretación, alcance o ejecución, terminación y liquidación del presente contrato o sobre las estipulaciones en él contenidas se someterán a las disposiciones de la ley colombiana en materia de conciliación y arbitraje, tanto técnico como jurídico.

En el evento de presentarse discrepancias entre las partes respecto a la validez, existencia, celebración, interpretación, alcance o ejecución, terminación y liquidación del contrato o de las estipulaciones en él contenidas que puedan ser resueltas directamente por los representantes legales de las partes en un término prudencial que no exceda de sesenta (60) días, las partes acuerdan y aceptan expresamente que el conflicto será solucionado por un Tribunal de Arbitramento a través del proceso arbitral.

Una o ambas partes pueden en cualquier tiempo someter el conocimiento y definición de la diferencia (sic) a la decisión de un Tribunal de arbitramento, con fundamento en la presente cláusula compromisoria y con sujeción a las siguientes reglas que se convienen también de mutuo acuerdo:

- 1. El Tribunal de arbitramento se debe adelantar en el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, con sujeción a las reglas dispuestas para el efecto en el referido centro, que las partes declaran expresamente conocer y aceptar.*
- 2. El arbitraje y el fallo deben ser en derecho, sin perjuicio que para la resolución de las discrepancias de orden técnico, los árbitros cuenten con la asistencia de peritos o expertos en la materia objeto del debate.*
- 3. El Tribunal debe estar integrado por tres (3) árbitros designados de común acuerdo entre las partes. Si en un término de treinta (30) días las partes no llegan a un acuerdo sobre los nombres de los árbitros, expresamente convienen que los árbitros sean designados por el Centro de Conciliación y Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá, mediante sorteo de la lista de árbitros inscritos en dicho Centro.*
- 4. Los árbitros deben ser abogados titulados con experiencia en la materia.*
- 5. El procedimiento arbitral debe adelantarse con sujeción a las normas establecidas en la ley”.*

3. EL TRÁMITE ARBITRAL:

A. CONVOCATORIA: El doctor Cesar Augusto Torrente Bayona, apoderado de la parte convocante, mediante demanda arbitral presentada el 16 de diciembre de 2016 convocó a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. al trámite arbitral fundado en la cláusula compromisoria mencionada.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

B. DESIGNACIÓN DE ÁRBITROS: Los árbitros que conforman el panel arbitral, fueron designados mediante sorteo público realizado por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

C. INSTALACIÓN: El 9 de marzo de 2017 a las 10:30 a.m., en las oficinas del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, se dio inicio a la audiencia de instalación del Tribunal Arbitral, en la que fungió como secretario ad-hoc el doctor Sebastián Bernal Garavito, se nombró como secretaria del trámite arbitral a la doctora Adriana María Zapata Vargas y se fijó como lugar de funcionamiento la Sede de la Calle 76 No. 11-52 del Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

D. ADMISIÓN DE LA DEMANDA: Durante la audiencia de instalación, el Tribunal inadmitió la demanda presentada mediante auto No. 2. Posteriormente, la secretaria designada cumplió con el deber de información y aceptó el encargo, el 10 de marzo de 2017. La convocante subsanó la demanda el 14 de marzo de 2017.

El 22 de marzo de 2017, habiendo vencido en silencio el término señalado en el artículo 15 de la Ley 1563 de 2012, el Tribunal celebró audiencia en la que posesionó a la doctora Adriana María Zapata Vargas en el cargo de secretaria, al no existir impedimentos ni haberse presentado objeción por las partes. En dicha audiencia, el Tribunal, mediante auto No. 3, admitió la demanda subsanada y negó, en auto No. 4, la solicitud de medidas cautelares presentada por la convocante.

La secretaria notificó el auto admisorio de la demanda el 23 de marzo de 2017, según lo dispone el artículo 612 del Código General del Proceso a la demandada, al Ministerio Público y a la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado, mediante la remisión de mensajes de datos certificado a los respectivos buzones de electrónico y a la ANDJE, adicionalmente, mediante radicado en su página web.

E. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA Y TRASLADO DE LAS EXCEPCIONES DE MÉRITO: El 21 de abril de 2017, dentro del término correspondiente, el apoderado de la convocada contestó la demanda proponiendo excepciones de mérito frente a las pretensiones formuladas por la parte convocante y formuló objeción al juramento estimatorio presentado en la demanda. El Tribunal, mediante Auto No. 6 ordenó correr el traslado de las excepciones de mérito formuladas y concedió el término de 5 días dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

El apoderado de la convocante, describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda, mediante escrito radicado en la sede de la Secretaría el 12 de julio de 2017.

- F. DEMANDA DE RECONVENCIÓN:** El 21 de abril de 2017, el apoderado de la parte convocada, presentó demanda de reconvencción, la cual fue inadmitida mediante Auto No. 4 de 1 de junio de 2017 por no haberse aportado copia para los traslados correspondientes, de acuerdo con lo dispuesto en la ley procesal.

El 5 de junio de 2017, el apoderado de la convocada subsanó la demanda dentro de la correspondiente oportunidad procesal, por lo cual, el Tribunal mediante Auto 5 de 9 de junio de 2017, admitió la demanda de reconvencción y ordenó correr el traslado correspondiente a la parte convocante.

- G. CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:** El 12 de julio de 2017, el apoderado de la convocante contestó la demanda de reconvencción, formulando excepciones de mérito y objeción al juramento estimatorio presentado por el demandante en reconvencción, con lo cual el Tribunal, ordenó, mediante auto 6 del 14 de julio de 2017, correr el traslado conjunto de las excepciones de mérito formuladas por la parte convocada en la contestación de la demanda y por la convocante en la contestación de la demanda de reconvencción. De igual manera, se concedió a ambas partes, el término de 5 días señalado en el artículo 206 del Código General del Proceso, para que aportaran o solicitaran pruebas las pruebas que consideraran pertinentes, antes las objeciones al juramento estimatorio presentado en la demanda y a aquel formulado en la demanda de reconvencción.

El apoderado de la convocada describió el traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda de reconvencción, el 25 de julio de 2017.

- H. AUDIENCIA DE CONCILIACIÓN:** El 18 de julio de 2017, el Tribunal fijó fecha para la celebración de audiencia de conciliación que inició el 31 de julio de 2017 a las 9:30 a.m., con la presencia los doctores **DANIEL HERNANDO CÁRDENAS HERRERA**, apoderado judicial sustituto de la Convocante, **AUGUSTO CESAR ROJAS RODRÍGUEZ**, representante legal de **TRANEXCO S.A.**, **LUIS FERNANDO BALAGUERA SOTO**, apoderado de la convocada y **JUAN MANUEL REYES ÁLVAREZ**, Secretario General y Apoderado General de **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.** Por el Ministerio Público compareció la doctora **DIANA JANETHE BERNAL FRANCO**. Ante la imposibilidad de llegar a un acuerdo, el Tribunal, declaró agotada y fracasada la audiencia de

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

conciliación y decidió continuar con el trámite del proceso arbitral. La anterior decisión se notificó en audiencia.

- I. **GASTOS DEL PROCESO:** Habiéndose declarado fallida la audiencia de conciliación, el Tribunal determinó fijar por concepto de honorarios de los árbitros, de la Secretaría, así como las partidas de gastos de administración del Centro de Arbitraje y otros, la suma de doscientos setenta millones de pesos (\$270.000.000), más el Impuesto al Valor Agregado, valor que fue pagado dentro de la oportunidad fijada por la ley por cada una de las partes.
- J. **PRIMERA AUDIENCIA DE TRÁMITE:** Al haberse pagado los gastos del proceso, se procedió a realizar la primera audiencia de trámite, el 28 de agosto de 2017. El Tribunal se declaró competente para resolver las controversias contractuales surgidas entre las partes, y dispuso la entrega del primer pago de honorarios a los árbitros y a la Secretaria y el pago total de los gastos de administración al Centro de Arbitraje y Conciliación, requirió a las partes para que entregaran los correspondientes certificados de ingresos y retenciones, y dispuso que se continuara con el trámite. En esta fecha las partes manifestaron al Tribunal su acuerdo en ampliar el término del Tribunal por seis meses adicionales, para un total de doce meses, por lo cual, la ampliación del plazo fue decretada mediante auto No 14 y determinó que la duración del proceso sería de doce (12) meses contados a partir de la fecha de finalización de la Primera Audiencia de Trámite, sin perjuicio de las prórrogas, suspensiones o interrupciones que pudieran presentarse según lo dispuesto en la ley.
- K. **DECRETO DE PRUEBAS:** Mediante Autos No. 12 y 13 de 28 de agosto de 2017, el Tribunal ordenó la práctica de las siguientes pruebas:
- a. Pruebas solicitadas por la parte convocante:
1. **Documentales:** (i) Los documentos relacionados en el escrito de demanda, y (ii) Los documentos relacionados en la contestación de la demanda de reconvenición.
 2. **Testimonios:** Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de GUILLERMO GAMBA POSADA, EDGAR GARZÓN SABOYÁ, ANTONIO JOSÉ NUÑEZ TRUJILLO., IVETHE FERNÁNDEZ DE CASTRO, AUGUSTO CESAR ROJAS RODRÍGUEZ, ALFREDO CASTELLANOS CRUZ, LUIS ALBERTO ARANGO ESCOVAR, y ALEXANDRA CALVACHE ESPAÑA.
 3. **Prueba Traslada:** se decretó y ordenó el traslado de la totalidad del expediente del Tribunal de Arbitramento de TRANEXCO contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES cuyo laudo fue proferido el 14 de junio de 2016.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

4. Exhibición de documentos: se decretó y ordenó la exhibición de documentos de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. solicitada por la convocante en el escrito de demanda, en el escrito de contestación de la demanda de reconvención y en el escrito mediante el que la convocante descorre traslado de las excepciones de mérito formuladas en la contestación de la demanda.
5. Dictamen Pericial: Se decretó y se tuvo como prueba el dictamen pericial suscrito por el señor JOSE ROBERTO ACOSTA RAMOS relacionado en el escrito de demanda que se encuentra a folio 12 del cuaderno principal 1.
6. Interrogatorio de Parte: Se decretó el interrogatorio del representante legal de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

b. Pruebas solicitadas por la parte convocada:

1. Documentos: Los documentos relacionados en el escrito de contestación de la demanda de 21 de abril de 2017.
2. Interrogatorios de Parte: Se decretó el interrogatorio del representante legal de TRANEXCO S.A.
3. Testimonios: Se decretó y ordenó la práctica de los testimonios de ALEJANDRO RODRÍGUEZ, ANDRÉS CUBILLOS, SANDRA RODRÍGUEZ ARDILA, JAVIER BONILLA y DARWIN NARVÁEZ.
4. Interrogatorio de Perito: Se decretó el interrogatorio del perito de parte JOSE ROBERTO ACOSTA RAMOS quien suscribió el dictamen aportado por la convocante.
5. Prueba Traslada: se decretó y ordenó el traslado de la totalidad del expediente del Tribunal de Arbitramento de TRANEXCO contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES cuyo laudo fue proferido el 14 de junio de 2016.
6. Dictámenes Periciales: Se decretaron los siguientes dictámenes periciales: (i) el dictamen pericial de un perito ingeniero de sistemas con especialidad o conocimiento de informática de las telecomunicaciones, para tales efectos se designó como perito al ingeniero JOSE DARÍO DÍAZ VELASCO y (ii) el dictamen pericial de un perito financiero con énfasis en Evaluación de Proyectos, para lo cual fue designada la firma INCORBANK S.A.

L. PRÁCTICA DE PRUEBAS:

- i. Dictámenes Periciales: En el curso de la audiencia realizada el 11 de septiembre de 2017, el Tribunal posesionó a los peritos JOSE DARÍO DÍAZ e INCORBANK, en cabeza de su representante legal, el Dr. Jaime Ricaurte Junguito, para que rindieran los dictámenes periciales decretados y fijó honorarios provisionales para cada uno de los peritos. El Tribunal ordenó que la entrega de los dictámenes se realizara a más tardar el 20 de octubre de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Los dictámenes periciales fueron rendidos oportunamente, el 20 de octubre de 2017. El Tribunal corrió el traslado correspondiente por el término de 5 días, mediante auto No. 23 proferido en audiencia del 23 de octubre de 2017.

Dentro del término del traslado, únicamente el apoderado de la convocante recorrió el traslado de los dictámenes periciales presentados por JOSE DARÍO DÍAZ e INCORBANK y presentó dictamen pericial de controversia, el 30 de octubre de 2017. En dicho memorial, el apoderado presentó observaciones relacionadas con el decreto de la prueba pericial, solicitando que los mismos fueran desestimados. El Tribunal, mediante auto 24 de 23 de octubre de 2017, negó por infundada y extemporánea la solicitud presentada por el apoderado, por considerar que la Ley 1563 de 2012 establece la posibilidad de decretar experticias dentro del marco del trámite arbitral y por haberse agotado diversas oportunidades procesales para que el apoderado de la convocante presentara la solicitud de rechazo de la prueba, las cuales se dejaron pasar en silencio.

En el mismo auto anteriormente mencionado, el Tribunal ordenó a los peritos atender las solicitudes de aclaración y complementación presentadas por la convocante a más tardar el 17 de noviembre de 2017. De igual forma, el Tribunal decidió tener como prueba el dictamen de controversia suscrito por el señor JOSE ROBERTO ACOSTA RAMOS.

El 15 de noviembre, el representante legal de INCORBANK solicitó la extensión de plazo para rendir su informe de aclaraciones y complementaciones, por demora en la entrega de la documentación requerida. El Tribunal extendió el plazo hasta el 21 de noviembre de 2017.

El perito JOSE DARÍO DÍAZ entregó su informe de aclaraciones y complementaciones el 17 de noviembre de 2017 y, el perito INCORBANK, entregó el suyo el 21 de noviembre de 2017.

El 21 de noviembre de 2017, el Tribunal puso en conocimiento de las partes los informes presentados por los peritos, tal como lo dispone el artículo 31 de la Ley 1563 de 2012, por el término de 5 días, los cuales, vencieron en silencio el 29 de noviembre de 2017. El 1° de diciembre de 2017, cumplidos los trámites de los dictámenes periciales el Tribunal fijó, mediante auto No. 27, los honorarios definitivos de los peritos.

- ii. Exhibición de documentos: El 11 de septiembre de 2017 se llevó a cabo la exhibición de documentos de la convocada, solicitada por la parte convocante. En tal oportunidad se aportaron (1) El contrato 065 de 2016 suscrito entre SERVICIOS POSTALES

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

NACIONALES y TRANSEXPRESS (15 folios – 29 páginas). (2) Comprobantes de transferencias electrónicas (104 folios) y (3) Estudio de conveniencia y oportunidad de abril de 2013 (69 folios)

iii. Testimonios:

El 28 de agosto de 2017, previa finalización de la primera audiencia de trámite, el apoderado de la convocante desistió de los testimonios de GUILLERMO GAMBA POSADA, EDGAR GARZÓN SABOYÁ y de ANTONIO JOSÉ NUÑEZ TRUJILLO. El Tribunal aceptó el desistimiento mediante Auto No. 13. Con relación al testimonio decretado de AUGUSTO CESAR ROJAS RODRÍGUEZ, el 11 de septiembre de 2017, el apoderado de la convocante desistió del testimonio al ponerse de presente que el señor Rojas tenía el carácter de representante legal.

Por su parte, el apoderado de la convocada desistió del testimonio de ANDRÉS CUBILLOS.

Los señores ALEJANDRO RODRÍGUEZ MEJÍA, SANDRA CONSTANZA RODRÍGUEZ ARDILA, rindieron testimonio en audiencia celebrada el 11 de septiembre de 2017. Posteriormente, en audiencia del 14 de septiembre de 2017, se recibieron los testimonios de JAVIER BONILLA MERCADO, ALEXANDRA JANNETH CALVACHE ESPAÑA, DARWIN LEANDRO NARVAEZ CÁRDENAS.

Finalmente, el 21 de septiembre de 2017 se recibieron los testimonios de ALFREDO CASTELLANOS CRUZ, LUIS ALBERTO ARANGO ESCOVAR, e IVETH FERNÁNDEZ DE CASTRO OSORIO,

Las transcripciones de los testimonios fueron entregadas por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y puestas en conocimiento de las partes y del Ministerio Público en audiencia del 6 de diciembre de 2017.

iv. Interrogatorios de Parte: El 14 de septiembre de 2017 se recibió el interrogatorio de los representantes legales de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. y de TRANEXCO S.A.

Por la convocante, TRANEXCO S.A., rindió interrogatorio el señor AUGUSTO CESAR ROJAS RODRÍGUEZ.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

Por la convocada, SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. compareció el señor JUAN MANUEL REYES ÁLVAREZ. En dicha diligencia, el representante legal manifestó no tener conocimiento de varias de las preguntas formuladas por la convocante, por lo cual, el Tribunal le recordó al declarante sobre su deber de informarse debidamente para rendir el interrogatorio y le concedió el término de 3 días hábiles para que atendiera las preguntas que no fueron contestadas.

El 19 de septiembre de 2017, el Representante Legal radicó escrito en el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá dando cumplimiento a la orden del Tribunal, el cual fue puesto en conocimiento de la convocante en audiencia del 21 de septiembre de 2017.

En dicha oportunidad, el Tribunal encontró que en sus respuestas se hizo referencia a los informes de abogados externos sobre los cuales, en la diligencia de exhibición de documentos, se había manifestado que no existían. Por tanto, el Tribunal ordenó que tales informes fueran aportados al expediente. El 26 de septiembre de 2016, el apoderado de la convocada aportó los informes rendidos por el doctor Huberto José Meza.

La transcripción de los interrogatorios fue puesta a disposición de las partes y del Ministerio Público, en audiencia del 6 de diciembre de 2017.

- v. Interrogatorio de Perito de Parte: El señor JOSÉ ROBERTO ACOSTA RAMOS rindió su declaración en audiencia celebrada el 14 de septiembre de 2017. La transcripción de su declaración fue puesta a disposición de las partes y del Ministerio Público, en audiencia del 6 de diciembre de 2017.

M. ALEGACIONES FINALES

Practicadas todas las pruebas, el Tribunal, en audiencia de 6 de diciembre de 2017, procedió a efectuar el control de legalidad señalado en el artículo 132 del Código General del Proceso. Adicionalmente, en tal oportunidad, declaró agotada la instrucción del proceso y fijó audiencia para el 18 de diciembre de 2017, para llevar a cabo los alegatos de conclusión de las partes, los cuales fueron presentados por los apoderados de las partes convocante y convocada y, de igual forma, se escuchó la intervención del Ministerio Público.

N. DURACIÓN DEL PROCESO

A la fecha en la que se emite el presente laudo, han transcurrido 149 días desde el 28 de agosto de 2017, fecha en que finalizó la primera audiencia de trámite.

El proceso estuvo suspendido desde el 29 de agosto de 2017 hasta el 10 de septiembre de 2017, ambas fechas incluidas, desde el 27 de septiembre de 2017 hasta el 19 de octubre de 2017 ambas fechas incluidas y, desde el 19 de diciembre de 2017 hasta el día 23 de enero de 2018 ambas fechas incluidas, por 72 días calendario que equivalen a 49 días hábiles.

En consecuencia, el término del trámite arbitral vence el 8 de noviembre de 2018.

4. SÍNTESIS DE LAS CUESTIONES OBJETO DE CONTROVERSIA:

i) LA DEMANDA:

HECHOS. La Convocante invoca los hechos que se resumen a continuación, como fundamento de la controversia:

1. El 17 de enero de 2017 TRANEXCO y SERVICIOS POSTALES NACIONALES suscribieron contrato de colaboración empresarial No. 51 para "(...) ofrecer, prestar y explotar conjuntamente el servicio de transporte internacional de documentos y mercancías. (...)". El término de ejecución del contrato fue de 3 años, con prórrogas automáticas pactadas en el contrato, salvo que una de las partes comunicara a la otra su deseo de terminar el contrato con 90 días calendario de anticipación.
2. El Contrato señaló que cada parte recibiría los siguientes porcentajes sobre las Ventas Totales Brutas por la prestación y explotación del Casillero Virtual: 40%, SERVICIOS POSTALES NACIONALES y TRANEXCO, 60%. Los valores antes mencionados se modificaron mediante Otrosí No. 3 suscrito el 17 de febrero de 2012, pasando a ser 50% para cada parte.
3. SERVICIOS POSTALES NACIONALES retiró unilateralmente la dirección de Tranexco – Courierbox en Miami de la página web del Casillero Virtual 4-72, con lo que se excluyó la posibilidad de que los afiliados enviaran sus paquetes y mercancías por medio de Tranexco. Adicionalmente, se incluyó a un tercero para que recibiera los pagos con tarjeta de crédito. Al hacer esto, SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió gravemente el contrato al

¹ Escrito de demanda. Folio 4 del cuaderno principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

excluir a TRANEXCO del negocio que las partes habían emprendido de manera conjunta antes de la terminación del Contrato.

4. SERVICIOS POSTALES NACIONALES comunicó a TRANEXCO el 7 de noviembre de 2013, su intención de no renovar el contrato a partir del 27 de enero de 2014.
5. El 20 de junio de 2014 TRANEXCO presentó demanda arbitral contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES en el que se pretendió que se declarara que el contrato estaba vigente, que SERVICIOS POSTALES NACIONALES cesarán las acciones tendientes a desviar la clientela hacia terceros diferentes de TRANEXCO y que se decretara la liquidación judicial del contrato
6. El 14 de junio de 2016, se profirió Laudo Arbitral. El 21 de junio de 2016, se presentaron solicitudes de corrección, aclaración y complementación del laudo, que fueron resueltas el 30 de junio de 2016, mediante auto que complementó el laudo incluyendo honorarios de peritos y corrigiendo la parte resolutive del laudo. El Tribunal, en el número 5 del acta 34 en donde se profirió auto que resolvió las solicitudes de aclaraciones y complementaciones, concluyó: *“Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”* y, en el numeral 6, dispuso: *“Declarar que prospera la pretensión segunda de la demanda principal puesto que Servicios Postales Nacionales S.A. incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con Tranexco S.A. por las razones consignadas en la parte considerativa de este Laudo”*.
7. Para el momento de presentación de la demanda SERVICIOS POSTALES NACIONALES continuaba incumpliendo el contrato y, adicionalmente, lo dispuesto en el laudo arbitral específicamente lo relacionado con la desviación de la clientela del Casillero Virtual hacia terceros diferentes a TRANEXCO.
8. El laudo de 14 de junio de 2016 ordenó a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a pagar a TRANEXCO: (i) el valor de \$416'755.007 por ganancias dejadas de percibir por los paquetes dejados de recibir y no facturados entre los meses de agosto de 2013 y enero de 2014 y (ii) \$ 627'898.007, por el porcentaje de la facturación de clientes del Casillero Virtual que continuarían utilizando el servicio de Casillero Internacional con TRANEXCO, durante los meses de agosto de 2013 y enero de 2014.
9. El 5 de agosto de 2016 TRANEXCO le remitió a SERVICIOS POSTALES NACIONALES comunicación escrita manifestando su disposición para continuar la ejecución del contrato y

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

requiriéndolo para que tomara “*rápidamente TODAS las medidas necesarias para retrotraer el negocio a su estado anterior al 1 de agosto de 2013*”.

10. El 22 de septiembre de 2016 SERVICIOS POSTALES NACIONALES citó a TRANEXCO a una reunión para el siguiente 27 de septiembre para tratar el tema relacionado con el contrato.
11. El 28 de septiembre siguiente SERVICIOS POSTALES NACIONALES informó a TRANEXCO estar listo para dar continuidad al contrato y dispuso que el 30 de septiembre de 2016 enviara el personal técnico para realizar las labores de empalme.
12. A la fecha de presentación de la demanda, SERVICIOS POSTALES NACIONALES no había cumplido con: (i) la cesación de acciones tendientes a desviar la clientela y así lo confesó en la comunicación de 6 de octubre de 2016, (ii) la entrega del contrato y así lo confesó en el borrador de acta de reunión del 21 de noviembre de 2016.
13. En la cláusula décimo primera del contrato se pactó cláusula penal equivalente al 10% del valor ejecutado del contrato.

PRETENSIONES. La convocante solicita al Tribunal realizar las siguientes declaraciones y condenas, que se transcriben textualmente a continuación:

“5.- PRETENSIONES:

PRIMERA PRINCIPAL: *Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO, y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.*

SEGUNDA PRINCIPAL: *Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017 al no seguir ejecutando las obligaciones contractuales.*

TERCERA PRINCIPAL: *Que se decrete la terminación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011.*

***PRETENSIONES CONSECUENCIALES DE LAS ANTERIORES
 PRETENSIONES***

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

PRIMERA: *Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se decrete la liquidación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011.*

SEGUNDA: *Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO**, que inicialmente consideramos en **DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/CTE. (\$2.464'280.606)** por concepto de las ganancias o utilidades dejadas de percibir por parte de **TRANEXCO** desde agosto de 2014 (fecha de la liquidación parcial del contrato) hasta el día 17 de enero de 2017 (día de terminación del contrato) o la suma que resulte probada.*

La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la misma.

TERCERA: *Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO**, que inicialmente consideramos en la suma de **MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS CINCUENTA PESOS M/CTE. (\$1.334'886.750)** por concepto indemnización del porcentaje de la facturación de clientes del Casillero Virtual que continuarían utilizando el servicio de Casillero Internacional con **TRANEXCO**, desde enero hasta julio de 2017 o la suma que resulte probada.*

La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la misma.

CUARTA: *Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO** el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales, que a la fecha corresponden a **SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS COLOMBIANOS (\$68'945.400,00)**, por concepto de perjuicios del orden moral causados por las pérdidas económicas, reputacionales y de imagen dentro del gremio de la mensajería y transporte de paquetes causadas a **TRANEXCO** por parte **SERVICIOS POSTALES NACIONALES**.*

QUINTA: *Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO** todos los demás perjuicios que se prueben dentro de la presente demanda, debidamente indexados.*

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

SEXTA: *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a pagar las costas del trámite arbitral y las agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso.*

SÉPTIMA: *Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a que pague a TRANEXCO la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$459'650.583), por concepto de la cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor ejecutado del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de fecha 17 de enero de 2011, de conformidad con la cláusula décima primera del mencionado contrato. o la cantidad que finalmente resulte probada.*

La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la misma.²

CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO. Bajo la gravedad del juramento, la convocante estimó la cuantía de la demanda en cuatro mil trescientos veintisiete millones setecientos sesenta y tres mil trescientos treinta y nueve pesos (\$ 4.327'763.339) de los cuales estimó que:

- \$2.464'280.606, corresponden a ganancias dejadas de percibir por parte de TRANEXCO desde agosto de 2014 hasta el día 17 de enero de 2017.
- (\$1.334'886.750) corresponden a la indemnización del porcentaje de la facturación de clientes del Casillero Virtual que continuarían utilizando el servicio de Casillero Internacional con TRANEXCO, desde enero hasta julio de 2017.
- (\$68'945.400) equivalente a 100 salarios mínimos mensuales, por concepto de perjuicios del orden moral causados por las pérdidas económicas, reputacionales y de imagen dentro del gremio de la mensajería y transporte de paquetes causadas a TRANEXCO.
- Y (\$459'650.583), corresponden a la cláusula penal pactada en el contrato.

² Escrito de demanda. Folios 7 a 9 del cuaderno principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

ii) **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA:**

En el escrito de contestación de la demanda, SERVICIOS POSTALES NACIONALES dio respuesta a cada uno de los hechos presentados en la demanda, se opuso a todas las pretensiones reclamadas, se opuso al juramento estimatorio y formuló las excepciones de mérito que a continuación se enuncian textualmente:

- a) *“Cosa Juzgada”*
- b) *“Enriquecimiento sin causa”*
- c) *“Inexistencia de culpa o actividad por acción u omisión que sea imputable a la convocada que conlleve incumplimiento de la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. para el periodo comprendido entre la ejecutoria del laudo arbitral y la terminación del contrato”*
- d) *“Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada”*
- e) *“Excepción genérica”*

Considera el demandado que se presentan identidad de hechos, objeto y pretensiones a aquellas estudiadas en el trámite arbitral que culminó con laudo de 14 de junio de 2016, el cual fuera complementado mediante auto de 30 de junio de 2016. Señala que el laudo quedó en firme y que no es procedente “reabrir” en el presente trámite lo ya decidido en instancia arbitral anterior.

Por otro lado, señala que TRANEXCO no realizó ninguna actividad relacionada con la continuación del contrato 051 y que, por tanto, no le corresponde suma alguna de dinero por el periodo de febrero de 2014 a enero de 2017. Señala que, SERVICIOS POSTALES NACIONALES realizó todas las actividades necesarias para el reinicio del contrato, informando que el mismo reiniciaría el 2 de diciembre, pero que TRANEXCO no permitió el ingreso de los funcionarios de SERVICIOS POSTALES NACIONALES a la visita de inspección de TRANEXCO para reiniciar el contrato y que el 1 de diciembre confirió poder para la presentación de la demanda arbitral que dio origen a este trámite. Concluye que la no reanudación del contrato es culpa exclusiva de TRANEXCO.

iii) **DEMANDA DE RECONVENCIÓN:**

HECHOS. La demandante en reconvencción invoca los hechos que se resumen a continuación, como fundamento de la controversia:

1. TRANEXCO presentó demanda arbitral el 20 de junio de 2014, en virtud del contrato de colaboración empresarial No. 051 suscrito con SERVICIOS POSTALES NACIONALES.

³ Escrito de contestación de la demanda. Folios 262 a 275 del cuaderno principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

2. El 14 de abril de 2015, TRANEXCO reformó la demanda solicitando la declaratoria de vigencia del contrato, el incumplimiento del contrato por SERVICIOS POSTALES NACIONALES y la liquidación judicial.
3. El Tribunal de arbitramento profirió laudo el 14 de junio de 2016, complementado el 30 de junio de 2016, declarando la prosperidad de las pretensiones primera y segunda principal.
4. En la tercera pretensión, TRANEXCO solicitó la declaración judicial del contrato, por lo que, el laudo arbitral accedió parcialmente a la liquidación, disponiendo que se realizaba, parcialmente, a la fecha del laudo. El laudo consideró que la liquidación definitiva presuponía extinción del vínculo contractual, lo cual no fue pedido por las partes.
5. TRANEXCO en la demanda reformada "*solicitó el incumplimiento*" del contrato de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, en ejercicio de la condición resolutoria aplicable a todo contrato y, como consecuencia, la indemnización de perjuicios.
6. El incumplimiento solicitado por TRANEXCO lleva a la resolución del contrato y, por ende, a su liquidación definitiva. Dichas pretensiones no eran contradictorias pues la vigencia estaba atada al incumplimiento y por tanto a la terminación del contrato.
7. TRANEXCO no estimó, liquidó o determinó la cuantía de los perjuicios por el presunto incumplimiento alegado.
8. El laudo proferido por el Tribunal arbitral "*puede ser objeto en sus efectos de controversia mediante el trámite verbal que se instaura en aplicación de las normas sustantivas que en la materia se consagran.*"⁴ La no formulación del recurso de anulación no impide la controversia de los efectos de la decisión.
9. Con posterioridad al laudo, TRANEXCO y SERVICIOS POSTALES NACIONALES realizaron mesas conjuntas de trabajo para reanudar el contrato 051. SERVICIOS POSTALES NACIONALES asumió las condiciones técnicas y operativas necesarias para tal fin, lo cual fue comunicado a TRANEXCO.
10. TRANEXCO impidió, injustificadamente, el acceso a funcionarios de SERVICIOS POSTALES NACIONALES a sus instalaciones de Miami, habiéndosele anunciado tal visita previamente, obstruyendo la ejecución del contrato e infringiendo la buena fe que debe predicarse de lo decidido por el Tribunal de Arbitramento.
11. En el transcurso de las mesas de trabajo, TRANEXCO esbozaba obligaciones no contenidas en el laudo arbitral, con el objetivo de "hacer ver" la negligencia de SERVICIOS POSTALES NACIONALES en la continuidad del contrato. Estas comunicaciones enviadas por TRANEXCO a SERVICIOS POSTALES NACIONALES fueron remitidas "*a la Procuraduría General de la Nación, al Viceministro de las TIC S, al Secretario General de las Mintic, al Contralor Delegado para la Infraestructura y la oficina de control interno de la entidad sin que en las mismas se indicara la gestión y adelanto de las mesas de trabajo sino, por el contrario, la conducta indebida según el remitente de la entidad que represento*", lo cual llevó a que la Presidencia de SERVICIOS POSTALES NACIONALES tuviera que explicar la gestión real de las entidades.

⁴ Demanda de reconvencción. Folios 276 a 283 del cuaderno principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

- 12. Mientras SERVICIOS POSTALES NACIONALES estaba presta al cumplimiento del contrato por el plazo restante, una vez ambas partes cumplieran con las condiciones técnicas y operativas para su operación, TRANEXCO otorgó poder para formular demanda arbitral.
- 13. La imagen de SERVICIOS POSTALES NACIONALES se ha visto afectada por la conducta indebida de TRANEXCO al presentarla como negligente en el cumplimiento de sus obligaciones contractuales y, por tanto, TRANEXCO debe pagar los perjuicios materiales y morales que su conducta ha causado, por el plazo restante a la reanudación de la operación.

PRETENSIONES. La demandante en reconvencción solicita al Tribunal realizar las siguientes declaraciones y condenas:

“PRETENSIONES

PRIMERA. Que se declare que el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL 051 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.L Y TRANEXCO S.A.S el día 17 de Enero de 2011 y su otro-si tuvo vigencia hasta el día treinta (30) de Junio de Dos Mil Dieciséis (2016) fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento tramitado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá profirió LAUDO ARBITRAL instaurado el día veinte (20) de Junio de Dos Mil Catorce (2014) por TRANEXCO S.A. en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

SEGUNDA: Se declare que se ha extinguido el derecho de la sociedad TRANEXCO S.A. a obtener el pago de los perjuicios para la vigencia del 17 de Enero de 2014 al 17 de Enero de 2017 con relación al CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL 051 celebrado el 17 de Enero de 2011 entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES Y TRANEXCO S.A.

TERCERA: Condenar a la entidad demandada al pago de las costas y costos del proceso, si se opone.

PRETENSIONES SUBSIDIARIAS

PRIMERA: Declárese que la entidad TRANEXCO S.A. obró de MALA FE en la reanudación del contrato de colaboración empresarial 051 suscrito con la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

SEGUNDA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago a la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. de los perjuicios materiales y morales ocasionados con su conducta.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. vs. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

TERCERA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de (sic) la ejecutoria del laudo que se profiera a cancelar a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) o la que se pruebe como perjuicios materiales a título de DAÑO EMERGENTE consistente en el costo de la habilitación de las condiciones técnicas y operativas.

CUARTA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de la ejecutoria del laudo que se profiera a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. la suma de MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000) o la que se pruebe como perjuicios materiales a título de LUCRO CESANTE consistente en las ganancias que pudo haber reportado el reinicio del contrato de colaboración empresarial No. 051 acordado.

QUINTA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de la ejecutoria del laudo que se profiera a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. el equivalente a CIEN SALARIOS mínimos legales mensuales vigentes al momento del laudo que se profiera a título de DAÑO MORAL ocasionado.

SEXTA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago de las costas y costos del proceso.⁵⁵.

CUANTÍA Y JURAMENTO ESTIMATORIO. Bajo la gravedad del juramento, la convocante estimó la cuantía de la demanda de reconvencción en cien salarios mínimos vigentes en el momento en que se profiera el laudo arbitral más mil setecientos millones de pesos (\$1.700.000.000), de los cuales estimó que:

- \$200.000.000, a título de DAÑO EMERGENTE por el costo de habilitación de las condiciones técnicas y operativas discriminadas en las mesas de trabajo.
- \$1.500.000.000, a título de LUCRO CESANTE por las ganancias que debió reportar SERVICIOS POSTALES NACIONALES el reinicio del contrato de colaboración empresarial 051.

iv) **CONTESTACIÓN DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN:**

En el escrito de contestación de la demanda, TRANEXCO dio respuesta a cada uno de los hechos presentados en la demanda, se opuso a todas las pretensiones reclamadas, se opuso al juramento estimatorio y formuló las excepciones de mérito que a continuación se enuncian textualmente:

⁵ Escrito de demanda de reconvencción. Folio 276 a 278 del cuaderno principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

- a) *“El contrato de Colaboración Empresarial 051 tiene vigencia hasta el 17 de enero de 2017”*
- b) *“Buena fe de TRANEXCO para la reactivación de las obligaciones contractuales”*
- c) *“Incumplimiento de SERVICIOS POSTALES NACIONALES en la ejecución del contrato”*
- d) *“SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió con la parte Resolutiva del Laudo Arbitral en la ejecución del contrato”*
- e) *“Excepción genérica”*

TRANEXCO consideró que la demanda en reconvencción carece de fundamento, puesto que el resuelve quinto del laudo arbitral de 14 de junio de 2016 declaró que el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 fue válidamente prorrogado por SERVICIOS POSTALES NACIONALES y, por ende, quedó prorrogado hasta el 11 de enero de 2017.

El escrito de contestación pone de presente diversas comunicaciones remitidas por TRANEXCO y, posteriormente, intercambiadas entre las partes, en las que TRANEXCO buscó reactivar el contrato y en donde SERVICIOS POSTALES NACIONALES manifiesta, entre otros argumentos, que no es procedente terminar el contrato con Transexpress y en donde se le indica a TRANEXCO que el servicio que se va a prestar con ellos es el de PYMES. Señala que esto fue así porque SERVICIOS POSTALES NACIONALES había entregado el mercado de TRANEXCO de manera fraudulenta a Transexpress y que, realmente, no se hizo ningún cambio sustancial, más que poner banners anunciando que habría un servicio para PYMES. Finalmente, el apoderado hace referencia a la buena fe contractual de TRANEXCO, manifestando que su poderdante puso a disposición de SERVICIOS POSTALES NACIONALES los servidores que esta última debía adquirir y no lo hizo.

Agrega que SERVICIOS POSTALES NACIONALES realizó actividades dilatorias para no reanudar el contrato, lo cual considera probado por el hecho de que no se dio inicio a la compra de los servidores requeridos. Señala la demandada en reconvencción que, con esto, se impidió que se pudiera reiniciar el contrato para la temporada navideña que es la fecha en que más paquetes se mueven en virtud del contrato.

Finalmente, señala que se pretende confundir al Tribunal haciendo énfasis en la reanudación del contrato por los últimos 7 meses, cuando está pendiente la liquidación de los 2 años y medio iniciales de la segunda vigencia del contrato, puesto que el laudo arbitral de 16 de junio de 2014 ordenó su renovación, estando pendiente el reconocimiento y pago de las ganancias dejadas de percibir por TRANEXCO desde agosto de 2014 hasta el 11 de enero de 2017.

⁶ Escrito de contestación de la demanda. Folios 262 a 275 del cuaderno principal I.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

5. PRESUPUESTOS PROCESALES

Considerando los antecedentes ya reseñados el Tribunal encuentra que la *litis* fue trabada en debida forma, que se verificó la existencia y capacidad de las partes así como su adecuada representación, se constató que la demanda fue presentada en debida forma y la naturaleza del asunto en cuestión es de carácter disponible para las partes.

El Tribunal encuentra que no quedaron pendientes pruebas por practicar ni se pretermitieron oportunidades para que las Partes ejercieran su derecho de defensa y contradicción. Por el contrario, se respetaron los derechos de las partes y sus apoderados y se realizaron todas las notificaciones y traslados en debida forma. De igual manera, se vinculó en debida forma y oportunamente al Ministerio Público, a quién se le notificaron oportunamente todas las actuaciones procesales y quien participó activamente en el presente trámite.

Adicionalmente, el Tribunal observa que no existen nulidades procesales que ameriten abstenerse de producir un pronunciamiento de fondo, y que aquellas nulidades que eventualmente hubieran podido existir no fueron reclamadas oportunamente por las partes convocante, convocada ni por el Ministerio Público, por lo que se encontrarían saneadas. De esta manera, dando cumplimiento al artículo 132 del Código General del Proceso, queda efectuado el control de legalidad sin que exista tacha alguna contra el procedimiento, por lo cual, el Tribunal procederá a pronunciarse sobre el fondo de la controversia previas las siguientes consideraciones.

II. CONSIDERACIONES DEL TRIBUNAL

En primer lugar, avocará este Tribunal el estudio del laudo arbitral proferido por el Tribunal arbitral conformado por los doctores Guillermo Gamba Posada, Edgar Alfredo Garzón Saboyá y Antonio José Núñez Trujillo, el 14 de junio de 2016, laudo que fuera aclarado posteriormente mediante auto de 30 de junio de 2016, para lo cual, se presentará un resumen de la discusión plasmada entre las mismas partes que hoy convocan el presente Tribunal, relacionada con el contrato de Colaboración Empresarial No. 051 celebrado entre ellas el 17 de enero de 2011.

Posteriormente, el Tribunal estudiará las pretensiones de la demanda principal y las presentadas en la demanda de reconvención, junto con sus correspondientes excepciones:

I. RESUMEN LAUDO ARBITRAL DE 14 DE JUNIO DE 2016, ACLARADO MEDIANTE AUTO DE 30 DE JUNIO DE 2016.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

TRANEXCO S.A. convocó Tribunal arbitral el 20 de junio de 2014, para que resolviera las disputas presentadas con SPN, solicitando la declaratoria de existencia del contrato de colaboración empresarial, el incumplimiento del citado contrato por SPN, su liquidación judicial y la ruptura del equilibrio económico del contrato en perjuicio de TRANEXCO. Consecuencialmente, solicitó que se declarara que TRANEXCO tenía derecho al 50% de los usuarios del Casillero Virtual, y que por consiguiente se condenara a SPN: (i) al pago de ganancias dejadas de percibir por TRANEXCO al inicio del contrato en la implementación del portal web, (ii) al pago de las ganancias dejadas de percibir y no facturadas entre agosto de 2013 a enero de 2014, (iii) al pago de alquiler de un camión efectuado por TRANEXCO, (iv) al arriendo de bodega a partir de febrero de 2014 y hasta que SPN pagara el total de la obligación, (v) al pago de porcentajes de clientes del casillero virtual que continuarían utilizando el servicio con TRANEXCO, (vi) al pago de paquetes perdidos por SPN bajo su custodia y responsabilidad pagados por TRANEXCO a los clientes del casillero virtual, (vii) al pago de cláusula penal pecuniaria, (viii) al pago de honorarios de abogados por incumplimientos contractuales de SPN, (ix) al pago de perjuicios morales, a todos los demás perjuicios que se encontraran probados, a las ganancias dejadas de percibir y a las costas y gastos del proceso. Adicionalmente, TRANEXCO solicitó al Tribunal que ordenara a SPN que cesaran las acciones tendientes a desviar la clientela del Casillero Virtual a otros aliados de SPN diferentes a TRANEXCO.

SPN, por su parte, al contestar la demanda excepcionó contrato no cumplido, culpa exclusiva de la víctima e inexistencia de desequilibrio económico del contrato. De igual forma, SPN presentó demanda de reconvencción, en la que solicitó al Tribunal que declarara el incumplimiento del contrato por parte de TRANEXCO por: (i) no proveer a SPN en un término razonable en consideración a su experticia un *Minisite* con la personalización del servicio bajo los parámetros de imagen que determinara SPN, (ii) por incumplir con algunas obligaciones previstas en la cláusula cuarta del contrato, en los numerales 14 y 14 del anexo No. 7 y en la cláusula cuarta, anexo 1 y anexo 7. Solicitó adicionalmente que se declarara que SPN terminó anticipadamente el contrato por los graves incumplimientos de TRANEXCO y que se decretara la liquidación judicial del contrato de colaboración empresarial. Con relación a las pretensiones de condena, SPN solicitó al Tribunal condenar a TRANEXCO a pagar a SPN el monto de la cláusula penal pecuniaria, el monto de las facturas cuyos pagos estaban pendientes, los intereses de mora por las obligaciones de pago previstas en el anexo 7 con corte a 7 de enero de 2015 hasta la fecha de laudo arbitral y a las costas y agencias en derecho.

Frente a la demanda de reconvencción, TRANEXCO excepcionó contrato no cumplido por SPN, desequilibrio económico, abuso del derecho y de la posición dominante de SPN, culpa exclusiva de SPN, compensación y excepción genérica.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

El Ministerio Público consideró que tanto TRANEXCO como SPN incumplieron el contrato, que sus incumplimientos no satisfacían los criterios de gravedad descritos en el contrato y que, en todo caso, debían tener consecuencias. Consideró que SPN no causó perjuicios demostrables a TRANEXCO por haber contratado otro aliado, que dicha contratación se realizó por los incumplimientos de TRANEXCO y que estaba justificada en su poder de discrecionalidad. Agregó que la figura del equilibrio económico del contrato es propia de la contratación estatal y no de contratos sujetos al derecho privado como el que ocupaba la atención del Tribunal. Finalmente, consideró que el contrato no se prorrogó y no estaba vigente pues la vigencia se debía contar desde la aprobación de la garantía, por lo que la carta de renovación no se envió a SPN dentro del término del contrato y a la dirección registrada.

El Tribunal arbitral, en primer lugar, se refirió a la naturaleza jurídica de SPN para concluir que su condición correspondía a la de Empresa Industrial y Comercial del Estado con capital 100% del Estado Colombiano y la aplicación del Estatuto General de Contratación de la entidad para su régimen de contratación.

Posteriormente, se refirió a los antecedentes, suscripción y desarrollo del Contrato de Colaboración Empresarial, analizando detalladamente el acervo probatorio para describir la ejecución contractual y refiriéndose a las cláusulas relevantes del contrato, luego de lo cual analizó las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, junto con las respectivas excepciones presentadas por cada una de las partes.

Con relación a la terminación del contrato, el Tribunal consideró que el mismo se encontraba vigente debido a que la carta de terminación no pudo surtir los efectos previstos en el contrato por falta de entrega a TRANEXCO; de esta manera, el Tribunal entendió prorrogado automáticamente el contrato hasta el 17 de enero de 2017, prosperando, de esta forma, la primera pretensión de la demanda.

El Tribunal estudió a continuación la segunda pretensión principal de la demanda y las excepciones de contrato no cumplido y de culpa exclusiva de la víctima propuestas por SPN, para lo cual sintetizó los incumplimientos contractuales de SPN en los siguientes: 1. La demora de SPN en la implementación del sitio web para el casillero virtual, 2. El retiro unilateral por SPN de la dirección de TRANEXCO en Miami de la página web del casillero virtual, 3. La exclusión de TRANEXCO como compañía encargada de recibir los pagos del casillero virtual, 4. La comunicación remitida por SPN a los usuarios del casillero informando una dirección única para envíos diferente a la de TRANEXCO y, 5. El retiro definitivo de TRANEXCO de la página web del casillero virtual a partir del 27 de enero de 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

El Tribunal estudió las referencias al *Minisite* y al portal web con base en el acervo probatorio y encontró que fue mediante anexo 7, acordado por las partes con posterioridad a la firma del contrato, que se estableció que el primero era obligación de SPN y el segundo de TRANEXCO. Sin embargo, encontró que, de acuerdo con lo probado, el contrato no condicionó la entrega del *Minisite* de SPN al desarrollo previo por TRANEXCO de la página web del casillero virtual, sino que eran actividades independientes pero conjuntas, que la construcción del *Minisite* había surgido como una modificación contractual a cargo de SPN con la cooperación de TRANEXCO, a la cual no se le fijó un plazo para su culminación. Por tanto, el Tribunal consideró que no podía prosperar la segunda pretensión principal, al no existir demora en la entrega del *Minisite*, ni su correspondiente pretensión consecuencial condenatoria.

Con relación al retiro de la dirección en Miami de TRANEXCO de la página web del Casillero Virtual, el Tribunal consideró que el asunto no se trataba de un debate sobre derechos de exclusividad sino la conducta de SPN al retirar a TRANEXCO de la página web y celebrar un contrato adicional con otro aliado para el desarrollo de la misma actividad.

Con relación al primer aspecto, el Tribunal consideró que, al encontrarse vigente el contrato en la fecha en la que fue retirada la dirección de TRANEXCO, SPN incumplió el contrato, pues era su obligación mantener dicha dirección durante toda la vigencia del contrato para que su aliado pudiera recibir los ingresos que constituían la contraprestación del negocio, con lo cual, causó un perjuicio a TRANEXCO. Adicionó el Tribunal que la exclusión de la dirección de TRANEXCO de la página web no fue accidental sino premeditada, al haber suscrito otro contrato (Contrato 118 de 9 de mayo de 2013 – 9 meses antes de la terminación del primer plazo del contrato suscrito con TRANEXCO) con la sociedad Transexpress para el desarrollo conjunto del Casillero Virtual.

En lo que se refiere a la suscripción del contrato 118 con Transexpress, el Tribunal consideró que al haberse pactado en dicho contrato que todos los nuevos registros se dirigieran al nuevo sitio con Transexpress, SPN desconoció su compromiso con TRANEXCO al excluirlo del proyecto que habían creado en conjunto y que de tal transgresión hace parte, también, aquella relacionada con la exclusión de TRANEXCO de recibir el pago por los servicios de casillero virtual. Estos actos de desviación de clientela, según el Tribunal, contrariaron la buena fe comercial. El Tribunal analizó los correos electrónicos remitidos a los clientes por SPN informándoles sobre la nueva dirección a la cual debían enviar sus envíos y señaló que esta conducta fue contraria a las prácticas comerciales que el Estado debe observar. El Tribunal concluyó que, toda vez que el contrato 051 había sido prorrogado, SPN no podía en aquella época ni en la fecha de expedición del laudo, remover la dirección de TRANEXCO de la página web.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Con ocasión de la excepción de contrato no cumplido presentada por SPN, el Tribunal estudió las obligaciones que, según la entidad pública, TRANEXCO había incumplido, a saber: los retrasos en los pagos de las participaciones mensuales y de las indemnizaciones a los usuarios por el valor declarado de envío, cuando a ello hubiere lugar, junto con obligaciones relacionadas con la gestión del servicio de casillero virtual.

El Tribunal encontró probado el incumplimiento de TRANEXCO en los pagos a SPN. Con relación al tema de las indemnizaciones, se evidencia que dicha obligación surgió en un día no definido de marzo de 2012 en virtud del acuerdo sobre el anexo 7, anteriormente mencionado y que, a pesar de que consta en el acervo probatorio que las reclamaciones se presentaron, no había prueba de que dichas reclamaciones no fueran atendidas por TRANEXCO, no existía plazo para el pago de las indemnizaciones, ni tampoco puede considerarse que el volumen de reclamaciones constituyera un incumplimiento grave del contrato. El Tribunal encontró que los pagos por reclamaciones que efectuó TRANEXCO fueron superiores a las reclamaciones que se evidenciaron en los informes de supervisión del contrato, así que, por todas las anteriores consideraciones, no encontró que correspondiera proferirse condena contra TRANEXCO.

Finalmente, el Tribunal encontró que, en efecto, se presentaron incumplimientos en la gestión del contrato, pero, consideró que TRANEXCO procuró dar solución a dichos incumplimientos y al relacionado con la mora en los pagos en diversas formas: haciendo abonos parciales, corrigiendo facturas presentadas con errores y gestionando las fallas operativas satisfactoriamente, así fuera de manera extemporánea, salvo por el saldo pendiente de pago para la fecha en que presentó la demanda y que continuó hasta que se profirió el laudo.

Llamó la atención del Tribunal la certificación del supervisor del Contrato, relacionada con el cumplimiento a cabalidad de las obligaciones por parte de TRANEXCO y que las comunicaciones que hacen referencia con mayor severidad a los incumplimientos de TRANEXCO fueron remitidas por SPN luego de firmado el contrato con Transexpress. Analizó posteriormente los incumplimientos de TRANEXCO y la forma en que fueron documentados por SPN para concluir que, a pesar de estar probados, no fueron documentados en forma tal que pudieran enmarcarse en las causales de incumplimiento grave pactadas por las partes. Sin embargo, al estar probado el incumplimiento, analizó el Tribunal la excepción de contrato no cumplido presentada tanto por TRANEXCO en la contestación a la demanda de reconvención, como por SPN en la contestación de la demanda principal.

Para estos efectos, estudió en primer lugar la buena fe de las partes y concluyó que TRANEXCO, a pesar de haber incumplido en la ejecución de sus obligaciones contractuales, no incurrió en el “total desinterés” que la jurisprudencia relacionada en el citado laudo señala como requisito para su

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

presencia. En cambio, consideró que las conductas anteriormente reseñadas que SPN desplegó, no sólo fueron contrarias a la buena fe contractual, sino que constituyeron un intento de desviación de clientela.

Señaló el Tribunal que el retiro de TRANEXCO por un periodo aproximado de 3 meses, de la página web, no constituyó un retardo en sus obligaciones sino un incumplimiento definitivo al haber sido parte esencial del negocio que generó un descenso en la facturación con posterioridad al retiro mencionado, lo cual le impidió continuar haciendo los pagos a SPN. El Tribunal hizo referencia a los dineros adeudados por TRANEXCO a SPN y al acuerdo de pago celebrado entre las partes en el cual, según el Tribunal, condonó la mora en que TRANEXCO había incurrido y entendió que tales incumplimientos no tenían la gravedad suficiente para amenazar la paralización del contrato. De esta manera, el Tribunal resolvió la segunda pretensión a favor de TRANEXCO y consideró que no fue enervada por la excepción de contrato no cumplido, adicionalmente, al haber sido probado el incumplimiento de ambas partes, no consideró que prosperara la excepción de culpa exclusiva de la víctima.

Con relación a la pretensión de liquidación judicial del contrato, el Tribunal señaló que esta pretensión era contraria a la aquella en la cual se pretendió la declaratoria de vigencia del contrato, que, al haber prosperado y ser la primera pretensión de la demanda, es aquella a la cual el Tribunal le da prelación. Por tanto, el Tribunal realizó una liquidación parcial del contrato.

Posteriormente, el Tribunal consideró que no le correspondía pronunciarse sobre la pretensión de desequilibrio económico del contrato y su respectiva excepción, puesto que el objetivo que se pretendía con esta, fue el mismo de la pretensión segunda principal que el Tribunal, como anteriormente se explicó, falló a favor de TRANEXCO.

Procedió el Tribunal a pronunciarse sobre las pretensiones de condena y, en primer lugar, a la relacionada con la declaratoria de que el 50% de los clientes eran de TRANEXCO, para encontrar que la base de datos de clientes del casillero virtual era de propiedad conjunta de las partes, pero, no así, los clientes que hacían partes del listado. Posteriormente, el Tribunal estudió y resolvió cada una de las pretensiones de condena, determinando cuáles prosperaron y calculando la indemnización que SPN le debía pagar a TRANEXCO, adicionalmente, encontró que, al estar vigente para aquella época el contrato 051, tal como lo había resuelto al estudiar la primera pretensión principal, SPN debía cesar las acciones de desviación de clientela desplegadas.

A renglón seguido, el laudo arbitral acometió el estudio de las pretensiones de la demanda de reconvencción presentada por SPN a la luz de los argumentos estudiados con detalle frente al análisis de las pretensiones de la demanda principal. Consideró que no prosperaba la pretensión relacionada

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

con el incumplimiento de TRANEXCO en la provisión de un Minisite; declaró probado el incumplimiento de TRANEXCO de algunas de sus obligaciones contractuales y concluyó que los mismos no revestían el carácter de graves; declaró que el contrato no se había terminado y, por tanto, que no era procedente la liquidación judicial definitiva sino, únicamente un corte de cuentas o liquidación parcial, desestimó la pretensión de condena relacionada con la cláusula penal y declaró la prosperidad de la pretensión relacionada con el pago de las facturas pendientes de pago, junto con los intereses de mora causados hasta la fecha de incumplimiento del contrato por parte de SPN al haber prosperado la excepción de contrato no cumplido. Posteriormente, tuvo por no probada la excepción de desequilibrio económico del contrato.

Con relación a la excepción de abuso del derecho y de la posición dominante de SPN, que fuera presentada por TRANEXCO, el Tribunal encontró que tal circunstancia no se presentó en la ejecución del Contrato, sino que, la conducta de SPN sólo tuvo el carácter de incumplimiento contractual. Tampoco consideró que se hubiera probado la excepción de culpa exclusiva de la víctima de SPN, pues ambas partes habían incumplido el contrato 051. Finalmente, el Tribunal estudió la excepción de compensación y le dio aplicación frente a los valores que a cada una de las partes le corresponderían como consecuencia del laudo arbitral.

Posteriormente, mediante Auto del 30 de junio de 2016, el Tribunal arbitral complementó el laudo por solicitud de las partes para incluir en la condena en costas el valor de los honorarios de los peritos (i), para corregir un error mecanográfico con el fin de que concordara la suma expresada en números con aquella expresada en letras en el numeral décimo sexto original del laudo (ii) y para corregir la repetición del numeral décimo cuarto del laudo.

II. LAS PRETENSIONES DE LA DEMANDA PRINCIPAL Y DE LA DEMANDA DE RECONVENCION Y LAS RESPECTIVAS EXCEPCIONES PRESENTADAS POR LAS PARTES.

El Tribunal considera que, previo estudio específico de cada una de las pretensiones de la demanda principal y de la demanda de reconvención, es menester profundizar en los conceptos de cosa juzgada y de buena fe contractual, los cuales son indispensables para el estudio de las pretensiones de las partes y de sus respectivas excepciones.

A. EXCEPCIÓN DE COSA JUZGADA

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. propuso en la contestación de la demanda arbitral la excepción de cosa juzgada, sobre la que vuelve en sus alegatos de conclusión. En dichos alegatos,

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

luego de realizar un recuento de la jurisprudencia de las altas cortes y de la doctrina sobre la materia, señala encontrar en el nuevo proceso arbitral surtidos los presupuestos de identidad de partes, identidad de objeto e identidad de *causa petendi* que impediría, de atenderse las declaraciones pronunciadas en la parte resolutive del laudo arbitral de 14 de Junio de 2016, complementado por auto del 30 de junio del mismo año, *“reabrir la controversia con relación al incumplimiento ya declarado así como también a la cuantificación de unos perjuicios que ha debido vincular en la demanda arbitral presentada el 20 de Junio de 2015.”*⁷

Previamente, en relación con la pretensión de liquidación del contrato de colaboración empresarial 051 del 17 de enero de 2011, señala la entidad demandada que la misma fue invocada en el primer proceso arbitral, tanto por TRANEXCO S.A. en su demanda, como por SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. en la demanda de reconvenición, lo que a juicio de la entidad convocada inequívocamente significaba *“la ruptura de la relación contractual”*, así el Tribunal de Arbitramento *“de manera EXTRA PETITA”*, *“baya indicado que ‘prospera parcialmente la pretensión de liquidación parcial del contrato’, cuando tal pedimento nunca se invocó.”*⁸

La anterior posición constituye un reflejo de lo planteado en la contestación de la demanda arbitral, en los puntos decimoprimer y decimosegundo del acápite dedicado a la excepción de cosa juzgada, donde se señala por parte de la convocada que resulta improcedente *“reabrir en este proceso lo ya decidido en proceso arbitral tramitado entre las mismas partes y por los mismos hechos”*, para afirmar inmediatamente que *“no es permitido invocar la ‘continuación’ de un contrato cuando el mismo ha sido terminado con anterioridad; cuya liquidación fue ordenada.”*

Como quiera que la identidad jurídica de las partes, no parece un tema susceptible de debate, SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. extiende y concentra su análisis de la ocurrencia de la cosa juzgada en torno de los criterios restantes de identidad de objeto e identidad de *causa petendi*.

La identidad de objeto la fundamenta en la contrastación de las tres primeras pretensiones principales de la demanda presentada el 20 de junio de 2014 con las tres primeras excepciones de la demanda objeto del presente proceso arbitral:

PRIMERA DEMANDA ARBITRAL	NUEVA DEMANDA ARBITRAL
PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 está	PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de seguir ejecutando el Contrato de Colaboración

⁷ Alegatos de Conclusión de Servicios Postales S.A. Folio 235 del Cuaderno Principal 2.

⁸ Alegatos de Conclusión de Servicios Postales S.A. Folio 234 del Cuaderno Principal 2

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

vigente, de conformidad con la Cláusula Quinta del mismo.	Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO S.A. y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.
SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO S.A.	SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017 al no seguir ejecutando las obligaciones contractuales.
TERCERA PRINCIPAL: Que se decrete la liquidación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial suscrito el 17 de Enero de 2011 con TRANEXCO S.A.	TERCERA PRINCIPAL: Que se decrete la terminación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011.

De acuerdo a la conclusión que deriva **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, el bien jurídico disputado en la segunda demanda arbitral es idéntico al bien jurídico disputado en la primera demanda, así se acude a diferentes giros del lenguaje, pues persisten como extremos comunes la continuidad del contrato, la declaratoria de su incumplimiento y la solicitud de liquidación del mismo.

En cuanto a la pretendida identidad de la *causa petendi*, la entidad convocada sostiene que en los hechos 4.1., al 4.16, lo mismo que en los hechos 4.20 y 4.22 de la nueva demanda arbitral se exponen o relatan los ya tratados en el proceso arbitral anterior, o constituyen una transcripción de la actuación procesal o de la decisión adoptada, con lo que se ratifica la identidad invocada.

Así mismo se señala por la parte convocada que **TRANEXCO S.A.**, en los puntos 4.17., 4.18., 4.19. y, 4.21., relata “actuaciones desplegadas por las partes en el entendimiento o interpretación del laudo arbitral en cuanto al resto de término por transcurrir entre la ejecutoria del laudo del mes de Junio de 2016 y el 17 de Enero de 2017”, lo que se habría hecho “con el fin de sostener que se tratan de hechos posteriores o nuevos”, lo que, en su criterio, no tendría la virtualidad de variar la conclusión de identidad de causa, pues no le cabe “la menor duda” que la excepción de mérito propuesta, “debe ser declarada”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Por su parte, el Ministerio Público en escrito del 18 de diciembre de 2017, rindió su concepto sobre el tema, en el sentido de entender configurada la cosa juzgada aunque de una manera parcial, al asumir circunscrita su ocurrencia respecto de la primera pretensión relativa a la vigencia y duración del contrato.

“Es de precisar que en este caso, las mismas partes con antelación se sometieron a un trámite arbitral, en el cual debatieron ciertas disposiciones del mencionado Contrato de Colaboración Empresarial 051 de 2011, proceso que fue resuelto mediante laudo arbitral proferido el 14 de junio de 2016 y complementado el 30 de junio del mismo año. // De conformidad con lo anterior señalado, se evidencia que tanto en la demanda principal, como en la demanda de reconvención, las partes hacen alusión a pretensiones que ya fueron objeto de debate y consecuencial resolución por el trámite arbitral previamente celebrado, específicamente en el numeral quinto del Laudo del 14 de junio de 2016, el cual ordenó: “Quinto: Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por SERVICIOS POSTALES NACIONALES, y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”⁹ (...) Por lo tanto, es preciso advertir que sobre lo solicitado en la pretensión principal primera de la demanda, presentado por la misma sociedad convocante y la pretensión primera de la demanda de reconvención ya fueron decididas previamente en un proceso arbitral anterior.”¹⁰

TRANEXCO S.A., al descorrer el traslado de las excepciones se opone a que en el presente caso opere la cosa juzgada al no surtirse, en su criterio, la concurrencia de los requisitos previstos por el legislador, a saber, identidad de partes, identidad de objeto e identidad de *causa petendi*.

Al respecto, destaca que el objeto específico de la pretensión primera consiste en la declaración acerca de que Servicios Postales Nacionales tenía la obligación “de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 del 17 de enero de 2011”.¹¹ A su vez, en los alegatos de conclusión aclara que la demanda “pretende el resarcimiento de perjuicios desde el mes de agosto de 2014 y el 17 de enero de 2017, y el Laudo anterior liquidó los perjuicios hasta el mes de junio de 2014 objetos que son totalmente diferentes.”¹²

De acuerdo a la conocida definición de Modestino de la que es tributaria la tradición continental en la que se inscribe nuestro derecho, se entiende como cosa juzgada a la que puso término final a la controversia, mediante el pronunciamiento del juez, bien sea absolviendo o condenando.¹³

⁹ Tribunal de Arbitramento, Laudo arbitral TRANEXCO vs SERVICIOS POSTALES NACIONALES, 14 de junio de 2016, Bogotá. Cuaderno de Pruebas Numero 1, página 173, folio 222

¹⁰ Concepto del Ministerio Público dentro del Proceso Arbitral. Folio 277 Cuaderno Principal 2.

¹¹ Oposición de TRANEXCO S.A. a las excepciones planteadas por SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., con ocasión de su traslado. Folio 343 Cuaderno Principal 1.

¹² Alegatos de Conclusión de TRANEXCO S.A. Folio 221 Cuaderno Principal 2.

¹³ “Res iudicata dicitur, quae finem contraversiarum pronuntiatione iudicis accipit, quod vel condemnatione, vel absolute contingit.” Dig. 42, 1,1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

La función de este instituto legal se encuentra asociada a realizar el principio de seguridad jurídica y paz social:

“En el Derecho Romano primitivo, dada su influencia religiosa se imputaba a la divinidad el poder de hacer las leyes y decidir los litigios. "Una disputa surgía entre dos ciudadanos: solamente la divinidad, por intermedio de sus ministros, los Pontífices, podía ponerle fin. Pero para obtener el juicio divino era aún necesario utilizar ciertas formas, hacer ciertos gestos. Si las formas exigidas habían sido regularmente cumplidas, los Pontífices no tardaban en expresar la voluntad divina. Si, por el contrario, las formas se habían cumplido imperfectamente, la voluntad de los dioses no se revelaba. Pero en todos los casos estaba prohibido renovar el procedimiento. Quién hubiera osado ofender a los Dioses, formulando dos veces la misma cuestión?" (Jean Dumitresco, *L'autorité de la chose jugée et ses applications en matière des personnes physiques*, citado por Esteban Ymaz, en "La esencia de la cosa juzgada y otros ensayos", ed. Arayú, Buenos Aires, p. 7). La cosa juzgada tiene aquí una explicación mágico-religiosa y en ella está ausente toda consideración a su origen humano. El mismo Derecho Romano, en su evolución posterior, superó esta primera visión y redujo la pretensión de la cosa juzgada a la de una presunción de verdad condensada en la conocida fórmula "res iudicata pro veritate accipitur" (la cosa juzgada es admitida como verdad). El fundamento mítico fue sustituido por otro de orden mundano y de carácter acendradamente práctico, desde entonces alegado como cimiento de la cosa juzgada: la necesidad de darle certeza al derecho y mantener la paz social de suyo inconciliable con las múltiples sentencias contradictorias y la indefinida prolongación de los procesos.”¹⁴

Sobre este mismo punto, la providencia suscrita por la mayoría, es coincidente en identificar la función jurídica de la cosa juzgada:

“El fin primordial de este principio radica en impedir que la decisión en firme sea objeto de nueva revisión o debate, o de instancias adicionales a las ya cumplidas, o que se reabra el caso judicial dilucidado mediante el fallo que reviste ese carácter, con total independencia de su sentido y alcances, dotando de estabilidad y certeza las relaciones jurídicas y dejando espacio libre para que nuevos asuntos pasen a ser ventilados en los estrados judiciales. // La cosa juzgada, que confiere a las providencias la fuerza de verdad legal dentro del ámbito individualizado del asunto litigioso resuelto, se funda en el principio de la seguridad jurídica, la cual para estos efectos, reside en la certeza por parte

¹⁴ Corte Constitucional. Salvamento de Voto de los Magistrados Ciro Angarita Barón, Eduardo Cifuentes Muñoz y Alejandro Martínez Caballero a la Sentencia C- 543 de 1992.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

de la colectividad y sus asociados en relación con la definición de los conflictos que se llevan al conocimiento de los jueces.”¹⁵

Desde una aproximación que vincula el componente institucional con los derechos, Rocco propone que la sentencia que hace tránsito a cosa juzgada supone tanto el agotamiento en el caso concreto de la función pública de administración de justicia (*functus officio*) en virtud de la cual el Estado como producto de haber satisfecho la prestación a su cargo queda “liberado de la obligación de la jurisdicción civil”, como la consunción de los derechos de acción y contradicción sobre el caso específico sujeto a la jurisdicción que impide que el derecho ya ejercido por las partes, vuelva a cobrar vida (*non bis in idem*), de modo tal que la cosa juzgada representa “el momento extintivo de la acción civil, el fin natural de ella, después de haber desplegado y consumado, a través del proceso, el curso de la vida.”¹⁶ De esta manera, así como se impide el desgaste innecesario del aparato de administración de justicia, se realiza la garantía del debido proceso que supuesto un marco garantista para la gestión civilizada y conforme a derecho de las controversias sujetas al mismo, derive en soluciones definitivas y no simplemente interinas.

La Corte Constitucional, en sintonía con los anteriores presupuestos, también compartidos por la jurisprudencia de las otras altas cortes y la doctrina, ha reafirmado el sentido de la figura, lo mismo que la dimensión positiva y negativa envuelta en la proyección de la cosa juzgada:

“La cosa juzgada es una institución jurídico procesal mediante la cual se otorga a las decisiones plasmadas en una sentencia y en algunas otras providencias, el carácter de inmutables, vinculantes y definitivas. Los citados efectos se conciben por disposición expresa del ordenamiento jurídico para lograr la terminación definitiva de controversias y alcanzar un estado de seguridad jurídica. // De esta definición se derivan dos consecuencias importantes. En primer lugar, los efectos de la cosa juzgada se imponen por mandamiento constitucional o legal derivado de la voluntad del Estado, impidiendo al juez su libre determinación, y en segundo lugar, el objeto de la cosa juzgada consiste en dotar de un valor definitivo e inmutable a las providencias que determine el ordenamiento jurídico. Es decir, se prohíbe a los funcionarios judiciales, a las partes y eventualmente a la comunidad, volver a entablar el mismo litigio. // De esta manera se puede sostener que la cosa juzgada tiene como función negativa, prohibir a los funcionarios judiciales conocer, tramitar y fallar sobre lo resuelto, y como función positiva, dotar de seguridad a las relaciones jurídicas y al ordenamiento jurídico. // La fuerza vinculante de la cosa juzgada se encuentra limitada a quienes plasmaron la litis como parte o intervinientes dentro del proceso, es decir, produce efecto *inter*

¹⁵ Corte Constitucional. Sentencia C- 543 de 1992. Magistrado Ponente: José Gregorio Hernández Galindo.

¹⁶ ROCCO, Ugo. Derecho Procesal Civil. Volumen I. Editorial Jurídica Universitaria. México 2001. Pp. 419-421.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

partes. No obstante, el ordenamiento jurídico excepcionalmente le impone a ciertas decisiones efecto *erga omnes*, es decir, el valor de cosa juzgada de una providencia obliga en general a la comunidad, circunstancia que se establece en materia penal y constitucional (Artículo 243 de la Constitución Política). // Al operar la cosa juzgada, no solamente se predicen los efectos procesales de la inmutabilidad y definitividad de la decisión, sino que igualmente se producen efectos sustanciales, consistentes en precisar con certeza la relación jurídica objeto de litigio.”¹⁷

La doctrina y la jurisprudencia, también suelen distinguir entre cosa juzgada en sentido formal y cosa juzgada en sentido material. En este sentido, en vigencia del Código de Procedimiento Civil, expresó la Corte Constitucional:

“Como se ha dicho, la existencia de cosa juzgada implica la imposibilidad de promover un nuevo proceso en el que se debata el mismo tema ya decidido, siempre que se reúnan tres condiciones, que en la ley colombiana se encuentran previstas en el artículo 332 del Código de Procedimiento Civil, como son la identidad de partes, la identidad de objeto y la identidad de causa. // El estudio de este concepto incluye, también en la generalidad de los países que lo contemplan, la distinción entre la llamada cosa juzgada formal y la material. Mientras que la primera de ellas implica simplemente la imposibilidad de reabrir el mismo proceso ya concluido, pero no necesariamente la de iniciar uno nuevo, la segunda impide de manera absoluta la iniciación de un nuevo trámite que respecto del concluido presente las ya mencionadas tres identidades. Frente a la existencia de cosa juzgada material, la efectividad de este mecanismo viene garantizada por la posibilidad de que, si llegare a iniciarse un nuevo proceso que cumpla con estas características, aquél podrá ser detenido in límine mediante la proposición de la correspondiente excepción, denominada precisamente cosa juzgada, cuya aceptación implica la terminación de aquel nuevo proceso.”¹⁸

La llamada en el derecho romano excepción de controversia juzgada o trasfundida en fórmula (*exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae*), impedía, al igual que en el derecho actual, intentar una nueva acción que tuviese idénticos presupuestos subjetivos y objetivos, sin que el juicio de identidad se circunscribiera a iteraciones obvias.¹⁹

¹⁷ Corte Constitucional. Sentencia C-774 de 2001. Magistrado Ponente: Rodrigo Escobar Gil.

¹⁸ Corte Constitucional. Sentencia C-522 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla Pinilla.

¹⁹ La *eadem res*, “es evidente cuando, sobre la base de iguales presupuestos de derecho y de hecho, el mismo actor solicita nuevamente la misma fórmula contra el mismo demandado (...) Pero la *eadem res* es a menudo reconocible cuando relaciones aparentemente distintas en las personas o en el objeto sean sustancialmente identificables”, de allí que la jurisprudencia romana reconocía dicha identidad en acciones diversas cuando se fundaran en los “mismos presupuestos” y tendieran a un “mismo resultado práctico.” ARANGIO-RUIZ, Vicenzo. Instituciones de Derecho Romano. Editorial Depalma. Buenos Aires. 1952. Pp. 177-178.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Arangio-Ruiz califica dicho problema práctico de identificar los eventos en los que opera o no opera la cosa juzgada, como uno de los más “tormentosos” y aunque primariamente se refiere al estudio de la materia en el derecho romano, su expresión también cabe extenderla y utilizarla en el sentido de constatar que la determinación en concreto de la ocurrencia o no de la cosa juzgada también es un problema tormentoso o complejo en la actualidad, como lo confirma las diferentes aproximaciones teóricas y prácticas al tema,²⁰ sin que tal dificultad sea algo novedosa, pues como lo explica el autor citado: “en el mismo ambiente de la jurisprudencia clásica, el juicio sobre la identidad o diversidad de los presupuestos de dos distintas acciones importaba un minucioso análisis de los varios elementos de la especie concreta, y sobre este análisis no podía dejar de influir las diversas tendencias científicas y preocupaciones prácticas de cada uno de los juristas.”²¹

De manera coincidente, Rocco apunta que “en lo que atañe a los límites objetivos de la cosa juzgada, la práctica judicial ha impuesto una cuidadosa indagación”, en sustento de lo cual, trae a colación un conjunto de directrices sentadas por la jurisprudencia italiana:

“Numerosas son las sentencias que infieren los límites objetivos de la cosa juzgada teniendo en cuenta los elementos que individualizan la acción. // ‘El contenido y extensión del fallo deben examinarse a la luz de la demanda y de las excepciones propuestas en juicio, puesto que la decisión jurisdiccional no puede tener eficacia sino dentro de tales límites, que individualizan el petitum y la causa petendi. Sólo la identidad de tales elementos con los deducidos en un juicio siguiente, prohíben el ulterior examen de la controversia, ya irrevocablemente resuelta entre las partes.’²² // ‘Tiene autoridad de cosa juzgada, sólo aquello que fue objeto de decisión judicial, y, por tanto, de controversia entre las partes; en consecuencia, para establecer si una sentencia anterior contiene la cosa juzgada, deducida por las partes como preclusiva de la demanda, el juez debe indagar ante todo si el juicio es idéntico al primero en lo que concierne al petitum y la causa petendi.’ // ‘La cosa juzgada vale solamente en los límites de la controversia a la cual se refiere y, por tanto, no se prohíbe la utilización de las circunstancias probatorias surgidas en el juicio respecto de aquella controversia en otro procedimiento fundado en un título distinto y con distinto objeto.’²³ // ‘El principio según la cual la cosa juzgada abarca lo deducido y

²⁰ De manera coincidente afirma la Corte Constitucional: “Se trata de un concepto muy antiguo, del cual se encuentran vestigios incluso en el clásico Derecho Romano, si bien es necesario reconocer que no siempre se le ha dado la misma trascendencia que modernamente se le atribuye. De otra parte, la doctrina de varios países de Europa y América, especialmente durante el Siglo XIX y las primeras décadas del XX, discutió ampliamente sobre el concepto mismo de la *cosa juzgada*, así como sobre su fundamento esencial. El debate se centró, por ejemplo, en si ella encierra una *presunción* de verdad frente a los hechos debatidos en el proceso, o si, dada la inevitable factibilidad del error judicial, es apenas una *fiction* de verdad. También sobre si la autoridad que ella implica proviene del juez que ha adoptado una determinada decisión, o de la ley que establece esta consecuencia para aquellos pronunciamientos. En tiempos más recientes se ha aceptado que, al margen de todas esas controversias doctrinales no suficientemente zanjadas, sin perjuicio del diverso tratamiento legal, y con la unánime advertencia sobre su carácter no absoluto, es esta una institución de innegable conveniencia y gran trascendencia social, incorporada por la generalidad de los sistemas jurídicos contemporáneos.” Corte Constitucional. Sentencia C-522 de 2009. Magistrado Ponente: Nilson Pinilla.

²¹ Op. Cit. p. 179.

²² “Casación, 3 de julio de 1952, núm. 1959.”

²³ “Casación, 14 de marzo de 1953, núm. 618, inéd.”

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

lo deducible, encuentra su límite en el objeto de la controversia, y por tanto, en lo relativo a la *eadem rei indicat* es necesario establecer si concurre la *eadem causa petendi*, esto es, la identidad del hecho jurídico del que brota la pretensión.²⁴ // Del principio enunciado se infiere que como en las acciones constitutivas la causa petendi se concreta en el hecho del cual se deriva el derecho a la mutación jurídica, cuando varios hechos de derecho, cada uno por sí, da una acción de anulación contractual, se verifican otras tantas causa petendi, y por tanto, otras tantas acciones, con la consecuencia que el pronunciamiento sobre una de ellas, pasado en cosa juzgada, no precluye el análisis de las demás.^{25»26} (Se destaca)

En esta misma perspectiva, la doctrina comparada ha identificado límites objetivos en el ámbito temporal que en ningún momento significan que la cosa juzgada en sí misma considerada tenga un límite temporal, sino parten de la observación obvia de que hechos posteriores a una sentencia, como puede ocurrir en los contratos de tracto sucesivo, pueden configurar una relación jurídico-procesal distinta. En su estudio sobre la cosa juzgada en la jurisprudencia civil española,²⁷ Isabel Tapia trae un antecedente en este sentido que merece citarse:

“Queda claro que lo que se pide a través del presente litigio, es la solicitud del resarcimiento de unos daños concretos que no fueron objeto del primer proceso, por lo que no pudieron recogerse por la sentencia recaída, firme en todo aquello que fue objeto de la misma y que es la que determina los límites de la ‘cosa juzgada’ ... En su virtud, la causa de pedir del segundo pleito, no es la misma que sirvió de base al precedente, en la medida en que esta reclamación que ahora se dirige, parte de unos perjuicios nuevos, que para la actora traen causa, no de la situación que existía cuando presentó la anterior demanda, sino de la existente una vez se dictó sentencia condenatoria en su contra, todo lo cual impide extender la fuerza vinculante de la cosa juzgada a lo discutido en el segundo pleito porque, como reitera la doctrina de esta Sala en cuanto a límite temporal ... la causa de pedir se fundamenta en circunstancias acaecidas con posterioridad al primer procedimiento, integran una diversa causa de pedir y por ende eliminan la aplicación de la institución de la cosa juzgada.”²⁸

²⁴ “Casación, 13 de mayo de 1953, núm. 1339. Inéd.”

²⁵ “Casación, 19 de agosto de 1950, núm. 2488.”

²⁶ ROCCO, Ugo. Op. Cit. Pp. 444-445.

²⁷ TAPIA FERNANDEZ, Isabel. La Cosa Juzgada. Estudio de jurisprudencia civil. Editorial Dykinson. Madrid 2010.

²⁸ STS de 5 de octubre de 2007. TAPIA FERNANDEZ, Isabel. Op. Cit. Pp. 159-160.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Según Laurent²⁹ y Abitia³⁰, citados por Devis Echandía,³¹ la cosa juzgada es la misma en el evento en que la segunda sentencia tenga la virtualidad de destruir o modificar lo que se ha resuelto en la primera, lo que constituye un criterio importante para verificar si se está o no frente a la cosa juzgada.

El Código General del Proceso cuyo articulado refleja un estado del arte, conformado por el debate, la experiencia, los consensos y la evolución del derecho procesal, regula la cosa juzgada en los siguientes términos:

“Artículo 303. Cosa Juzgada. La sentencia ejecutoriada proferida en proceso contencioso tiene fuerza de cosa juzgada siempre que el nuevo proceso verse sobre el mismo objeto, se funde en la misma causa que el anterior y entre ambos procesos haya identidad jurídica de partes.

Se entiende que hay identidad jurídica de partes cuando las del segundo proceso son sucesores por causa de muerte de las que figuraron en el primero o causahabientes suyos por acto entre vivos celebrado con posterioridad al registro de la demanda si se trata de derechos sujetos a registro, y al secuestro en los demás casos.

En los procesos en que se emplace a personas indeterminadas para que comparezcan como parte, incluidos los de filiación, la cosa juzgada surtirá efectos en relación con todas las comprendidas en el emplazamiento.

La cosa juzgada no se opone al recurso extraordinario de revisión”.

Si bien en el presente proceso arbitral existe identidad de partes (*eadem personam*), no se cumplen las restantes condiciones que a la luz del artículo 303 del Código General del Proceso se requieren para entender configurada la cosa juzgada, pues como lo señala la doctrina y lo exige el postulado constitucional de la prevalencia de la sustancia sobre la forma, el juicio de identidad para confirmar si existe una *eadem causa* y una *eadem re*, corresponde a un análisis *in concreto* de carácter material.

La primera pretensión principal del proceso arbitral anterior consistía en la solicitud de que se declarara que el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 estaba vigente.

Realizado el análisis de la pretensión y su causa, se infiere que el punto específico de la declaración solicitada y la controversia trabada alrededor de la misma consistía en que se determinara la ocurrencia o no de la prórroga del contrato al vencimiento del plazo original. En términos generales, mientras la parte convocante entendía prorrogado automáticamente el contrato al considerar que la otra parte no había notificado a tiempo su voluntad en contrario, la parte convocada asumía el contrato como ya

²⁹ LAURENT, G. De l'effet de la chose jugée en matière d'actions d'état.

³⁰ ABITIA ARZAPALO, José Alfonso. De la Cosa Juzgada. Imprenta M. León Sánchez. México, 1959.

³¹ DEVIS ECHANDÍA, Hernando. Nociones Generales de Derecho Procesal Civil. Editorial Temis. Segunda Edición. 2009. p. 678.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

terminado, de acuerdo a su comunicación fechada el 7 de noviembre de 2013, en la que manifestaba su voluntad en el sentido de impedir la renovación automática del contrato y entenderlo finalizado, a partir del 27 de enero de 2014.

El juicio solicitado a la justicia arbitral en dicha ocasión era uno referido a la **vigencia** del contrato, o de manera más concreta, al **término de la vigencia** del contrato.

De otro lado, la primera pretensión principal del presente proceso arbitral, consiste en la solicitud que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. “tenía la obligación de seguir ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO S.A. y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.”

Claramente emerge de la simple lectura de la pretensión que ella no tiene como objeto que el tribunal se pronuncie o defina nuevamente el término de vigencia del contrato. De igual forma a como se hace con la mención al nombre del contrato que permite singularizar la pretensión, la referencia al plazo cumple una función ancilar frente al *petitum* propiamente dicho contenido en la pretensión que ahora consiste en que se declare la obligación positiva a cargo de la convocada de seguir ejecutando el contrato durante el plazo.

La pretensión que se ha propuesto no constituye un giro del lenguaje que lleve a reeditar la pretensión del primer proceso antes descrita, pues el *quid decidendum* es conceptualmente distinto. Una cosa es la vigencia y plazo del contrato, otra muy distinta la ejecución de las obligaciones contractuales, a tal punto que la vigencia del contrato no supone por sí misma la obligación de ejecutar las obligaciones previstas en el mismo, potencialmente sujetas a diferentes vicisitudes o a previsiones de las partes o del legislador.

No encuentra acreditado el Tribunal que la parte actora pretenda reabrir el debate sobre el término de la vigencia objeto de la demanda anterior. Por el contrario, se advierte que frente a sus diversas pretensiones, como es el caso de la pretensión bajo análisis, la parte actora procura reforzar la conducencia de sus solicitudes en la fuerza derivada de la cosa juzgada, lo que resulta consistente con la circunstancia que la primera pretensión fue fallada en su favor en el curso del primer proceso arbitral.

El término se presenta en el contexto de la pretensión, no como una materia que deba ser definida nuevamente por el Tribunal, sino como un presupuesto o dato objetivo que enmarca la pretensión propiamente dicha que se refiere al régimen obligacional y no al término del contrato.

Las anteriores consideraciones resultan igualmente pertinentes frente a la segunda pretensión principal.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

La expresión “obligación de seguir ejecutando”, de la primera pretensión principal que se ha planteado en el presente proceso, y la expresión, “al no seguir ejecutando”, de la segunda pretensión, se refieren a la situación posterior a la ejecutoria del primer laudo, lo que además se confirma con la simple lectura integral de la demanda arbitral, con lo que se marca nuevamente diferencias que impiden predicar una supuesta existencia de identidad de objeto y de causa, pues lo que se pone en cuestión es la conducta de la convocada a partir de nuevos hechos y pruebas que no hicieron parte del primer proceso. No varía la conclusión, las referencias a hechos comunes, en la medida en que no se trata de revisar o modificar bajo ningún término el primer laudo, sino de revisar la conducta contractual de las partes con posterioridad a su expedición. Si aquellas poseen la obligación contractual de enervar situaciones de incumplimiento que vienen desde tiempo atrás, resulta pertinente conocer de su génesis y evolución, pero en cualquier caso, la actividad del presente tribunal se contrae en la segunda pretensión principal al incumplimiento o posibles incumplimientos posteriores a la ejecutoria del primer laudo, lo que impide predicar la identidad de objeto, lo mismo que la identidad de causa.

En cuanto a la tercera pretensión, claramente el tribunal anterior al declarar la procedencia de la primera pretensión, esto es, al no entender el contrato como terminado, sino como prorrogado, se abstuvo explícitamente de efectuar su liquidación administrativa plasmada en el texto de la tercera pretensión, por cuanto resultaba incongruente con el estatus declarado del contrato, por lo que haciendo uso de su facultad de interpretación de la demanda, y el principio *pro actione*, sostuvo como efecto útil de la pretensión la realización de una liquidación parcial o corte de cuentas. Las partes han reconocido la firmeza de la decisión anterior, pero sólo hasta ahora la parte convocada plantea que se trató de una decisión *ultra petita* y, sorpresivamente, en el aparte destinado a justificar la ocurrencia de la cosa juzgada, propone a este panel de árbitros una interpretación que ciertamente tendría un efecto modificativo sobre el laudo arbitral.

Lo único cierto es que de mantenerse plena coherencia con el anterior laudo, lo que impone el principio de cosa juzgada, solo hasta la actualidad, cuando el contrato ciertamente ha terminado, es factible realizar la liquidación definitiva del contrato que, por lo demás, habiéndose realizado por el tribunal anterior una liquidación parcial, comprende el período final del contrato, no pasado por tanto, bajo ningún término, por los efectos de la cosa juzgada.

No ha prosperar, en consecuencia, la excepción de cosa juzgada.

**B. ANÁLISIS DE LA CONDUCTA CONTRACTUAL DE LAS PARTES DESDE LA
PERSPECTIVA DE LA BUENA FE REFERIDA A LAS PRETENSIONES Y
OPOSICIONES DE LA DEMANDA Y DEMANDA DE RECONVENCIÓN**

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Las dos pretensiones medulares sobre las que la parte convocante sienta la demanda arbitral parten de afirmar que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial Número 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO, y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017 y que dicha entidad incumplió el contrato, al no reanudar la ejecución del mismo, manteniendo así su situación de incumplimiento.

Al respecto, refiere TRANEXCO que a partir de Agosto de 2013, la entidad convocada retiró de manera unilateral de la página web del Casillero Virtual 4-72 sin consulta alguna con el demandante la dirección de TRANEXCO – COURIERBOX en Miami y con ello excluyó de hecho la posibilidad de que los Afiliados al Casillero Internacional enviaran sus paquetes y mercancías por su intermedio, lo que junto con otras conductas constitutivas de incumplimiento del acuerdo y la manifestación de la intención de no renovación, le llevaron a entablar el 20 de junio de 2014 una demanda arbitral contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES.

Se narra que en desarrollo de la demanda arbitral, el día 14 de junio de 2016 se profirió el correspondiente laudo arbitral, que fue objeto de complementación el día 30 de junio de 2016. El Tribunal de Arbitramento en su decisión de fondo declaró que el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y, por tanto, lo entendió prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.

Así mismo, se destaca por TRANEXCO S.A. que prosperaron las pretensiones segunda y décimo primera, de la demanda principal, esto es, el incumplimiento de SERVICIOS POSTALES NACIONALES y la pretensión consistente en que se ordene el cese inmediato de las acciones tendientes a desviar la clientela del Casillero Virtual hacia otros aliados diferentes de TRANEXCO S.A., orden que en el Acta 34 relativa a las solicitudes de corrección, aclaración y complementación del Laudo, se reitera vinculándola con las razones consignadas en la parte considerativa del laudo.

De acuerdo a la parte convocante, ni el contrato se reanudó, ni SERVICIOS POSTALES NACIONALES enervó el incumplimiento mediante el cese de acciones tendientes a desviar la clientela.

En su demanda de reconvención, SERVICIOS POSTALES NACIONALES por su parte, entre otras solicitudes formuladas, pretende que se declare que el contrato tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2016 y que TRANEXCO S.A. obró de mala fe en el proceso de reanudación del contrato de colaboración empresarial 051, lo cual se apoyaría en el hecho de que anunciada una visita de funcionarios de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. a las instalaciones de TRANEXCO S.A. en Miami con el fin de establecer las condiciones técnicas y operativas a su cargo, se impidiera su acceso de manera injustificada; adicionalmente, en el transcurso de las mesas de trabajo y

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

comunicaciones remitidas se esbozaban obligaciones no contempladas en el Laudo; la entidad convocante, de otro lado, habría enviado diversas comunicaciones a autoridades públicas con información sesgada y, mientras existía la voluntad de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. de aplicar al contrato el plazo restante, a partir del cumplimiento de las condiciones técnicas y operativas para el efecto, TRANEXCO S.A., en cambio, otorgó poder para la formulación de la demanda arbitral.

En los alegatos de conclusión, SERVICIOS POSTALES S.A. sostiene que TRANEXCO “a sabiendas de no haber ejecutado actividad alguna en cumplimiento del contrato de colaboración empresarial para el período solicitado”, “de mala fe solicita su pago, máxime que el no reinicio de la operación obedeció a su propia negligencia.”

Al descorrerse el traslado de la demanda de reconvenición, TRANEXCO opone la vigencia del contrato prevista en la parte resolutive del laudo arbitral y la buena fe con la que habría actuado para la reactivación de las operaciones, que contrasta con el alegado incumplimiento de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

La convocante, enmarca dicho incumplimiento dentro de un íter contractual signado por la mala fe de la entidad convocada.

En este sentido, destaca diversos apartes del laudo arbitral en los que advierte la censura que mereció por parte de los árbitros, la conducta de SERVICIOS POSTALES NACIONALES a la luz del postulado de la buena fe y el derecho de los mercados, en tanto se habría generado confusión y afectado la libre y leal competencia.

Apunta en esta misma dirección, que las reuniones posteriores a la producción del laudo tenían también como cometido buscar un arreglo entre las partes enderezado a la terminación y que SERVICIOS POSTALES no habría tenido una real intención de reanudar el acuerdo.

Por el contrario, en su parecer, existía una manifiesta voluntad de mantener la intangibilidad de su relación con el otro proveedor, lo que se confirmaría, entre otros elementos, con la propuesta de que el mercado a cubrir fuera el integrado por las pymes, marginal respecto del que conformaba el objeto original. De otra parte, TRANEXCO S.A., enfatiza que habría sido SERVICIOS POSTALES con el desmonte del sistema quien habría impedido la continuidad inmediata de la operación, no obstante lo cual, sin que se hubiesen surtido los ajustes necesarios para la reanudación de la misma, se fijó una fecha y se anunció intempestivamente de un día para otro una visita que denotaba nuevamente la mala fe, pues, según la convocante, “se trataría de constituir una prueba de incumplimiento, cuando la

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

verdad es que SNP no había adelantado nada de lo que se necesitaba de su parte para reanudar el contrato.”

El Ministerio Público, conviene con SERVICIOS POSTALES NACIONALES en que la reanudación del acuerdo requería de prestaciones de una y otra parte y que existía una comprobada dificultad para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias tecnológicas, comerciales y jurídicas, entre ellas la expedición de la nueva regulación Aduanera (Decreto 390 de 2016).

En este contexto, estima que desde la perspectiva del Ministerio Público no se configura el tercer elemento de la responsabilidad contractual, esto es, la imputabilidad de la inexecución del contrato exclusivamente a la sociedad convocada, pues evidencia que a pesar de las dificultades, hubo un acuerdo para reiniciar el contrato cuando las condiciones tanto tecnológicas, como operativas estuvieran dadas, desplegándose una serie de actuaciones encaminadas para tal fin por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, por lo que en su sentir fue TRANEXCO, quien después de la visita realizada en sus bodegas de Miami, decidió no seguir con las negociaciones e iniciar el trámite arbitral.

Se infiere de todo lo anterior que cada una de las partes reprocha a la otra el no haber obrado conforme al postulado de la buena fe, lo que comporta la necesidad de analizar su conducta a la luz de dicho postulado conatural a la actividad económica de las partes, conforme al ordenamiento y la ley positiva mercantil.

El sesgo marcadamente individualista que caracterizaba el principio de autonomía de la voluntad y que erigía el contrato como una muralla casi infranqueable para la actividad judicial, ha sido objeto de importantes transformaciones, como lo testimonia la creciente publicación de las relaciones privadas, a través de la actividad regulatoria o interventora del Estado en la economía, motivada por la defensa de intereses que trascienden la esfera estrictamente particular.

El artículo 58 de la Constitución garantiza el derecho de propiedad, pero le asocia una función social y ecológica. Otro tanto hace el artículo 333 de la Carta cuando al reiterar que la actividad económica y la iniciativa privada son libres, enmarca su ejercicio “dentro de los límites del bien común”, añadiendo más adelante que “la ley delimitará el alcance de la libertad económica cuando así lo exijan el interés social, el ambiente y el patrimonio cultural de la Nación.” La misma norma señala que la empresa como “base del desarrollo”, tiene adscrita una “función social que implica obligaciones.” En este mismo sentido, se tutela el mercado determinando que “la libre competencia económica es un derecho de todos que supone responsabilidades” y, que el Estado, “por mandato de la ley, impedirá que se obstruya o se restrinja la libertad económica y evitará o controlará cualquier abuso que personas o empresas hagan de su posición dominante en el mercado nacional.”

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Las anteriores menciones no agotan el catálogo de disposiciones constitucionales que permean y determinan un nuevo marco tanto normativo como hermenéutico, para el ejercicio de la actividad económica. Al respecto cabe anotar que la Constitución no solo apela a modernos institutos de control o encauzamiento de dicha actividad, sino que también alude a conceptos e instrumentos con una antigua y larga tradición en el derecho como las nociones de interés general, bien común, proscripción del abuso del derecho, entre otros. Se corrobora así, que la sujeción de la actividad privada a cánones ética y socialmente aceptables que reporten un beneficio para la comunidad, si bien ha sufrido una mayor acentuación en el mundo contemporáneo, no representa una preocupación nueva.

En este mismo sentido, el postulado de la buena fe que de acuerdo al artículo 83 de la Constitución constituye el parámetro al cual deben ceñirse “las actuaciones de los particulares y autoridades”, reviste una importancia capital pues es la propia Constitución como *lex superior* dotada de carácter dispositivo y *norma normarum*, la que impone su observancia.

La buena fe tiene una larga y prolija evolución desde el derecho romano hasta la actualidad que comprende, en el seno del propio derecho romano, su tránsito de la *fides* a la *bona fides*, de su connotación religiosa³² a su fundamentación en términos seculares;³³ de su dimensión procesal a su apropiación en términos de derecho sustantivo.³⁴ Dicha historia que también va desde su proclamación o invocación en términos más intuitivos o indiferenciados a su elaboración conceptual y plasmación en los códigos modernos (i.e. Códice Civil de Napoleón –artículos 1134 y 1135)³⁵ y más recientemente

³² Sobre el trasfondo religioso de la figura anota Martha Lucía Neme: “La diosa Fides, por su parte, constituyó la personificación divina del vínculo y del respeto de los officia o compromisos bilaterales existentes entre dos sujetos [“Como lo expresan DONATO. Ad. Ter. 76: “*fidelis enim officium est servare aliquid*” (es tarea del fiel cuidar algo); CICERÓN pro. Balb. 34: “*magis fide quam aliquo vinculo religionis tenetur*” (“se compromete más por la fe de su religión que por cualquier otro vínculo público”) De manera que *fides* es un vínculo religioso]. De allí deviene que en edad mítica ‘fides’ represente ese vínculo sellado por juramento, cuya violación constituye ofensa directa a la diosa, transgresión que era punida por Júpiter con todo su furor.” [“El juramento fue precisamente hecho potentísimo por la diosa, como lo testimonian DIONISO DE HALICARNASO. ant. Rom. 2.75.3. Cfr. CARCATERRA. “Dea Fides e ‘fides’, Storia d’una Laicizzazione”, cit. P. 201.”] NENE VILLAREAL, Martha Lucía. La Buena Fe en el Derecho Romano. Extensión del deber de actuar conforme a buena fe en materia contractual. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición 2010. p. 35

³³ La *fides* ahora como *bona fides*, se secularizó pasando a constituir el fundamento de los negocios jurídicos como resultado de la expansión de Roma en torno al siglo III A.C. que supuso una modificación estructural de las relaciones socioeconómicas, su inserción en sistema económico monetario debido al desarrollo del comercio nacional e internacional que implicaron la insuficiencia de los moldes del *ius civile*: “...la *fides*, concebida como el atributo de ciertos individuos, se encontraba estrechamente ligada a la estructura jerárquica de la antigua sociedad romana, en cuyo ápice se encontraban los *boni*, que se autorepresentaban como un modelo de comportamiento (...) cuando Roma se abre al complejo y variable mundo del tráfico internacional, los contactos comerciales se comenzaron a entablar entre personas que, en razón a no pertenecer a la misma comunidad, no podía tener un conocimiento cierto y efectivo del crédito (credibilidad) del otro término de la relación. Es factible que la praxis comercial haya ido forjando y el pretor romano adoptando un patrón abstracto de conducta que, aunque deducido de la experiencia romana, venía impuesto inclusive a los extranjeros que solicitaban tutela en la órbita de la jurisdicción del pretor romano.(...) Este paradigma comportamental abstracto venía expresado en la figura del *bonus vir*, pero en una versión estrictamente ética depurada de las connotaciones religiosas que, en cambio, el mismo concepto tenía en la sociedad arcaica.” FACCO, Javier Humberto. Vicisitudes de la Buena Fe negocial. Reflexiones histórico-comparativas. Universidad Externado de Colombia. Bogotá. Primera Edición. 2017. p. 53

³⁴ “...con la desaparición del proceso formulario (y, por ende, de la cláusula *oportere ex fide bona* presente en la *intentio* de la fórmula de ciertas acciones), en el derecho postclásico la *bona fides* pierde su valor puramente adjetivo: se transforma –podríamos decir en lenguaje actual- en una suerte de cláusula general de derecho material que domina todo el sistema contractual.” FACCO, Javier Humberto. Op. Cit. p. 65

³⁵ “1134. // Les conventions légalement formées tiennent lieu de loi à ceux qui les ont faites. // Elles ne peuvent être révoquées que de leur consentement mutuel, ou pour les causes que la loi autorise. // Elles doivent être exécutées de bonne foi. // 1135. // Les conventions obligent non-seulement à ce qui y est exprimé, mais encore à toutes les suites que l’équité, l’usage ou la loi donnent à l’obligation d’après sa nature.”

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

en diversos instrumentos y guías de armonización legislativa en el marco del derecho global,³⁶ pasa por el aporte en los diversos estratos de su historia de diferentes escuelas y movimientos (glosadores, postglosadores, canonistas, humanistas, etc.).

Una primera manifestación concreta o elemental de la buena fe es la misma *fides*, en cuanto cumplir la palabra, mantener la fidelidad del vínculo u observar lo pactado, en la misma base del principio *pacta sunt servanda*, constituye un presupuesto mínimo para garantizar la confianza debida y seguridad en el tráfico jurídico. Por ello, con toda razón observaba el jurista Javoleno, “la buena fe exige que se haga lo que se convino”.³⁷

Consistente con lo anterior, el artículo 1602 del Código Civil establece la firmeza del vínculo contractual expresando que: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”

Pero la buena fe, supone mucho más que la lealtad a lo pactado, entraña además, un patrón de actuación acorde con las reglas de la honestidad y de la equidad. Acertadamente conceptuó Trifonino que “la buena fe, que se exige en los contratos, requiere suma equidad.”³⁸ Sobre estas base y tomándose en cuenta la distinción entre los elementos de la esencia, naturaleza y accidentales de los contratos, se señala por Baldo de Ubaldis que los contratos deben ajustarse a la naturaleza de las cosas (“*debent se conformare iure et nature*”)³⁹ y por Bartolo de Saxoferrato que pueden presuponer cosas sobre las cuales no se ha convenido ni pensado (“*in contractibus bonae fidei veniunt ea de quibus non est actum nec cogitatum*”)⁴⁰.

En consonancia con lo anterior, el artículo 1603 del Código Civil dispone que: “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan no solo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que por ley pertenecen a ella.”

³⁶ “ARTÍCULO 1.7 (Buena fe y lealtad negocial) // (1) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. // (2) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber. // ARTÍCULO 4.8 (Integración del contrato) // (1) Cuando las partes no se hayan puesto de acuerdo acerca de un término importante para determinar sus derechos y obligaciones, el contrato será integrado con un término apropiado a las circunstancias. (2) Para determinar cuál es el término más apropiado, se tendrán en cuenta, entre otros factores, los siguientes: // (a) la intención de las partes; // (b) la naturaleza y finalidad del contrato; // (c) la buena fe y la lealtad negocial; // (d) el sentido común. // ARTÍCULO 5.1.2 (Obligaciones implícitas) // Las obligaciones implícitas pueden derivarse de: // (a) la naturaleza y la finalidad del contrato; (b) las prácticas establecidas entre las partes y los usos; (c) la buena fe y la lealtad negocial. (d) el sentido común.” // ARTÍCULO 5.3.3 (Intromisión en el cumplimiento de la condición) // 1) Si el cumplimiento de una condición es impedido por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar la falta de cumplimiento de la condición. // 2) Si el cumplimiento de una condición es provocado por una parte en violación del deber de buena fe y lealtad negocial o de cooperación, dicha parte no podrá invocar el cumplimiento de la condición. // ARTÍCULO 5.3.4 (Obligación de preservar los derechos) // Antes del cumplimiento de la condición, una parte no puede en violación del deber de actuar de buena fe y lealtad negocial, comportarse de manera tal que perjudique los derechos de la otra parte en caso de que se cumpla la condición” Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales 2010.

³⁷ “Bona fides exigit, ut, quod convenit” Digesto 19,2,21

³⁸ “Bonas fides, quae in contractibus exigetur, aequitatem summam desiderat.” Digesto 16,3, 31.

³⁹ BALDO, Comm. In Quartum Cod. Librum, de actionibus et obligationibus, Lex IV, bonam fidem, n. 2. Citado por FACCO, Javier Humberto. Op. Cit. P. 103.

⁴⁰ Prima super Codice, 1533, f. 138 vb., n. 1, ad i, Bonam fidem. Citado por FACCO, Javier Humberto. Op. Cit. P. 102.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

La legislación comercial que incorpora las disposiciones del derecho civil en materia de integración e interpretación de los contratos y obligaciones,⁴¹ extiende la proyección de la buena fe al período precontractual⁴²; ofrece además, en su artículo 871, una versión enriquecida del mandato civil, cuando afirma: “Los contratos deberán celebrarse y ejecutarse de buena fe y, en consecuencia, obligarán no sólo a lo pactado expresamente en ellos, sino a todo lo que corresponda a la naturaleza de los mismos, según la ley, la costumbre o la equidad natural.”

Dicha codificación regula la carga de la prueba referida a la buena fe, en su artículo 835, que prescribe: “Se presumirá la buena fe, aún la exenta de culpa. Quien alegue la mala fe o la culpa de una persona, o afirme que ésta conoció o debió conocer determinado hecho, deberá probarlo.”

La doctrina ha dilucidado diferentes funciones vinculadas al principio de buena fe, como sus funciones normativa, interpretativa, integradora o correctiva del contrato, para citar algunas de ellas. En similar sentido, se distingue entre la buena fe subjetiva y la buena objetiva.

Sobre esta última, Ordoqui Castilla recoge en su exposición, varias ideas básicas:

“No depende de la voluntad sino del alcance de una norma. (...) La buena fe objetiva opera como un modelo de conducta social debida, al cual se debe adaptar el comportamiento de la persona que integre la relación jurídica. Es una norma de conducta que impone un deber de fidelidad, de lealtad, de honestidad, de probidad y de cooperación. Se parte de la idea que no se debe aprovechar indebidamente del otro en su debilidad o en su desconocimiento, y refiere al actuar debido del hombre que procede con la diligencia media. (...) El contrato no debe verse como una forma estática sino dinámica, como un proceso por el que nace, se desarrolla y muere una relación jurídica. En todo ese proceso la buena fe objetiva irradia efectos, antes, durante, y aún después del contrato... (...) La buena fe impone conductas tanto desde el punto de vista positivo como negativo. Desde el punto de vista negativo, exige vetar toda conducta deshonesta que implique algún posible daño, exigiendo no actuar perjudicialmente. (...) Desde el punto de vista positivo, exige un deber de diligencia, de colaboración, de cooperación, de solidaridad, de forma que permita en el contrato, por ejemplo, facilitar la realización del interés de la contraparte. En concreto, el rol de la buena fe subjetiva es otorgar un derecho y el de la buena fe objetiva es imponer deberes. (...) ...la buena fe objetiva es una norma proteiforme, propia de un sistema abierto. (...) Con acierto LARENZ (Derecho justo, fundamentos de ética jurídica, Madrid 1993, p.123), entiende que el principio de la buena fe alude a un modelo de conducta debida “necesario de concreción” que únicamente

⁴¹ “Artículo 822. Aplicación del Derecho Civil. Los principios que gobiernan la formación de los actos y contratos y las obligaciones de derecho civil, sus efectos, interpretación, modo de extinguirse, anularse o rescindirse, serán aplicables a las obligaciones y negocios jurídicos mercantiles, a menos que la ley establezca otra cosa. // La prueba en derecho comercial se regirá por las reglas establecidas en el Código de Procedimiento Civil, salvo las reglas especiales establecidas en la ley”.

⁴² “Artículo 863. Buena Fe en el Período Precontractual. Las partes deberán proceder de buena fe exenta de culpa en el período precontractual, so pena de indemnizar los perjuicios que se causen”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

nos indica la dirección en la cual hemos de buscar la contestación a la cuestión de cuál es la conducta exigible en determinadas circunstancias.”⁴³

El artículo 23 de la ley 222 de 1995 ha impuesto como deber de los administradores de las sociedades el de “obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios”, de manera que “sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados.”⁴⁴ Aunque el énfasis de esta disposición alude en primer término a la relación entre los administradores y la sociedad objeto de su gestión, no puede echarse de menos que la norma citada también guarda pertinencia en relación con la proyección contractual de la sociedad objeto de administración, pues en la medida en que sea diligente y correctamente administrada como la ley lo impone, se espera por vía transitiva que la misma opere en el mercado con el patrón de diligencia y cuidado de un buen profesional observante de la buena fe contractual, en los términos anteriormente expuestos.

Con soporte en el anterior repertorio de normas y la doctrina, la Corte Suprema de Justicia ha sintetizado el lugar de privilegio de la buena fe dentro del ordenamiento, sus características y funciones, lo mismo que la tarea judicial de concretar sus alcances a partir de la valoración integral de la conducta en el caso concreto:

“...principio vertebral de la convivencia social, como de cualquier sistema jurídico, en general, lo constituye la buena fe, con sujeción a la cual deben actuar las personas —sin distingo alguno— en el ámbito de las relaciones jurídicas e interpersonales en las que participan. (...) [La buena fe presupone que se actúe con honradez, probidad, honorabilidad, transparencia, diligencia, responsabilidad y sin dobleces. (...) “fidelidad, quiere decir que una de las partes se entrega confiadamente a la conducta leal de la otra en el cumplimiento de sus obligaciones, fiando que esta no lo engañará” [E. Danz, La interpretación de los negocios jurídicos, Librería General de Victoriano Suárez, Madrid, p. 191. En sentido similar, Luigi Mosco. Principi Sulla Interpretazione Dei Negozi Giuridici. Dott. Nápoles. 1952. Págs. 67 y ss.] (...) La buena fe, (...) se torna bífrente, en atención a que se desdobla, preponderantemente para efectos metodológicos, en la apellidada “buena fe subjetiva”, (creencia o confianza), al igual que en la “objetiva”, (probidad, corrección o lealtad), sin que por ello se lesione su concepción unitaria que, con un carácter más

⁴³ ORDOQUI CASTILLA, Gustavo. La Buena Fe Contractual. Segunda Edición. Pontificia Universidad Javeriana. Universidad Católica (Uruguay) y Grupo Editorial Ibáñez. Bogotá, 2012. Pp. 121-123.

⁴⁴ Ley 22 de 1995. “Artículo 23. Deberes de los administradores. Los administradores deben obrar de buena fe, con lealtad y con la diligencia de un buen hombre de negocios. Sus actuaciones se cumplirán en interés de la sociedad, teniendo en cuenta los intereses de sus asociados. // En el cumplimiento de su función los administradores deberán: // 1. Realizar los esfuerzos conducentes al adecuado desarrollo del objeto social. // 2. Velar por el estricto cumplimiento de las disposiciones legales o estatutarias. // 3. Velar porque se permita la adecuada realización de las funciones encomendadas a la revisoría fiscal. // 4. Guardar y proteger la reserva comercial e industrial de la sociedad. // 5. Abstenerse de utilizar indebidamente información privilegiada. // 6. Dar un trato equitativo a todos los socios y respetar el ejercicio del derecho de inspección de todos ellos. // 7. Abstenerse de participar por sí o por interpuesta persona en interés personal o de terceros, en actividades que impliquen competencia con la sociedad o en actos respecto de los cuales exista conflicto de intereses, salvo autorización expresa de la junta de socios o asamblea general de accionistas. // En estos casos, el administrador suministrará al órgano social correspondiente toda la información que sea relevante para la toma de la decisión. De la respectiva determinación deberá excluirse el voto del administrador, si fuere socio. En todo caso, la autorización de la junta de socios o asamblea general de accionistas sólo podrá otorgarse cuando el acto no perjudique los intereses de la sociedad”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

panorámico, luce unívoca de cara al ordenamiento jurídico. (...) Y al mismo tiempo es bipolar, en razón de que ambas partes deben observarla ... (Vid: cas. civ. abr. 19/99; exp. 4929, en la cual la Sala preconizó que la buena fe es “un postulado de doble vía... que se expresa —entre otros supuestos— en una información recíproca”). (...) De igual modo, (...) importa subrayar que el instituto de la buena fe, en lo que atañe al campo comercial, incluido el seguro, es plurifásico, como quiera que se proyecta a lo largo de las diferentes fases que, articuladas, conforman el plexo contractual —en un sentido amplio—: la atinente a la formación del negocio jurídico, lato sensu (fase formativa o genética), la relativa a su celebración (fase de concreción o de perfeccionamiento) y la referente a su desenvolvimiento, una vez perfeccionado (fase ejecutiva; de consumación o post contractual). Desde esta perspectiva, un sector de la moderna doctrina concibe al contrato como un típico “proceso”, integrado por varias etapas que, a su turno, admiten sendas subdivisiones, en las que también se enseña el postulado de la buena fe, de amplia proyección(2). [(2) Cfme: Ricardo L. Lorenzetti. Esquema de una teoría sistémica del contrato, en Contratación Contemporánea, Palestra Editores y Temis, Bogotá, 2000, pág. 33 y ss. y Guido Alpa. II Contrato, en la Disciplina Generale dei Contratti. Giappicheli. Turin. 1998, pág. 547]. (...) Quiere decir lo anterior que para evaluar si un sujeto determinado actuó o no de buena fe, resulta imperativo examinar, en cada una de las precitadas fases, la conducta por él desplegada, pero de manera integral (...) valorando las diversas oportunidades que los interesados tuvieron para actuar con lealtad, corrección (correttezza) y diligencia, según sea el caso. Al fin y al cabo, sin excepción, ella se predica de la integridad de eslabones que, analizados en retrospectiva, conforman la cadena contractual (iter contractus)... (...) Acerca de lo que entraña el postulado rector de la buena fe, esta corporación, pormenorizadamente, en las postrimerías de la década de los años cincuenta, precisó que “La buena fe hace referencia ... a la ausencia de obras fraudulentas, de engaño, reserva mental, astucia o viveza... Así pues, la buena fe equivale a obrar con lealtad, con rectitud, con honestidad ... En general obra de mala fe quien pretende obtener ventajas o beneficios sin una suficiente dosis de probidad o pulcritud...” (LXXXVIII, pág. 222 a 243).⁴⁵

Al descender al caso concreto, se observa en primer término que efectivamente, con alcances de cosa juzgada, el Tribunal de Arbitramento que conoció en primer término de las diferencias entre las mismas partes en 2016, entendió prorrogado el vínculo contractual hasta el 17 de enero de 2017 y, al prosperar las pretensiones segunda y décimo primera, de la demanda principal, declaró la situación de incumplimiento por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES que conllevaba su obligación a partir de la fecha en que el laudo cobró vigor de cesar con las acciones tendientes a desviar la clientela. Al respecto, el referido laudo, en su punto 3.4.14, advierte con meridiana claridad:

“La pretensión décima primera consecuencial busca que se ordene a la convocada la cesación inmediata de cualesquiera acciones tendientes a desviar la clientela de Tranexco. // Frente al corte de cuentas parcial

⁴⁵ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de agosto 2 de 2001 Magistrado Ponente: Dr. Carlos Ignacio Jaramillo Jaramillo. Expediente N° 6146.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

que se decretó y la declaratoria de vigencia parcial del Contrato hasta el 17 de enero de 2017, puesto que no se ha terminado el vínculo contractual entre la actora y la demandada por no haber sido pedido por ninguna de las partes, es claro que, en vigor del acuerdo de voluntades, la convocada debe observar frente a la cocontratante la misma la conducta propia de una contraparte leal y colaborativa, exenta de prácticas que puedan considerarse como de competencia desleal, obligación esta que hace parte de la ejecución de buena fe del contrato, en los términos del artículo 871 del Código de Comercio. // Lo anterior, anudado a la previsión del artículo 1546 del Código Civil en cuanto dispone que ante el incumplimiento del contrato el otro contratante puede solicitar su cumplimiento, conduce al Tribunal a acceder a la petición en estudio.”

Como quiera que hasta el día 30 de junio de 2016 se complementó el laudo, se aprecia que el término restante del contrato era particularmente breve.

Así que SERVICIOS POSTALES NACIONALES que originalmente impidió el desarrollo normal del contrato mediante acciones como el borrado de la dirección de la convocante del Casillero Virtual, incurriendo en actos que fueron calificados por el Tribunal como desviación de clientela, estaba a la fecha del laudo en una situación de incumplimiento que le obligaba, en primer término, a reiniciar su ejecución normal hasta su finalización y, en segundo término, a cesar de manera inmediata con los actos de desviación de clientela que fueron objeto de censura por el respectivo panel de árbitros.

Para enervar su incumplimiento, atendida la naturaleza de las cosas, la convocada tenía ante sí como una realidad inobjetable la brevedad del plazo de vigencia consistente en apenas seis meses, lo que suponía una especial carga de diligencia para remover los obstáculos existentes a fin de normalizar la prestación, esto es, para habilitar y poner en marcha un contexto contractual de cumplimiento efectivo.

Este deber de diligencia no solo encuentra fundamento en el principio de la buena fe, sino además, en la protección de los propios intereses de la entidad vencida, a la luz del principio de responsabilidad contractual, aunque podría ocurrir que desde esta última perspectiva se llegare hipotéticamente a estimar como más favorable para los intereses patrimoniales de la sociedad la asunción de una indemnización derivada del incumplimiento que la reactivación como tal del contrato. Esta última consideración hipotética, no cabe considerarla en estricto rigor estando de por medio un laudo, pues además de la lesión a la buena fe y corrección que debe presidir la actividad comercial, se podría estar afectando la eficaz y recta impartición de justicia de encuadrarse tal tipo de contumacia como un fraude a resolución judicial.

En cualquier caso, salta a la vista la posible situación de conflicto de intereses inherente al predicamento que podría representar para SERVICIOS POSTALES NACIONALES el cumplimiento de las obligaciones derivadas del laudo en relación con la proyección de su negocio. En

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

efecto, en la medida en que producto del desgaste de las relaciones entre las partes que se presume más acentuado a raíz del proceso arbitral, es previsible que se tuviese interés en procurar el menor grado de afectación posible a la relación con el otro aliado con mayor vocación de permanencia en el tiempo. Esto último lo vendría a confirmar la exploración de un convenio con TRANEXCO, enderezado a la terminación, así como el ofrecimiento a esta empresa de opciones alternativas al mercado que conformó la relación original —específicamente el nicho de las pymes ---, e igualmente la misma oposición a la pretensión de la convocante de que se procediera a borrar la dirección y terminar el contrato con el otro aliado como condición para remontar el incumplimiento -- con independencia de que se haya tratado de una interpretación errada de TRANEXCO sobre los alcances del laudo⁴⁶, todo lo cual sirve para ilustrar el interés de SERVICIOS POSTALES NACIONALES por mantener la relación con su nuevo aliado.

Ninguna de estas consideraciones justifica y, más bien, por el contrario, torna en inaceptable la tardanza de SERVICIOS POSTALES NACIONALES en buscar el contacto de la otra parte, con miras a gestionar una iniciativa orientada a establecer la fórmula eficaz para honrar el laudo y acordar el patrón de actuación destinado a la normalización o finalización acordada del contrato.

Obra en el expediente la carta de TRANEXCO del 5 de agosto de 2016 en la que ciertamente se alude a una reunión previa el 27 de julio de 2016 en la sede de SERVICIOS POSTALES NACIONALES, pero que, en todo caso, habría tenido ocurrencia casi un mes después de la complementación del laudo. Señala TRANEXCO:

“...de acuerdo con la solicitud efectuada por Ustedes, en la reunión que funcionarios de Servicios Postales S.A. y Tranexco sostuvimos el 27 de julio pasado, con la presente sometemos a Ustedes a su consideración los puntos que, en nuestra opinión, permitirían a esa Entidad cumplir con lo ordenado por el Laudo Arbitral de junio 14 de 2016, con su aclaración de junio 30 de 2016. Igualmente enviamos, una propuesta que evitaría nuevos pleitos entre las partes y que no busca afectar a los usuarios del casillero virtual con nuevos cambios de direcciones, al tiempo que elimina contingencias legales con el nuevo aliado de Servicios Postales Nacionales S.A. que ha tomado el negocio de casillero virtual.”

Dentro de un marco de debida diligencia y buena fe, se ajusta mayormente al patrón de conducta de quien se encuentra en la situación de incumplimiento que sea éste quien tome la iniciativa respecto a la toma de acciones en la dirección de enervar el incumplimiento y, si es del caso, en la proposición de la fórmula o fórmulas para subsanarlo. A partir de dichos comportamientos activos, el deudor promedio en estado de incumplimiento busca enervar efectivamente el incumplimiento o salvar su

⁴⁶ El laudo arbitral no tiene como objeto de su censura la celebración o la existencia de otro contrato de alianza con idénticos fines, sino las actuaciones constitutivas de desviación de clientela. La propia cláusula séptima del contrato, *in fine*, preceptúa: “las partes acuerdan que la celebración y ejecución del presente contrato no otorga derechos de exclusividad temporal o definitiva, total o parcia, a favor de ninguna de las partes.”

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

propia responsabilidad. En este marco, la apertura de un espacio para que la otra parte manifieste su parecer sobre los términos para reanudar el contrato puede constituir ciertamente un elemento adicional para abonar la buena fe.

Proceder del modo inverso, como en el caso, esto es, partir de solicitar al acreedor la formulación de una propuesta o condiciones para subsanar el incumplimiento propio, aunque parece posible y aparentemente acorde con la buena fe, solo excepcionalmente se ajusta a un proceder racional dentro de la actividad mercantil, pues el deudor se expone por esta vía a exigencias de un corte maximalista, a menos que sea precisamente el avivamiento de tal distanciamiento de posiciones lo que se busque, lo que representaría una conducta de mala fe enderezada a dificultar o enrarecer el reinicio de la ejecución encontrando pretextos para ello por fuera de su propia responsabilidad.

En el presente caso, el laudo había establecido de manera perentoria la continuación del vínculo contractual. De este modo, se imponía a todo trance la ejecución del contrato. El contrato en el tiempo restante debía ejecutarse en razón del contrato mismo como fuente de obligaciones y por causa del laudo que así lo había reiterado. En este orden de ideas, no ejecutar el contrato representaba, desde el primer instante posterior al laudo, para Servicios Postales, obrar en directa rebeldía contra el fallo arbitral. Si ya resulta censurable o imprudente de su parte no haber asumido la iniciativa para honrar inmediatamente el laudo y evitar a toda costa la profundización de su condición sustantiva y procesal – doble: como parte de un contrato y como parte de un laudo condenatorio--, la opción de recurrir o aceptar un mecanismo de alistamiento para reanudar de común acuerdo la ejecución, sujeto a un esfuerzo de convenir de consuno con la otra parte sus bases y presupuestos, podía ser plenamente aceptable pero siempre que no se erigiera en alternativa para consumir el término relativamente breve que restaba a la ejecución activa del contrato. La consumación en vano del término contractual y judicialmente dispuesto para ejecutar un contrato, compromete la buena fe de la parte condenada por el Laudo a asumir específicamente su ejecución, si no se verifica una conducta suya dirigida de manera diligente y efectiva a lograrlo, máxime como sujeto condenado y sin posibilidad de evadir el cumplimiento de dicho laudo.

Si este fuera el caso, en lugar de dar curso a un comportamiento contractual ajustado a las exigencias legítimas de la otra parte – en este caso las de TRANEXCO--, el esquema de optar por una negociación compleja, dilatada y tardía, se expone al riesgo de terminar en una mera instrumentalización de la contraparte en aras de ganar el tiempo que permita simplemente agotar el término del contrato, descargar la propia responsabilidad en las vicisitudes y azares de las tratativas dirigidas a renovar la continuación de la ejecución frustrada del negocio, explotar en dicho tiempo cualquier debilidad de la contraparte u obtener por el camino el consentimiento a un arreglo más ventajoso producto del desgaste a que se sujeta al antiguo aliado.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. Y^S. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

SERVICIOS POSTALES señala en su favor que habría un acuerdo tácito entre las partes en el sentido de interpretar que los seis meses que restaban a la ejecución del contrato impuestos por el laudo, entrarían a contarse a partir de la fecha en que las partes luego de realizar los correspondientes ajustes operativos entraran efectivamente a ejecutar el contrato, lo que se traduciría en que el tiempo destinado a las negociaciones y ajustes en la plataforma, no se reputaría como parte de la ejecución.

El Ministerio Público que respalda dicha tesis, resalta como elemento probatorio para corroborar lo anterior el interrogatorio de parte rendido el 14 de septiembre de 2017 por parte del Señor AUGUSTO CESAR ROJAS RODRIGUEZ, en calidad de representante Legal de Tranexco:

“DR. BALAGUERA: Pregunta No. 1. Diga cómo es cierto, sí o no y yo afirmo que es cierto, que existió acuerdo entre Tranexco y 4-72 de iniciar actividades por el plazo de 6 meses a partir de la puesta en operación del casillero virtual?

SR. ROJAS: Es cierto, pero quiero aclarar una cosa, si uno mira las gráficas, nosotros sabemos que este negocio es muy estacionario en la época de diciembre, en Estados Unidos el último jueves es el día de acción de gracias, el viernes se considera el viernes negro y en internet se consiguen promociones de 70 u 80% de descuento, eso genera mucho paquete, entonces claro, si nos dan diciembre, diciembre es como 6 meses del año. (SFT)

Ellos nos decían que terminaríamos por allá en abril, porque la primera reunión que se hizo se dijo que se estaba listo en todas las cuestiones técnicas, de tecnología el 17 de abril y que de ahí comenzaban los 6 meses y nosotros dijimos que coger esos 6 meses era como coger nada, porque este negocio se da es en la temporada de diciembre.”⁴⁷

El Ministerio Público, deriva las siguientes consecuencias del aparte citado:

“De esta respuesta por parte del representante legal de Tranexco, se evidencian contundentemente dos aspectos a resaltar, el primero, que efectivamente existió un acuerdo entre las partes para iniciar la ejecución del contrato, una vez estuvieran las condiciones dadas para tal efecto y, de otra parte, que si la ejecución del contrato no incluía el mes de Diciembre, ya la misma no era atractiva para la sociedad convocante”⁴⁸.

No obstante, lo que resulta evidente para el Tribunal es que si bien existía aparente coincidencia sobre el término de los seis meses que sirvió como un aliciente para mantener las conversaciones y adelantar algunas actividades, siempre se estuvo lejos de alcanzar un acuerdo pleno en torno a las condiciones

⁴⁷ Concepto del Ministerio Público dentro del Proceso Arbitral. Folio 275 Cudemo Principal 2.

⁴⁸ Ídem.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

para la puesta en operación del casillero postal y ni siquiera el término de los seis meses fue objeto de la debida formalización y firmeza como para entender clara y fehacientemente modificado el contrato 051 en el sentido advertido, como lo confirma la conducta contractual y procesal de las partes. La presentación que se ha hecho en otros apartes de la materia, parte de asumir dicho plazo como una interpretación de las partes sobre los efectos del laudo, lo cual también resulta errado:

- (1) El laudo fue meridianamente claro en entender prorrogado el contrato hasta el día 17 de enero de 2017, como lo expresa el QUINTO resuelve: *“Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el contrato de Colaboración empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y en consecuencia **quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.**”*⁴⁹ En ningún aparte el laudo regula los efectos del mismo en el sentido de extender más allá del 17 de enero la vigencia del contrato, en función del término que corriera antes de normalizar su ejecución.
- (2) En directa correlación con lo anterior, el laudo en su resuelve SEXTO declaró el incumplimiento de Servicios Postales y, consecuentemente, en el resuelve DUODÉCIMO adoptó la decisión de: *“Declarar que prospera la pretensión décima primera consecucional de la demanda principal”*⁵⁰, la cual, textualmente reza: *“Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se ordene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. a que cese **inmediatamente las acciones tendientes a desviar la clientela del Casillero Virtual hacia otros aliados diferentes a TRANEXCO.**”*⁵¹
- (3) A la luz de la anterior evidencia no resulta plausible la tesis de que las partes implícitamente hayan coincidido en una interpretación del laudo que no guarda la más mínima consistencia con su texto, el que no arroja sombra de duda acerca del término por el que quedó prorrogado el contrato y el estado de incumplimiento de SERVICIOS POSTALES que implicaba una obligación de entrar a subsanarlo sin dilaciones de ninguna especie.
- (4) De otra parte, SERVICIOS POSTALES NACIONALES se ha proyectado absolutamente errática en relación con la fecha de terminación de la relación.

En la mención al pretendido acuerdo tácito, la fecha de terminación se ubicaría **más allá del 17 de enero.**

En otras actuaciones se asume como fecha de terminación **el 17 de enero.**

⁴⁹ Folio 173 Cuaderno de Pruebas 1.

⁵⁰ Ídem.

⁵¹ Folio 31 Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

En una actuación como la demanda de reconvencción que supone un nivel cualificado de rigor y convencimiento, pues se trata de apelar al aparato de administración de justicia, se plantea como pretensión primera que:

“Se declare que el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL 051 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.L Y TRANEXCO S.A. el día 17 de Enero de 2011 y sus otro-si tuvo vigencia hasta el día treinta (30) de Junio de Dos Mil Dieciséis (2016) fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento tramitado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá profirió LAUDO ARBITRAL instaurado el veinte (20) de Junio de Dos Mil Catorce (2014) por TRANEXCO S.A. en contra de SERVICIOS POSTALES S.A.”⁵²

- (5) El texto del contrato 051 establece el procedimiento que se debe seguir para su propia reforma, sin que se observe que ni el plazo ni ninguno otro de los principios del acuerdo, en el período posterior al laudo, haya sido objeto de reforma o surtido dicho procedimiento.
- (6) Mediante comunicación del 30 de septiembre de 2016, esto es, estando en desarrollo las referidas negociaciones, SERVICIOS POSTALES NACIONALES notifica que ha decidido no prorrogar el contrato No. 051 de 2011, el que por tanto finalizará en enero de 2017.
- (7) TRANEXCO S.A. en diversos momentos del período posterior al laudo reconviene a SERVICIOS POSTALES por su situación de incumplimiento del laudo y señala que estando por cumplirse el plazo contractual fijado optó por presentar la demanda arbitral.

Resulta preciso ahora analizar y profundizar en la dinámica temporal de las negociaciones:

<u>julio</u>								Primera reunión de las partes.		
26				J	v	s	d			
27	4	5	6	7	8	9	10			
28	11	12	13	14	15	16	17			
29	18	19	20	21	22	23	24			

⁵² Demanda de reconvencción. Folios 276 y 277 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
 TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

<p>30 25 26 ■ 28 29 30 31</p>			
<p><u>agosto</u></p> <p>sm l m m j v s d</p> <p>31 1 2 3 ■ 5 6 7</p> <p>32 8 9 10 11 12 13 14</p> <p>33 15 16 17 18 19 20 21</p> <p>34 22 23 24 25 ■ 27 28</p> <p>35 ■ 30 31</p>		<p>El 4 de agosto TRANEXCO comunica su disposición para ejecutar; señala condiciones y efectúa propuesta.</p> <p>El 26 mediante correo electrónico se queja de la incomunicación.</p> <p>El 29 pide cita para continuar las conversaciones.</p>	
<p><u>septiembre</u></p> <p>sm l m m J v s d</p> <p>35 1 2 3 4</p> <p>36 5 6 7 8 9 10 11</p> <p>37 12 13 14 15 16 17 18</p> <p>38 19 20 21 ■ 23 24 25</p> <p>39 ■</p>		<p>22 TRANEXCO requiere el cumplimiento del contrato.</p> <p>28 TRANEXCO fija posición o condiciones sobre el inicio.</p>	<p>22 fija el 27 para tratar del contrato.</p> <p>26 SNP señala no haber incumplido.</p> <p>27 Se cita a TRANEXCO a reunión el 30 de septiembre.</p> <p>30 Se notifica voluntad de no prórroga del contrato. Irá hasta el 17 de enero.</p>
<p><u>octubre</u></p> <p>sm l m m j v s d</p> <p>39 1 2</p>	<p>5 Acta: SPN presenta cronograma y propone reinicio del contrato desde</p>	<p>4 Reclama la falta de respuesta a com. del 29 de sept. y ausencia de propuesta de SPN</p>	<p>4 señala haber cumplido el laudo.</p> <p>6. Rechaza la procedencia de las</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
 TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

<p>40 3 7 8 9 41 10 11 13 14 15 16 42 17 20 21 22 23 43 24 25 27 29 30 44 31</p>	<p>21 marzo hasta 21 de octubre de 2017. Tranexco se reserva su estudio.</p> <p>12 Reunión de trabajo sobre requerimientos tecnológicos. Tranexco no acepta el cronograma del 5 de octubre; insiste en no cumplimiento del laudo.</p> <p>18 Reunión para definir y dar seguimiento a actividades de tecnología, diseño y parametrización de la webservice. Se programa reunión para el 21 de octubre.</p> <p>19 Seguimiento del Look and Feel y definición proceso operativo SPN.</p>	<p>sobre como se va a dar el cumplimiento del laudo.</p> <p>28 Protesta que en com. del 26 se circunscribe la prestación a PYMES.</p>	<p>condiciones de TRANEXCO. Solicita iniciar la ejecución de lo que resta del contrato.</p> <p>26. Com. con imágenes para el portal.</p>
<p><u>noviembre</u> sm l m m j v s d 44 1 3 4 5 6 45 7 8 9 10 11 12 13 46 14 15 16 17 18 19 20</p>	<p>2 Reunión. Se informa que la campaña de marketing no se hará en redes sociales. Se señala que se deben</p>	<p>14. Tranexco envía documentos y cifras acordados en reunión de conciliación.</p>	<p>10 de noviembre. Correo reunión de conciliación día 11 en el club de abogados.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
 TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

<p>47 22 23 25 26 27 48 28 29</p>	<p>definir tarifas, y tiempos de entrega.</p> <p>21 Acta no firmada. Revisión pendientes de operaciones. Preocupación por bajo volumen de paquetes al reiniciar contrato. Se trató de la Implementación al sistema de cobros de impuestos. Se fijan diversas tareas. Tarifas pendientes</p> <p>24 Reunión. Tranexco se compromete a revisar textos para carta a los clientes. (Tranexco los revisará. Tranexco informa que se requieren 213 horas de desarrollo (15 días de ingeniero). Se consignan otros pendientes.</p>	<p>30. Comunicación denuncia prácticas dilatorias; da por terminada la negociación y anuncia demanda arbitral.</p>	<p>30 Carta de SNP a Tranexco con lista de requerimientos técnicos y operativos. Notifica reanudación del contrato el día 2 de diciembre</p>
<p><u>diciembre</u></p> <p>sm 1 m m j v s d 48 2 3 4 49 5 6 7 8 9 10 11</p>		<p>1 Tranexco responde comunicación del 30 de noviembre.</p>	<p>Visita funcionarios en Miami.</p>

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

50 12 13 14 15 16 17 18			
51 19 20 21 22 23 24 25			
52 26 27 28 29 30 31			

Se advierte que hasta casi el final se mantenía de manera paralela una negociación enderezada a la terminación amigable y que solo hasta el mes de octubre existe un mayor involucramiento de SERVICIOS POSTALES NACIONALES en explorar los términos para retomar la ejecución, sin que en ningún momento haya retirado la notificación del 30 de septiembre en el sentido de interrumpir la prórroga automática del contrato que salvo acuerdo en contrario iría entonces hasta el 17 de enero.

Se ha señalado por el Ministerio Público a favor de SERVICIOS POSTALES NACIONALES como un factor que imponía definir prestaciones a cargo de una y otra parte, lo que entiende como una dificultad comprobada “para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias tecnológicas, comerciales y jurídicas, entre ellas la expedición de la nueva regulación Aduanera (Decreto 390 de 2016) que fue de público conocimiento y en la que se introdujeron cambios al régimen de tráfico postal y envíos urgentes...”

Desde la perspectiva de la buena fe, el aserto del Ministerio Público cuenta más bien en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES que nunca cesó en el ejercicio del negocio y que al conocer de primera mano los distintos requerimientos legales contenidos en el decreto sancionado en marzo de 2016 y los pretendidos cambios que imponía el mercado, ha debido ser quien asumiera el liderazgo y la iniciativa en allanar las dificultades para su reanudación efectiva, siendo la parte incumplida que condujo además con acciones propias a su paralización.

Al ser la convocada quien tenía la carga de proceder a su normalización, no es entendible la lentitud con la que ha procedido.

Al ser el primer destinatario de las normas aludidas y principal interesado que un servicio que involucrara su nombre se prestara conforme a un determinado modelo y estándar técnico y operativo, tampoco es entendible que SERVICIOS POSTALES NACIONALES no haya ventilado desde un primer momento sus expectativas y procedido también desde el inicio a actuar de manera cooperativa con TRANEXCO en la implementación de dichos cambios si a ello hubiese realmente lugar.

El testimonio de Sandra Constanza Rodríguez es muy dicente en ese sentido:

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

“DR. CÁRDENAS: ¿Hablando de fechas, SERVICIOS POSTALES NACIONALES o IT le informó a TRANEXCO que tenía que actualizar la plataforma, en qué fecha?”

SRA. RODRIGUEZ: En reunión, cuando TRANEXCO a nosotros nos ofrece la plataforma, que fue en octubre, en la primera reunión que se hizo entre IT de TRANEXCO e IT de 472, donde todos sacamos nuestras cartas, en la cual 472 le mostró la documentación técnica, que a mí me había entregado TRANEXCO en el 2011, porque TRANEXCO no tenía esa información en ese momento...”⁵³

Sobre este mismo punto, es preciso anotar que no se ha comprobado y más bien se han acrecentado las dudas en torno a que tales cambios hubiesen revestido la condición de necesarios, en el sentido de imponerse sobre formas temporales o definitivas de ejecutar el contrato por el término restante y que no implicaran el desarrollo de nuevas plataformas o aplicaciones, ni que los mismos respondieran a cargas u obligaciones que la ley o el contrato impusiera en cabeza de TRANEXCO.⁵⁴

La conducta de SERVICIOS POSTALES NACIONALES se aparta de los cánones de la probidad y corrección, cuando consciente del tiempo que tomaba el ajuste de las plataformas de operación, manifestó de manera tardía sus distintos requerimientos y, al hacerlo, no tuvo en consideración los intereses de su antiguo aliado, ni los ponderó en función del tiempo que estaba dispuesto a sostener la relación, sino que poniendo entre paréntesis su propia situación de incumplimiento, buscó que fuera la parte afectada por dicho incumplimiento la que se ajustara a sus nuevas necesidades.

En distintos momentos del tiempo, SERVICIOS POSTALES NACIONALES rechazó la pretensión de TRANEXCO sobre la necesidad de que rompiera la relación con el otro aliado y eliminará su dirección ---en lo que ciertamente tenía razón en cuanto el laudo no censuró la coexistencia de aliados sino los actos contrarios a la libre y leal competencia---, pero sorprende que escudado en la simple negación de las expectativas de su contraparte sobre el cumplimiento de la decisión arbitral, no asumió el deber positivo que se le había impuesto de cesar de manera inmediata en las acciones tendientes a desviar la clientela, absteniéndose de precisar los términos en que cumpliría la orden y garantizaría la debida transparencia informativa hacia los clientes y usuarios, evitando repetir y perpetuar las conductas contrarias al ordenamiento que el laudo arbitral encontró en su momento confirmadas.

De otro lado, se encuentra que sin atender a sus propios estimativos de los que da cuenta los cronogramas y los testimonios rendidos por funcionarios de la entidad convocada, esto es, en contravía respecto de sus propios actos y patrón observado de conducta, precipitó el 30 de noviembre,

⁵³ Testimonio de la señora Sandra Constanza Rodríguez Ardila. Folios 132 y 132 anverso del Cuaderno de Pruebas 4.

⁵⁴ “DR. ABELA: ¿Esas variables, esos cambios que se presentaron a 2016, después del Laudo, y esas nuevas aplicaciones, como las diez que usted menciona y demás, estaban previstas en el Contrato con TRANEXCO o eran el desarrollo normal de la evolución técnica de este negocio? // SRA. RODRÍGUEZ: Era el desarrollo normal. // DR. ABELA: ¿No eran exigencias del Contrato con TRANEXCO? // SRA. RODRÍGUEZ: No, no eran exigencias, y a ellos se les preguntó, y ellos dijeron que estaban en condiciones de hacerlo.” Testimonio de Sandra Constanza Rodríguez Ardila. Folio 131 anverso del Cuaderno de Pruebas 4.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

no ya de manera convenida, sino unilateralmente el día 2 de diciembre como fecha de reinicio del contrato, sin que aún se hubiesen culminado los ajustes programados ni existiese acuerdo sobre los diferentes extremos, ni retirado la notificación de no prórroga, lo que junto con la visita intempestivamente anunciada, generó un fundado temor en TRANEXCO de que en realidad se estuviere buscando un pretexto para dar por terminado el contrato. En todo caso, esta última entidad el mismo día 30 de noviembre anunció como frustrados dichos acercamientos.

Colige el Tribunal que no asistió a SERVICIOS POSTALES NACIONALES una real y genuina voluntad de reiniciar el contrato de una manera plena tal y como se venía ejecutando antes de las infracciones a la libre y leal competencia, hasta su culminación. Lo anterior explica que se haya dejado transcurrir un término inopinadamente extenso antes de asumir la iniciativa para el efecto y que, en lugar de explorar vías más expeditas para normalizarlo, haya optado por un esquema dilatorio de negociaciones con lo que neutralizó la carga que recaía en su cabeza de reanudar la ejecución del contrato que él mismo había interrumpido, lo que incluye su dimensión técnica y operativa. Mientras que procedió la convocada de manera oficial a notificar la voluntad de no prórroga del contrato, indicando que el mismo terminaba el día 17 de enero de 2017, misiva que jamás retiró, ella faltando a su deber de seriedad no promovió durante su vigencia la modificación al contrato que hiciera compatible el período adicional de seis meses ventilado dentro de las negociaciones. Así mismo, la entidad convocada ha faltado a la seriedad de los compromisos y ha actuado contra sus propios actos, cuando luego de someter el reinicio a un mecanismo de concertación, de manera unilateral pretendió imponer una fecha de entrada en operación, pese a ser evidente que aún existían tareas pendientes a cargo de las partes.

Todo indica que ante la dificultad de llegar a un acuerdo de terminación o a una versión de acuerdo debidamente ajustado al nivel de sus intereses, obrando nuevamente contra la buena fe, se procuraba encontrar inconformidades que mejoraran la posición de SERVICIOS POSTALES, abonaran el camino o sirviera de pretexto para la terminación. De hecho, la negativa de acceso de TRANEXCO S.A. en Miami con el fin de establecer las condiciones técnicas y operativas a su cargo se alega ahora por la entidad como indicativa de la mala fe de TRANEXCO, cuando por lo dicho, el cambio sobreviniente en el modo en que se venía conduciendo la materia fue lo que justificó el temor de esta última entidad de se estuviere tejiendo un motivo para atribuirle arbitrariamente la responsabilidad por la no reanudación de la ejecución del contrato.

En lo que respecta a los otros reproches formulados por SERVICIOS POSTALES a la conducta de TRANEXCO, ninguno de ellos tiene la entidad o contundencia suficiente para configurar un comportamiento que pueda calificarse como de mala fe. Se repara por parte de SERVICIOS POSTALES que TRANEXCO en las comunicaciones remitidas esbozaba obligaciones no contempladas en el Laudo, lo que se refiere seguramente a la "opinión" de que la forma de cesar los

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. vs. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

actos de desviación de clientela pasaba por terminar la relación con el otro aliado y suprimir su dirección del Casillero Virtual. Este Tribunal coincide con SERVICIOS POSTALES en que la interpretación más plausible del laudo no suponía de manera necesaria dicha medida extrema, pero considera que la diferencia interpretativa no es constitutiva por sí misma de mala fe, menos aún, cuando no se trata de una afirmación efectuada en el vacío y que no tenga conexión alguna con lo decidido, pues ciertamente el Tribunal ordenó cesar los actos de desvío de clientela y el adelantamiento del negocio con un solo proveedor realiza tal mandato, solo que el Tribunal no se pronunció sobre la solución específica y en sus consideraciones no estimó la coexistencia de operadores como la conducta contraria a derecho.

Ni la puesta en consideración de hechos que se consideran lesivos del interés público a las autoridades de control, ni el otorgamiento de poder en un momento en el que ya estaba por agotarse el plazo del contrato para formular una demanda en el transcurso de una negociación que como se ve no ha sido fluida, constituyen faltas a la buena fe. Por el contrario, las dos actividades se enmarcan en el ejercicio de derechos constitucionales, como el derecho de petición y el derecho de acceso a la administración de justicia.

También se ha objetado a la luz de la buena fe que supuestamente TRANEXCO “a sabiendas de no haber ejecutado actividad alguna en cumplimiento del contrato de colaboración empresarial para el período solicitado” ahora “de mala fe solicita su pago, máxime que el no reinicio de la operación obedeció a su propia negligencia.”

Frente a la anterior proposición cabe distinguir una formulación general y otra específica.

En relación con la formulación general conviene aclarar que la demanda arbitral no se ha formulado por TRANEXCO para pretender la remuneración de prestaciones no ejecutadas, lo que constituiría un enriquecimiento sin causa, sino para obtener la indemnización por el incumplimiento del contrato, lo cual es algo muy diferente.

En relación con la formulación específica, se afirma por SERVICIOS POSTALES que el no reinicio de la operación se debió a la “propia negligencia” de TRANEXCO, por lo que no podría aspirar a una indemnización frente a un hecho debido a su propia culpa. No ha sido demostrado que el no reinicio de la operación se deba a la negligencia de TRANEXCO que, por el contrario, demostró una mayor iniciativa y desplegó un patrón cooperativo, asumiendo incluso cargas que iban más allá de sus obligaciones estrictamente contractuales. Al dar la convocante por terminada las negociaciones ---que se habían prolongado sin resultados tangibles por un término más que razonable---, ya en la proximidad al vencimiento del plazo y, ante el atisbo de un nuevo cambio en el patrón de comportamiento de su contraparte, no lo hizo de manera injustificada.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

En razón de lo anterior, se estima que SERVICIOS POSTALES incumplió su deber de obrar conforme al patrón de la buena fe objetiva, lo que representa un incumplimiento del contrato y, en lo que atañe a la demanda de reconvencción, se estima que no prospera la tacha de mala de que se ha formulado contra TRANEXCO.

C. DE LAS PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA ARBITRAL:

La Convocante formuló como pretensiones principales en su escrito de demanda las siguientes:

“PRIMERA PRINCIPAL: *Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO, y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.*

SEGUNDA PRINCIPAL: *Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017 al no seguir ejecutando las obligaciones contractuales.*

TERCERA PRINCIPAL: *Que se decrete la terminación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011.”⁵⁵*

Corresponde al Tribunal resolver cada una de las pretensiones referidas, para lo cual las abordará y decidirá en el mismo orden en el que fueron propuestas por la Convocante.

La parte demandante formuló así su pretensión primera principal:

“PRIMERA PRINCIPAL: *Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO, y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”⁵⁶*

Para resolver sobre la Pretensión Primera Principal formulada en la demanda presentada por la sociedad TRANEXCO S.A., referente a la obligación que tenía Servicios Postales Nacionales de seguir ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No 051 suscrito el 17 de enero de 2011 por las partes del presente proceso, se hace necesario considerar como antecedente relevante, la existencia de

⁵⁵ Folio 8. Cuaderno Principal 1.

⁵⁶ Ídem.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

un laudo arbitral en firme en el que se resolvió con fuerza de cosa juzgada sobre la vigencia de dicho contrato.

La decisión judicial anterior en relación con la cual se debe analizar la existencia de cosa juzgada sobre la vigencia del contrato, corresponde al laudo en el proceso arbitral que dirimió las controversias entre TRANEXCO S.A. y SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., proferido el 14 de junio de 2016 por el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Guillermo Gamba Posada, Édgar Alfredo Garzón Saboyá y Antonio José Núñez Trujillo.

En esa ocasión el referido Panel Arbitral determinó que el contrato había sido prorrogado automáticamente hasta el 17 de enero de 2017 como puede leerse en el numeral quinto de la parte resolutive de la citada decisión: *“declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.”*⁵⁷ Es necesario reiterar que ese Laudo está en firme, ya que a la fecha de ejecutoria de la providencia aclaratoria del mismo no se interpuso recurso de anulación.

Así las cosas, este Tribunal debe afirmar que tal y como quedó decidido en el Laudo referido, no cabe duda de que el Contrato de Colaboración Empresarial 051 suscrito por las partes que integran esta controversia, estuvo vigente hasta el 17 de enero de 2017 y por lo mismo los contratantes estaban llamados a cumplir con todas las obligaciones derivadas del vínculo contractual mientras este tuviera pleno vigor.

Lo anterior tiene sustento legal en el hecho de que el contrato es ley para las partes tal y como lo establece el Código Civil en su artículo 1602 que reza: *“Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales.”* De tal suerte que como el Contrato de Colaboración Empresarial 051 suscrito por TRANEXCO S.A., y SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., estuvo vigente hasta el 17 de enero de 2017, las partes estaban obligadas a cumplir con todas las prestaciones y los imperativos de comportamiento derivados de su acuerdo de voluntades, doctrina uniforme de la Corte Suprema de Justicia que ha quedado plasmada desde siempre en su jurisprudencia como aquí se expone *“El principio jurídico supremo del cual emana todo el derecho de las obligaciones convencionales señala que la finalidad económico-social del contrato lleva implícita el cumplimiento de las estipulaciones en él pactadas. Los contratos se celebran para cumplirse y, por ello, son ley para las partes.”*⁵⁸

⁵⁷ Folio 173 Cuaderno de Pruebas 1.

⁵⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 17 de agosto de 2016, expediente 2007-00606. M.P. Ariel Salazar Ramírez.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

De lo dicho hasta ahora, el Tribunal puede concluir que el efecto de cosa juzgada tiene fuerza vinculante frente a la vigencia del contrato, materia que por lo mismo no puede ser discutida en este caso, pero que sin duda repercute de manera directa en la decisión que debe tomar el Tribunal frente a lo solicitado por la parte convocante en la Primera Pretensión Principal de su demanda, referente a la petición de que se declare que Servicios Postales Nacionales S.A. tenía la obligación de seguir ejecutando el Contrato. Lo anterior, puesto que la vigencia del contrato constituye presupuesto fundamental del carácter vinculante de ese acuerdo de voluntades, de tal forma que su fuerza obligatoria pervive hasta tanto la convención no se extinga por acuerdo entre las partes o por cualquiera de las causas legales. Así las cosas, las partes contratantes están llamadas a cumplir con las obligaciones emanadas del vínculo contractual durante la vida del contrato, lo que pone en evidencia la íntima relación entre su vigencia y la obligación de ejecutar las obligaciones pactadas. En este sentido, y de conformidad con las consideraciones expuestas, la Pretensión Primera Principal está llamada a prosperar toda vez que ha quedado demostrado que sobre la misma no hay cosa juzgada, ya que son cuestiones distintas la referida a la vigencia del acuerdo de voluntades y aquella referida a la obligación positiva de seguir ejecutando el contrato durante el plazo, como se estudia en otro de los acápite de consideraciones de esta decisión.

Adicionalmente, a lo largo del proceso no se probó que como consecuencia de algún evento se hubiera minado la fuerza obligatoria del vínculo contractual que las partes acordaron cumplir de buena fe o cualquier otra situación que justificara el incumplimiento de las obligaciones. Por el contrario, el único argumento expuesto por la parte convocada estuvo dirigido a expresar que el Contrato había terminado con la expedición del Laudo de 2016.

Como corolario de las consideraciones anteriores, el Tribunal resuelve favorablemente la Pretensión Primera Principal formulada en la demanda por la parte convocante, ya que como quedó comprobado el Contrato de Colaboración Empresarial 051 suscrito por TRANEXCO S.A., y SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., estuvo vigente hasta el 17 de enero de 2017, y en consecuencia, la parte convocada tenía que allanarse al cumplimiento de ese acuerdo de voluntades dado que el mismo era ley para las partes.

Correlativamente, por encontrarse fundada en razones distintas, el Tribunal resuelve desestimar la excepción de cosa juzgada propuesta de forma genérica por la parte convocada, toda vez que la decisión adoptada en el laudo anterior, y que hizo tránsito a cosa juzgada, determinó que el Contrato de Colaboración Empresarial 051 había quedado prorrogado hasta el 17 de enero de 2017, que es diferente, aunque no lo parezca, a lo que es materia de la súplica que se examina, consistente en que se declare que dicho contrato debía continuar ejecutándose, lo cual podría no ser cierto, por el hecho de haber mediado alguna situación, posterior a la prórroga, que hubiera dejado en suspenso o extinguido las obligaciones emanadas del contrato

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Aboca a continuación el Tribunal, el análisis de las restantes pretensiones principales de la demanda arbitral, relacionadas con el incumplimiento y terminación del Contrato, lo que realizará en el orden por ella propuesto.

En efecto, la segunda pretensión principal es la siguiente:

“SEGUNDA PRINCIPAL: Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES incumplió el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017 al no seguir ejecutando las obligaciones contractuales.”⁵⁹

De esta manera, la demanda pretende que, a pesar de haberse prorrogado el contrato hasta el 17 de enero de 2017, se concluya que la Convocada omitió dar cumplimiento a las obligaciones asumidas por la misma mediante la suscripción del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051.

Para el efecto, y como síntesis de su posición, la Convocante manifestó lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

“SPN no podía retirar la dirección de la página web, esa exclusión fue premeditada, la nueva contratación con Transexpress merece reparos porque fue para desviar la clientela, todos esos actos fueron contrarios a la buena fe comercial, los correos para desviar la clientela fueron contrarios a las buenas prácticas comerciales, que el Estado más que nadie debe respetar, con todo lo anterior se violó el principio de la buena fe, se incurrió en actos de competencia desleal y consecuentemente TRANEXCO no pudo RECUPERAR NI LOS VOLUMENES NI LOS CLIENTES A LOS QUE TENIA DRECHO. Y es a esto, a lo que en derecho se dirige esta Demanda.

(..) Habiendo quedado claro que SPN sí estaba obligada a cesar todos esos actos que el Tribunal consideró que configuraban desviación de la clientela, en el análisis de la prueba veremos cómo está plenamente demostrado que SPN jamás quiso cumplirlo, siempre lo desdeño y que fue esa conducta precisamente la que evitó que se reanudara el Contrato (...)

Un posición tan absurda como la que asumió SPN durante las negociaciones, de negar que el Laudo había ordenado a SPN abstenerse de ejecutar los actos de desviación de clientela enumerados anteriormente, lo cual consta en todas su comunicaciones y adicionalmente en los documentos de la contestación de la demanda y la demanda de reconvención, e incluso fueron objeto de confesión en el Interrogatorio de parte, como se verá más adelante, imposibilitó cualquier posibilidad de reanudación del Contrato y frustró también cualquier posibilidad de acuerdo conciliatorio.”⁶⁰

⁵⁹ Folio 8. Cuaderno Principal 1

⁶⁰ Alegatos de Conclusión de TRANEXCO S.A. Folios 195, 195 anverso y 196 del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Por su parte, en concepto del Ministerio Público no pudo presentarse incumplimiento atribuible a la Convocada toda vez que la inejecución del contrato fue debido a dificultades técnicas, tecnológicas y de adecuaciones las cuales no pueden ser imputables a la Convocada:

“Una vez comprobada la dificultad para la ejecución del contrato, teniendo en cuenta las nuevas circunstancias tecnológicas, comerciales y jurídicas, entre ellas la expedición de la nueva regulación Aduanera (Decreto 390 de 2016) que fue de público conocimiento y en la que se introdujeron cambios al régimen de tráfico postal y envíos urgentes”⁶¹

Igualmente, en concepto del Ministerio Público, Servicios Postales Nacionales realizó actos que evidenciaron su intención de cumplir con el Laudo Arbitral y el Contrato, conducta que se contrasta con la de la Convocante, quien en su opinión, decidió no cumplir con el contrato:

“En efecto, es claro que a pesar de las dificultades evidenciadas para continuar con la ejecución del contrato, hubo un acuerdo para iniciarlo cuando las condiciones tanto tecnológicas, como operativas estuvieran dadas y adicionalmente, se desplegaron una serie de actuaciones encaminadas para tal fin por parte de Servicios Postales Nacionales y que fue Tranexco, quien después de la visita realizada en sus bodegas de Miami, decidió no seguir con las negociaciones e iniciar el trámite arbitral que hoy nos ocupa.”⁶²

Por su parte, el Tribunal considera que las excepciones propuestas en la contestación de la demanda, no tienen la virtud de enervar las pretensiones de la demanda principal, ya que las mismas fueron propuestas de manera genérica, así, la Convocada planteó la excepción de Enriquecimiento sin causa, fundamentalmente para señalar, que, en su opinión, el incumplimiento no es imputable a ésta y, por el contrario, es atribuible a la decisión de la Convocante de no continuar con las negociaciones, lo que según aquélla conllevó a la inejecución de las obligaciones del contrato, y por tanto, a la inexistencia de una causa para el pago de los daños y perjuicios solicitados.

Como ya se dijo, frente a esta pretensión la Convocada propuso la excepción de mérito de enriquecimiento sin justa causa, que será materia de un estudio in extenso con ocasión del examen de las pretensiones consecuenciales, y, por lo mismo, es suficiente para su desestimación señalar que el incumplimiento que se declarará frente a la Convocante, por ser uno nuevo y distinto al que se decidió en el laudo anterior, y la correspondiente indemnización que se reconocerá por los perjuicios derivados del mismo, tiene una nueva causa que justifica la respectiva condena, lo que descarta que con esta pretensión pueda estarse abriendo camino a un enriquecimiento injusto.

Ahora bien, para definir el problema jurídico que debe ser abordado para resolver la pretensión segunda principal de la Demanda, este panel arbitral considera que se hace necesario realizar un ejercicio interpretativo del *petitum*, para saber realmente qué era lo que se proponía la Convocante obtener.

La pretensión segunda principal, en su tenor literal, se refiere exclusivamente a la declaración de incumplimiento de la convocada del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051, en el periodo

⁶¹ Concepto del Ministerio Público. Folio 273 del Cuaderno Principal 2.

⁶² Concepto del Ministerio Público. Folio 276 del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

comprendido entre agosto de 2014 hasta el 17 de enero de 2017. No obstante lo anterior, de acuerdo con las consecuencias perseguidas por la convocante con base en dicha declaración—correspondiente a la indemnización de perjuicios—, el Tribunal entiende que más allá de su literalidad, la pretensión segunda principal está referida a la declaración de la responsabilidad civil, de naturaleza contractual, de Servicios Postales Nacionales S.A. y, en ese sentido, analizará la concurrencia de los requisitos que resultan indispensables para haya lugar a dicha declaración.

De esta forma, procede el Tribunal a analizar la viabilidad de la segunda pretensión principal, advirtiendo que la misma será concedida a la parte Convocante, debido a que a lo largo del proceso se demostró con suficiencia el incumplimiento de las obligaciones contractuales por parte de la Convocada, sin que se haya demostrado que mediara causa justificativa de ese incumplimiento, o que evidenciara su ausencia de responsabilidad.

En relación con la responsabilidad civil contractual y sus elementos, con apoyo en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia, se han realizado en materia arbitral las siguientes consideraciones:

En tratándose, según lo dicho, de un caso de responsabilidad contractual, no existe discusión en cuanto a los elementos que la conforman, pues unánimemente se admite que se requiere del incumplimiento de una obligación asumida por el deudor, que dicho incumplimiento le sea imputable a este, es decir, que se haya originado en su culpa o en su dolo y que tal incumplimiento le haya generado un daño al acreedor. A estos ingredientes debe agregarse el de la mora del deudor, si la obligación incumplida es positiva, tal como lo disponen los artículos 1608 y 1615 del Código Civil.

En consecuencia, para obtener la indemnización perseguida, es menester que el acreedor pruebe la existencia del contrato y de la obligación a cargo del demandado; que demuestre igualmente su incumplimiento, si esto es posible, o en caso contrario, vale decir, si se trata de una negación indefinida, que simplemente lo alegue y que acredite que se le causó un perjuicio cierto, directo y, en principio, previsible y allegue las pruebas para cuantificarlo. Así lo ha reconocido la jurisprudencia de la corte, según la cual, “para la prosperidad de súplicas de este linaje, se requiere que aparezca:

- a) El contrato, como fuente de obligaciones que afirma haberse incumplido;*
- b) La mora del demandado;*
- c) El incumplimiento de tales obligaciones, y*
- d) El daño sufrido como consecuencia de ese incumplimiento”⁶³.*

En el caso concreto, el Tribunal observa que no existe debate alguno sobre la existencia de un contrato válidamente celebrado por las partes, del que emanan las obligaciones que se alegan como desconocidas por la convocada, derivadas del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de 17 de enero de 2011.

⁶³ Tribunal de Arbitramento, Laudo arbitral LEASING MUNDIAL S.A. vs FIDUCIARIA FES S.A., 26 de agosto de 1997. Árbitros: Jorge Suescún Melo, Presidente, Jorge Cubides Camacho y Antonio Aljure Salame.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

En relación con el segundo de los requisitos para que se abra paso la pretensión indemnizatoria, esto es, la mora del contratante respecto de la presunta obligación incumplida, con fundamento en la cual se pretende la indemnización por los perjuicios derivados de tal incumplimiento, este Tribunal coincide en este punto con la interpretación que se dio en el Laudo de 14 de junio de 2016 que examinó dicho incumplimiento fundado en hechos cometidos por SPN, como fueron el haber retirado la dirección de TRANEXCO-COURRIERBOX de Miami de la página Web del Casillero Virtual 4-72, a fin de impedir que a los afiliados al casillero internacional les enviaran documentos y paquetes a través de la Convocante, y el haber hecho cambios para que TRANEXCO no pudiera recibir el pago de esos servicios por medio de tarjetas de crédito, sino que fuera un tercero quien lo hiciera. Los hechos anteriores, más que incumplimientos del contrato, constituyen una violación a la prohibición que entraña la obligación negativa de no cometer actos de competencia ilegal que afectan la concurrencia de la convocante al mercado. Por ser la infracción de una obligación negativa, por la sola comisión del hecho vedado, el obligado se encuentra en mora, de acuerdo con el artículo 1615: *Se debe la indemnización de perjuicios desde que el deudor se ha constituido en mora, o, si la obligación es de no hacer, desde el momento de la contravención.* De otra parte, el Tribunal también coincide en que la transgresión de las obligaciones por parte de la Convocada significó una decisión de no ejecutar el contrato de manera definitiva, y cuando esto acontece tanto la jurisprudencia como la doctrina sostienen, con razón, que no puede exigirse el requerimiento para la constitución en mora.

Además, como si lo anterior fuera poco, el laudo arbitral del 14 de junio de 2016 acogió la pretensión décima primera consecencial de TRANEXCO, consistente en ordenarle a la Convocada que cesara inmediatamente los actos de desviación de la clientela del Casillero Virtual hacia otros aliados diferentes, que no era cosa distinta que hacer todo lo necesario para que la Convocante pudiera continuar ejecutando el contrato. Esto significa, que esa obligación, derivada de un título judicial, obligaba a la demandada a su cumplimiento, sin necesidad de requerimiento alguno.

Agotado el análisis de los dos primeros requisitos de la responsabilidad contractual, el Tribunal concentra su estudio en el tercero de los elementos referidos, correspondiente al incumplimiento por parte de la convocada de las obligaciones emanadas del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de 17 de enero de 2011.

En relación con el concepto del término incumplimiento, la doctrina ha señalado que aquel “*supone la lesión o perturbación que se produce al derecho de crédito, originada por la ejecución inexacta de una prestación*”⁶⁴. Ahora bien, de acuerdo con la tesis que ha gozado de mayor acogida en el derecho colombiano, para que haya lugar a la declaración de incumplimiento no basta con la simple inejecución de las prestaciones en cabeza del deudor, sino que además debe analizarse si dicha situación le resulta imputable. A ese respecto, se ha señalado en sede arbitral lo siguiente:

“Ahora bien, el simple distanciamiento o inejecución de la obligación respecto de programa inicialmente convenido no es suficiente para que nazca la obligación indemnizatoria. En efecto, es necesario examinar el régimen al que se encontraba sometida la obligación para definir si se trata de un incumplimiento imputable al

⁶⁴ León Robayo, Édgar. *La configuración del incumplimiento contractual*. Revista Foro de Derecho Mercantil. Pág. 87 (2006)

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

deudor o no, pues únicamente aquél tiene como efecto la declaratoria de responsabilidad civil contractual del deudor incumplido.

Es pertinente, entonces, determinar la categoría a la que pertenezca la respectiva obligación, con el fin de precisar si la obligación se cumplió o no, y definir las cargas que a las partes corresponden en relación con la prueba de la culpa en el incumplimiento contractual, así como las posibilidades de defensa que tendría el deudor al que se le imputa la inejecución obligacional.

Partiendo de la distinción planteada por René Demogue, se ha señalado por la jurisprudencia que las obligaciones puede se pueden clasificar, según su objeto o contenido —entendido como el comportamiento debido para la satisfacción del acreedor y la liberación del deudor—, en obligaciones de medio y de resultado.”⁶⁵

Como se deriva de las anteriores citas doctrinales, en relación con el análisis que debe realizarse para establecer la desatención del contenido prestacional del acuerdo por parte de Servicios Postales Nacionales S.A., el primer paso corresponde a determinar las obligaciones que se encontraban a cargo de dicha sociedad, de conformidad con los términos pactados, y el tipo de compromiso adquirido por el deudor. A ese respecto, en la Cláusula Primera del Contrato, en la que se fija el objeto del mismo, se estableció el compromiso de las partes de “ofrecer, prestar y explotar conjuntamente el servicio de transporte internacional de documentos y mercancías.” Adicionalmente, en la Cláusula Tercera del Contrato se regulan de manera concreta las obligaciones a cargo de Servicios Postales Nacionales S.A. Sin perjuicio de que las obligaciones expresamente consagradas por las partes, contenidas en las cláusulas mencionadas, constituyen lo que se ha denominado como el débito principal, no es menos cierto que por virtud de la ley las partes están llamados a ejecutar de buena fe los contratos, situación que da lugar al nacimiento de una serie de deberes colaterales o secundarios de conducta.

Fue precisamente el incumplimiento de estos deberes emanados de la buena fe por parte de Servicios Postales Nacionales S.A. el que fue censurado en el Laudo de 2016 y sobre el que vuelve ahora la convocante en la demanda que dio origen al presente trámite arbitral. Así se deduce de lo señalado en el hecho 4.14. de la demanda presentada por TRANEXCO, en el que se señala:

“A la fecha de presentación de la presente demanda SERVICIOS POSTALES NACIONALES no le ha dado continuidad al contrato, es decir que sigue incumpliendo con sus obligaciones, específicamente con la decisión contenida en el resuelve décimo segundo del Laudo que ordena a SERVICIOS POSTALES NACIONALES que ‘cese inmediatamente las acciones tendientes a desviar la clientela del Casillero Virtual hacia otros aliados diferentes a TRANEXCO S.A.’”⁶⁶

En la parte pertinente del Laudo de 2016, en la que dicho panel arbitral se refirió a la desviación de la clientela y ordenó cesar las acciones relacionadas con esa conducta, declarando la prosperidad de la pretensión décima primera consecuencial -como se comentó al referirnos a la mora, como uno de los requisitos de la responsabilidad contractual-, se expresó lo que sigue:

⁶⁵ Tribunal de Arbitramento, Laudo arbitral A.S. Ingeniería Puntal S.A.S. vs Perenco Oil and Gas Colombia Limited, 8 de febrero de 2016. Árbitros: Carmenza Mejía Martínez, Presidente, Arturo Solarte Rodríguez y Andrew Abela Maldonado.

⁶⁶ Demanda Arbitral de Tranexco S.A. Cuaderno Principal 1. Folio 6

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

“Frente al corte de cuentas parcial que se decretó y a la declaratoria de vigencia del Contrato hasta el 17 de enero de 2017, puesto que no se ha terminado el vínculo contractual entre la actora y la demandada por no haber sido pedido por ninguna de las partes, es claro que, en vigor el acuerdo de voluntades, la convocada debe observar frente a su cocontratante la conducta propia de una contraparte leal y colaborativa, exenta de prácticas que puedan considerarse competencia desleal, obligación ésta que hace parte de la ejecución de buena fe del contrato, en los términos del artículo 871 del Código de Comercio.”⁶⁷

Identificada la obligación por cuyo incumplimiento se pretende la declaratoria de responsabilidad en cabeza de Servicios Postales Nacionales, el Tribunal encuentra importante mencionar en relación con la conducta de la convocada durante la vigencia del vínculo obligatoria, que si bien quedó probado a lo largo del proceso que las partes realizaron una serie de reuniones y actividades encaminadas a reanudar el cumplimiento del contrato, tal y como se ordenó en el Laudo del 14 de junio de 2016, estas circunstancias no justifican por sí mismas el que no se haya podido continuar con el cumplimiento del mismo. Lo anterior, debido a que, en razón del incumplimiento inicial de Servicios Postales Nacionales, debidamente probado en el proceso arbitral que culminó con el Laudo del 14 de junio de 2016, se generaron las dificultades tecnológicas, comerciales y jurídicas que hicieron muy difícil que se pudiera continuar con la ejecución del contrato. Así las cosas, no pueden ser de recibo las justificaciones que alega la Convocada, apoyadas por el Ministerio Público, en el sentido de afirmar que si bien se presentó un incumplimiento, el mismo no es imputable a Servicios Nacionales Postales.

Por el contrario, este Tribunal observa que el incumplimiento inicial, imputable a la Convocada, fue determinante en la generación de los obstáculos para el cumplimiento del contrato con posterioridad al Laudo del 14 de junio de 2016. En consecuencia, el no cumplimiento del contrato se debe a la conducta que impidió la ejecución del contrato de Servicios Postales Nacionales, y en este sentido sí le es imputable a la misma. Es claro que de no haberse interrumpido indebidamente el cumplimiento el contrato, como lo hizo la Convocada, no se hubieran originado las dificultades que ahora la misma alega como justificaciones de su incumplimiento.

Vale la pena recordar que mediante Laudo del 14 de junio de 2016, el Tribunal verificó el incumplimiento del contrato por parte de la Convocada, en los siguientes términos:

“El tribunal ya encontró que la convocada incumplió gravemente sus obligaciones cuando excluyó a Tranexco del Minisite del Casillero Virtual en agosto de 2013 y cuando procuró desviar los clientes del Casillero Virtual, tanto los ya existentes como los nuevos, hacia su nuevo aliado Transexpress.

En efecto, está probado en el expediente que por la conducta de Servicios Postales las entregas de paquetes cayeron sustancialmente a partir de agosto de 2013 y nunca se recuperaron hasta que en enero de 2014 cesaron las actividades de la actora en el Casillero Virtual a pesar de estar vigente el Contrato. (...)

En efecto, está demostrado el incumplimiento del Contrato por parte de Servicios Postales Nacionales, del cual se derivó la imposibilidad para Tranexco de percibir los ingresos pactados, perjuicio que equivale al daño causado, quedando en tales términos configurada la responsabilidad contractual de la demandada.”⁶⁸

⁶⁷ Laudo Arbitral de 14 de junio de 2016. Folio 148 del Cuaderno de Pruebas 1.
⁶⁸ Laudo Arbitral de 14 de junio de 2016. Folios 138 y ss Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Así las cosas, no cabe duda sobre la responsabilidad de Servicios Postales Nacionales en la interrupción indebida de la ejecución del contrato, lo que finalmente produjo el incumplimiento grave del mismo. Por otro lado, como consecuencia de dicho incumplimiento se suscitaron las dificultades de índole tecnológico, comercial y jurídico que dificultaron notablemente el cumplimiento del contrato con posterioridad al Laudo del 14 de junio de 2016. En este punto, resulta ilustrativo el testimonio del señor JAVIER BONILLA MERCADO, recibido en audiencia de 11 de septiembre de 2017:

“DR. TORRENTE: Le planteo la pregunta de otra forma. Qué impedía que se pudiera continuar el contrato en la misma forma como se venía ejecutando?”

SR. BONILLA: Si el contrato nunca se hubiese roto, seguiría normal, porque ya veníamos operando, si nunca se hubiese interrumpido. El actual contrato para arrancar impedía más temas técnicos, otra vez lo aclaro, el mayor impedimento más que operativo, eran temas de cómo se comunicaban los software, el mayor impedimento es tecnológico, de operación era cumplir con unos requisitos que la empresa debería estar cumpliendo, como lo dije al principio.”⁶⁹ (Subrayado fuera de texto original)

Finalmente, en lo que atañe al último de los requisitos mencionados para que se configure la responsabilidad contractual, esto es, la existencia de un daño que se haya producido como consecuencia del incumplimiento analizado, este Panel Arbitral encuentra que el mismo está acreditado. En efecto, como se analizará con profundidad al resolver la Pretensión Segunda Consecuencial de la Demanda, se encuentra debidamente comprobado el detrimento patrimonial sufrido por la Convocante en razón de la inejecución de las obligaciones a su cargo por parte de Servicios Postales Nacionales S.A., que se ve materializado en la imposibilidad de recibir los réditos que le hubiesen correspondido en caso la Convocada se hubiera allanado a cumplir con sus obligaciones en la forma prevista en el contrato y conforme le fue ordenado en el laudo de 2016. Cabe, igualmente anotar, como se hizo en detalle en capítulo anterior del Laudo, que la actitud contractual de la Convocada con posterioridad a 30 de junio de 2016, tendiente a la reanudación del Contrato, no fue pronta ni diligente, sino, por el contrario ostensiblemente demorada y con palpable desinterés, con lo cual resulta patente su incumplimiento. Lo anterior, aunado al hecho que desde agosto de 2014 hasta junio de 2016, el Contrato no pudo ser materialmente ejecutado por la Convocante, por causa enteramente imputable a la Convocada, ya que se cursó el proceso arbitral que terminó con la expedición del laudo de junio de 2016 y, porque durante ese período, la Convocada no permitió a la Convocante el acceso al casillero virtual, y mantuvo su relación contractual paralela con Transexpress para que continuara explotando los clientes afiliados por parte de la Convocante.

Las otras excepciones de mérito que propone la Convocada frente a la pretensión que se examina, son la inexistencia de culpa imputable a ella que hubiera conllevado el incumplimiento que se le imputa entre la ejecutoria del laudo y la terminación de la prórroga. Para el Tribunal las pruebas recaudadas arrojan la evidencia incontrastable de que Servicios Postales Nacionales nunca acometió las tareas indispensables para que no se continuara desviando la clientela de TRANEXCO al nuevo aliado, como se ordenó el laudo anterior, para que ella pudiera efectivamente retomar la ejecución del contrato. Lo

⁶⁹ Testimonio de Javier Bonilla Mercado. Folio 147 del Cuaderno de Pruebas 4.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

que suponía el restablecimiento de su nombre en la ventanilla virtual, que se consignara la dirección de su bodega en Miami para que pudiera recibir paquetes y documentos, y que se lo habilitara para poder recibir los pagos de las tarjetas de crédito de parte de sus afiliados.

Tampoco puede prosperar la excepción de inexistencia de controversia a la luz de la cláusula compromisoria pactada, que parte del supuesto de que el incumplimiento que pretende se declare frente a la Convocada, se refiere a hechos posteriores a la liquidación del Contrato de Colaboración Empresarial, la cual, según el parecer de la Convocada, habría comportado la terminación del contrato. Sin embargo, tal planteamiento desconoce que la liquidación que se ordenó en el laudo anterior, tan sólo fue parcial, a fin de hacer un reconocimiento de perjuicios y compensaciones al momento de proferirse el laudo, sin que en manera alguna hubiera comportado la terminación del contrato, pues, por el contrario, en el mismo laudo se declaró que se había dado su prórroga automática.

En conclusión, resulta claro para este Tribunal que el incumplimiento en la ejecución de las obligaciones del contrato es imputable a la Convocada y, en tal sentido, la pretensión segunda principal está llamada a prosperar.

Corresponde ahora al Tribunal abordar el estudio de la pretensión tercera principal de la demanda arbitral, que consiste en lo siguiente:

“TERCERA PRINCIPAL: Que se decrete la terminación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011.”⁷⁰

Entiende el Tribunal que la pretensión de la Convocante se dirige a que se determine en sede judicial el momento de terminación del contrato y que, en consecuencia, se decrete su terminación con la expedición del presente Laudo. Para realizar este análisis este panel arbitral encuentra procedente volver sobre lo expuesto en su momento en relación con la vigencia del contrato, de conformidad con lo establecido en el Laudo que dirimió las controversias entre TRANEXCO S.A. y SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., proferido el 14 de junio de 2016 por el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Guillermo Gamba Posada, Édgar Alfredo Garzón Saboyá y Antonio José Núñez Trujillo. Como se señalara con anterioridad sobre esa base, se determinó con efecto de cosa juzgada que el contrato fue prorrogado hasta el 17 de enero de 2017. Encuentra así el Tribunal que la pretensión tercera principal está llamada a prosperar, debido a que ya venció el término por el que se prorrogó el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de 17 de enero de 2011.

En cuanto a los efectos que el plazo extintivo produce sobre el vínculo obligatorio es necesario poner de presente la doctrina de la Corte Suprema de Justicia, que al respecto ha señalado: “[a]l expirar el plazo, termina el contrato en cumplimiento del pacto, y extinguido, no puede haber terminación unilateral o por consenso, ni abuso del derecho (cas. civ. sentencia de 31 de octubre de 1995, CCXXXVII, 1269). Por supuesto, salvo precepto

⁷⁰ Folio 8. Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

*legal o contractual, la expiración del plazo termina ipso facto el contrato, hace incompatible el acuerdo extintivo (mutuo disenso) y la terminación unilateral, por cuanto el acto concluye en la fecha pactada a consecuencia del término, y extinguido, nada hay por terminar, pues ya no existe*⁷¹.

Como se deriva de esta doctrina, con el advenimiento del hito temporal fijado por los contratantes para el vencimiento del contrato, se extingue el vínculo obligatorio que ata a las partes, quedando aquellas liberadas de las obligaciones y deberes derivados del acuerdo de voluntades que ha fenecido por el acaecimiento del plazo extintivo.

En relación con lo anterior, es preciso advertir, con el fin de ratificar que la vigencia del contrato terminó, que el contrato no fue prorrogado más allá del periodo que finalizaba el 17 de enero de 2017. A ese respecto, obra en el expediente una comunicación del 30 de septiembre de 2016 de Servicios Postales Nacionales, dirigida a la Convocante, por medio de la cual la primera acatando lo establecido en el contrato sobre su vigencia y procedimiento para la renovación, le informó a TRANEXCO S.A., su intención de no prorrogar el contrato y que, en virtud de la cláusula quinta del mismo, éste terminaría el 17 de enero de 2017.

No cabe duda alguna, entonces, que el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de 17 de enero de 2011, al no haber sido prorrogado, se extinguió el 17 de enero de 2017, fecha en la cual venció el plazo establecido por las partes, de acuerdo con la vigencia que se determinó en el laudo arbitral proferido el 14 de junio de 2016 por el Tribunal de Arbitramento conformado por los doctores Guillermo Gamba Posada, Édgar Alfredo Garzón Saboyá y Antonio José Núñez Trujillo.

Así las cosas, en mérito de lo expuesto este Tribunal declara que el contrato terminó por expiración del plazo el 17 de enero de 2017 y, en ese sentido, despacha favorablemente la Pretensión Tercera Principal de la parte convocante.

Por consiguiente, se desestima la excepción de cosa juzgada propuesta por Servicios Postales Nacionales frente a esta tercera pretensión principal, bajo el equivocado entendimiento de que, por haberse ordenado la liquidación del contrato, ésta implicaba su terminación, y quedaba cerrada la posibilidad de que pudiera volverse a plantear la controversia en torno al incumplimiento. No; por el contrario, en el laudo anterior se dejó claro que la liquidación parcial del contrato no afectaba de modo alguno la vigencia del contrato, que, además, había sido objeto de prórroga. Sería un contrasentido que en el laudo se hubiera declarado la prórroga del contrato, y, al mismo tiempo, se hubiera dispuesto su terminación. Si eso hubiera sido así, el anterior Tribunal no le habría impuesto a la Convocada la obligación de cesar la desviación de la clientela, para que la Convocante pudiera continuar ejecutándolo.

⁷¹ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia de 30 de agosto de 2011, expediente 01957. M.P. William Namén Vargas.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

D. PRETENSIONES CONSECUCIONALES DE LA DEMANDA ARBITRAL

Una vez analizadas y decididas, como lo han sido favorablemente en este Laudo, las pretensiones declarativas principales de la demanda arbitral (“la Demanda”), debe abocar el Tribunal a continuación las denominadas “Pretensiones Consecuenciales de las Pretensiones Anteriores”, cuyo contenido y alcance se predicen y resultan derivados de aquellas principales de declaración.

Sobre el particular y en el mismo orden propuesto en la demanda arbitral, se solicita como primera pretensión consecucional, la siguiente:

*“PRIMERA: Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se decrete la liquidación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011”.*⁷²

Como puede verse, la demanda busca que se decrete la liquidación del Contrato (es decir la del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 entre las Partes), en la medida en que al considerar que el mismo tuvo vigencia hasta 17 de enero de 2017, no ha sido liquidado formalmente ya que en su oportunidad no fue decretada su terminación. Lo anterior, ante el hecho de su vigencia prorrogada por el período comprendido entre enero 17 de 2014 hasta esa misma fecha de 2017.

Para el efecto y como síntesis de su posición, la Convocante manifestó lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

*“En las páginas 106 a 119 del Laudo, el Tribunal de manera clara y precisa aclaró porqué el Contrato no se liquidó y para evitar cualquier interpretación me limito a transcribir los apartes textuales del Laudo Anterior así”.*⁷³

“3.4.3. La tercera pretensión principal de la demanda.

La tercera pretensión principal consiste en que el tribunal “decrete la liquidación judicial del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011”.

⁷² Demanda Arbitral. Folio 008 Cuaderno Principal I.

⁷³ A continuación, algunas serán notas de pie de página de estos alegatos y otras notas de pie de página del Laudo anterior. Las notas de del Laudo comenzarán con esa aclaración, las demás no.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

Para decidir esta pretensión debe tenerse en cuenta que el tribunal ya declaró la prosperidad de la primera pretensión principal de la demanda principal en el sentido de que el Contrato se encuentra vigente hasta el 17 de enero de 2017, entendida e interpretada esta pretensión⁷⁴ en armonía con lo expresado en los hechos 4.61 y 4.67 de la demanda.⁷⁵

También ha de considerarse que ninguna de las partes solicitó la terminación del Contrato, condición previa para su liquidación. Incluso en el numeral 4.67 de los hechos de la demanda principal Tranexco sostiene que éste se encuentra vigente y que tiene derecho a "continuar ejecutando el referido Contrato por un término igual al inicialmente pactada esto es por tres (3) años adicionales, así como también tiene pleno derecho de recibir las respectivas ganancias por la ejecución del Contrato durante el período prorrogado."

Puede apreciarse de lo que se acaba de reproducir, una contradicción entre la consideración jurídica que la convocante expresa como hecho 4.67 y la pretensión objeto de estudio ya que en la primera se reafirma la vigencia del Contrato en tanto que la segunda pretende que éste se liquide no obstante haberse reclamado que el acuerdo de voluntades no ha concluido.

La misma contradicción se manifiesta entre las pretensiones primera y tercera principales cuando simultáneamente se pide la declaratoria de vigencia del acuerdo de colaboración hasta el año 2017 y la liquidación del acto jurídico que aún no ha perdido su vigencia.

Tal conflicto inicialmente debe resolverse a favor de la pretensión primera principal pues ella fue es (sic) la que primero aparece formulada en la demanda principal y la que en primer lugar desató el tribunal.

Por lo anterior, en la medida en que se decretara la terminación del acuerdo de voluntades, además de decidirse un asunto que claramente no ha sido pedido, surgiría una contradicción entre tal determinación y la declaración ya formulada sobre la vigencia del contrato.

De ahí que solo pueda satisfacerse en parte lo que le pide la actora, haciendo un corte de cuentas o liquidación parcial de las prestaciones debidas hasta la fecha del laudo, pues, se repite, la liquidación definitiva presupone la extinción del vínculo contractual. En el presente caso, lo pedido por la convocante es, por el contrario, que se declare la vigencia del acuerdo de colaboración por haberse

⁷⁴ Nota del Laudo: La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el juez está en el deber de interpretar "las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución (artículos 113, 116 y 228) y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.P.), como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.).

Y ha manifestado que "tal poder judicial le permite al juez desentrañar la intención del demandante cuando la falta de técnica jurídica de la demanda dificulta la comprensión de alguno de los presupuestos que orientarán su labor en el proceso. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio. (Consejo de Estado, sentencia del 20 de enero 2006, Consejera Ponente. María Nohemí Hernández Pinzon.

⁷⁵ En el hecho 4.61 mencionado, la convocante sostiene que el Contrato fue válidamente prorrogado hasta el 16 de enero de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

ella prorrogado automáticamente al no haber dado Servicios Postales en debida forma el aviso de terminación, tal como se demostró. Negrillas fuera del texto

Resalta el tribunal que el acto de liquidación del contrato estatal se concibió, desde la ley 80 de 1993, como un procedimiento a través del cual, “una vez concluido el contrato las partes verifican en qué medida y de qué manera cumplieron las obligaciones recíprocas de él derivadas (...).”⁷⁶ (subrayado fuera de texto).

Este es, también de tiempo atrás, el entendimiento del Consejo de Estado, el cual, en múltiples pronunciamientos, se ha referido al tema, entre ellos la sentencia de 29 de julio de 1996⁷⁷ en la que se dijo que “la liquidación del contrato implica un ajuste de cuentas definitivo” y que en dicho trámite “se fija lo que a la terminación del contrato la entidad queda debiendo al contratista o lo que este le quedó debiendo por causa de las obligaciones cumplidas del contrato (...) (subrayado fuera de texto).

Ha dicho también el Consejo de Estado:

“La liquidación del contrato es “un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier otra causa, o mejor, determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el resultado de su ejecución.”

“La liquidación supone, en el escenario normal y usual, que el contrato se ejecuta y a continuación las partes valoran su resultado, teniendo como epicentro del análisis el cumplimiento o incumplimiento de los derechos y las obligaciones que surgieron del negocio jurídico, pero también -en ocasiones- la ocurrencia de hechos o circunstancias ajenos a las partes, que afectan la ejecución normal del mismo, para determinar el estado en que quedan frente a éste.”⁷⁸ (subrayado fuera de texto).

En síntesis, para efectos de efectuar el corte parcial de cuentas del Contrato, sin afectar su vigencia, el tribunal tendrá en cuenta las pretensiones y excepciones que prosperaron tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvencción, hasta la fecha del laudo y efectuará la compensación a que haya lugar al desatar la excepción que en tal sentido propuso la demandante frente a la demanda de reconvencción.

En los términos anteriores, prospera parcialmente la pretensión de liquidación del contrato.”

⁷⁶ Ministerio de Obras Públicas y Transporte. Exposición de Motivos al Proyecto de Ley por el cual se expide el estatuto general de contratación de la administración pública, Gaceta del Congreso, 23 de septiembre de 1992, p.21

⁷⁷ Consejo de Estado Sentencia 9447 de 29 de julio de 1996, MP. DR. CARLOS BETANCUR JARAMILLO.

⁷⁸ CONSEJO DE ESTADO, Consejero ponente: ENRIQUE GIL BOTERO, veinte (20) de octubre de 2014.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

De lo anterior, resulta absolutamente claro, que el Contrato de marras no está liquidado, porque como lo señaló el Laudo:

- *Ninguna de las partes solicitó la terminación del contrato;*
- *Porque hubo una contradicción entre lo pedido por la Convocante y el conflicto entre las dos pretensiones claramente se resolvió a favor de la primera pretensión; y*
- *Por que como consecuencia de lo anterior lo que se hizo fue “un corte de cuentas o liquidación parcial” y jamás una liquidación definitiva, porque la misma supondría “la extinción del vínculo contractual” lo que en este caso jamás sucedió, pues como se vio anteriormente pero se repite, en el numeral quinto del acta No. 34 el Tribunal concluyó: “Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”. (el resaltado y la negrilla es nuestro).*

*Nuevamente estamos frente a una determinación expresa y absolutamente clara del Laudo, que SPN nunca quiso ni leer ni admitir, pero que en realidad de verdad no admite discusión”.*⁷⁹

Por su parte y en materia de esta primera pretensión consecuencial, la Convocada se opuso a su prosperidad al contestar la demanda arbitral⁸⁰, e interpuso varias excepciones aun cuando no hay claridad sobre su aplicabilidad concreta a cada pretensión de la demanda, ya que fueron interpuestas de manera genérica. De esa manera, corresponde al Tribunal interpretar su alcance y potencial aplicabilidad.

En concreto, la Convocada interpuso la excepción de cosa juzgada, y la que denominó “Inexistencia de Controversia que Autorice la Aplicación de la Cláusula Compromisoria”, ya que estima que las pretensiones expuestas en la Demanda fueron ya resueltas y decididas en el proceso arbitral tramitado con anterioridad por las mismas partes y por los mismos hechos, es decir aquel desatado en el Laudo Arbitral de fecha 14 de Junio de 2016, complementado por providencia de 30 de junio de ese mismo año, cuyos árbitros fueron los doctores Guillermo Gamba Posada, Presidente, Edgar Garzón Saboya y Antonio José Núñez Trujillo, “el Laudo de 2016”.

Para el efecto considera⁸¹, después de citar y parafrasear los acápites respectivos del Laudo de 2016 que: “Es *improcedente reabrir en este proceso lo ya decidido en proceso arbitral tramitado entre las mismas partes y por*

⁷⁹ Alegatos de conclusión Tranexco S.A. Folios 183 a 184 anverso. Cuaderno Principal 2.

⁸⁰ Ver contestación de la demanda que obra a folios 262 a 275 del Cuaderno Principal 1.

⁸¹ Ver contestación de la demanda que obra a folios 262 a 275 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

los mismos hechos”, y que “No es permitido invocar la “continuación” de un contrato cuando el mismo ha sido terminado con anterioridad, cuya liquidación fue ordenada”.

Por su parte, al alegar manifestó de manera genérica y con amplia sustentación de jurisprudencia y doctrina, el alcance de la excepción de cosa juzgada y que por su extensión el Tribunal no cita de manera completa, para entender, en su opinión, que como las partes son las mismas, hay causa petendi similar y las pretensiones son similares, el tema ya fue decidido en 2016. Sin perjuicio de lo anterior, es pertinente resaltar textualmente lo manifestado por la Convocada en su alegato de conclusión⁸²

“Conforme a lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento anterior, la declaratoria de incumplimiento como consecuencia de la condición resolutoria tácita conllevó a LIQUIDAR PARCIALMENTE EL CONTRATO, quedando en mi sentir únicamente abierta la posibilidad de la LIQUIDACION DEFINITIVA que de conformidad con lo acordado por las partes en la cláusula DECIMA TERCERA, ha debido realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del plazo del contrato y de la misma levantar un acta suscrita por los representantes legales de las partes; trámite en el cual se realizan los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las diferencias presentadas y así declararse a Paz y Salvo, así como también se puedan presentar controversias, las cuales en ejercicio de la cláusula compromisoria puedan ser objeto de Tribunal de Arbitramento, pero nunca, como ha ocurrido, decisión unilateral de someter no una controversia sino una creencia equivocada de incumplimiento”

De otra parte, la señora agente del Ministerio Público manifestó al alegar, lo siguiente:

“En relación con las excepciones propuestas para esta agencia del Ministerio Público está llamada a prosperar la excepción de Cosa juzgada teniendo en cuenta las siguientes consideraciones:

COSA JUZGADA

Es de precisar que en este caso, las mismas partes con antelación se sometieron a un trámite arbitral, en el cual debatieron ciertas disposiciones del mencionado Contrato de Colaboración Empresarial 051 de 2011, proceso que fue resuelto mediante laudo arbitral proferido el 14 de junio de 2016 y complementado el 30 de junio del mismo año.

De conformidad con lo anterior señalado, se evidencia que tanto en la demanda principal, como en la demanda de reconvenión, las partes hacen alusión a pretensiones que ya fueron objeto de debate y consecuencial resolución por el trámite arbitral previamente celebrado, específicamente en el numeral quinto del Laudo del 14 de junio de 2016, el cual ordenó:

⁸² Ver folio 244 Cuaderno Principal 2.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

“Quinto: Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por SERVICIOS POSTALES NACIONALES, y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”⁸³

Dicha declaración se hizo frente a las siguientes pretensiones:

Pretensión Principal Primera de la demanda principal fue propuesta por TRANEXCO S.A:

“PRIMERA PRINCIPAL: Que se declare que SERVICIOS POSTALES NACIONALES tenía la obligación de continuar ejecutando el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito el 17 de enero de 2011 con TRANEXCO, y prorrogado hasta el 17 de enero de 2017”⁸⁴

Pretensión Primera de la demanda de reconvencción presentada por SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. en la que se solicita al Tribunal arbitral:

“PRIMERA: Se declare que el Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. Y TRANEXCO, el día 17 de enero de 2011 y sus otro-si tuvo vigencia hasta el 30 de junio de 2016, fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento tramitado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, profirió LAUDO ARBITRAL instaurado el día 20 de junio de 2014 por TRANEXCO S.A. en contra de SERVICIOS POSTALES NACIONALES”⁸⁵

Se evidencia así entonces que ya fueron objeto de decisión por parte de la justicia arbitral como se indicó anteriormente.

En lo que respecta al fenómeno jurídico de la cosa juzgada, tema sobre cual el Consejo de Estado ha establecido los siguientes criterios:

“La cosa juzgada opera cuando la jurisdicción ya ha tenido la oportunidad de pronunciarse sobre una misma causa petendi mediante sentencia de fondo debidamente ejecutoriada, circunstancia que enerva la posibilidad de realizar hacia el futuro otro pronunciamiento sobre el mismo asunto.

⁸³ Tribunal de Arbitramento, Laudo arbitral TRANEXCO vs SERVICIOS POSTALES NACIONALES, 14 de junio de 2016, Bogotá. Cuaderno de Pruebas Numero 1, página 173, folio 222

⁸⁴ TRANEXCO S.A., Demanda Arbitral del 16 de diciembre de 2016, Cuaderno Principal Numero 1, Archivo 01-ágina 8

⁸⁵ SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., Demanda de Reconvencción del 21 de abril de 2017, Cuaderno Principal Numero 1, Archivo 28-página 100-101, folios 276-277.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

*El concepto de cosa juzgada hace referencia al carácter imperativo e inmutable de las decisiones que han adquirido firmeza, lo cual implica de suyo la imposibilidad de volver sobre asuntos ya juzgados, para introducir en ellos variaciones o modificaciones mediante la adopción de una nueva providencia. Resulta factible predicar la existencia del fenómeno de la cosa juzgada, cuando llega al conocimiento de la jurisdicción un nuevo proceso con identidad jurídica de partes, causa y objeto.*⁸⁶

Según lo expuesto con antelación, los requisitos a cumplir para la configuración de cosa juzgada, serían: identidad de partes, de causa, y objeto.

En cuanto al caso en concreto:

- *La identidad de las partes, en este nuevo proceso arbitral concurren nuevamente las partes que fueron vinculadas por el Laudo Arbitral citado, respecto a las específicas pretensiones que elevan y de las cuales se predica la cosa juzgada.*
- *La identidad de causa, la decisión que hizo tránsito a cosa juzgada está sustentada en las pretensiones arriba se transcritas:*
- *La identidad del objeto, se advierte que ambas demandas coinciden en las pretensiones respecto de las cuales se predica la institución jurídica de cosa juzgada.*

Por lo tanto, es preciso advertir que sobre lo solicitado en la pretensión principal primera de la demanda, presentado por la misma sociedad convocante y la pretensión primera de la demanda de reconvencción ya fueron decididas previamente en un proceso arbitral anterior.

En efecto, frente al Laudo arbitral de fecha del 14 de junio de 2016 y su complementación del 30 de junio de 2016, esta Agencia del Ministerio Público, al comparar las mencionadas pretensiones que fueron objeto de estudio en ese tribunal arbitral con las que son objeto del presente, encontró que está llamada a prosperar la excepción de cosa juzgada, respecto de las que a continuación se relacionan, teniendo en cuenta que las mismas ya fueron objeto de decisión por parte de la justicia arbitral, en el laudo mencionado:

- *Pretensión principal primera de la demanda.*
- *Pretensión primera de la demanda de reconvencción.*⁸⁷

Como puede notarse, para la Convocante la decisión judicial sobre si se decretó la liquidación del Contrato no culminó con la expedición del Laudo de 2016, ya que, en su opinión, el Laudo de 2016 no la efectuó más allá de la pretensión original de la demanda arbitral cursada en el mismo, por cuanto

⁸⁶ Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, Sección Primera, Sentencia 08001-23-31-000-2005-02454-02 del 02 de junio de 2016. CP: Roberto Augusto Serrato Valdiés.

⁸⁷ Concepto del Ministerio Público. Folios 277 a 280 del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

lo ordenado fue una liquidación parcial, un corte de cuentas a corte agosto de 2014; en conclusión, opina que la liquidación definitiva aún no ha ocurrido.

Por su parte, para la Convocada tal liquidación definitiva si ocurrió con ocasión de la expedición del Laudo de 2016, y, en consecuencia, no es procedente en esta oportunidad dada la aplicabilidad de la cosa juzgada. Sobre la posición del Ministerio Público, el Laudo la reseñará más adelante.

En este sentido y antes de iniciar el estudio del caso en concreto, el Tribunal considera oportuno señalar que la liquidación de un contrato estatal, aún de uno regido por el derecho privado resultante de las actividades comerciales de una empresa industrial y comercial del Estado como las consignadas en el Contrato, surge como una consecuencia natural de la terminación de las prestaciones de tracto sucesivo que se derivan del mismo.

En ese sentido, es unánime la posición tanto de la jurisprudencia como de la doctrina nacional, en el sentido que la liquidación de un contrato supone un ajuste de cuentas definitivo sobre las obligaciones y cargas económicas que del él se derivan. En últimas, supone finiquitar la ejecución contractual y establecer el resultado final del decurso contractual.

En este sentido, el Consejo de Estado ha señalado que: *“La liquidación del contrato se ha definido, doctrinaria y jurisprudencialmente, como un corte de cuentas, es decir, la etapa final del negocio jurídico donde las partes hacen un balance económico, jurídico y técnico de lo ejecutado, y en virtud de ello el contratante y el contratista definen el estado en que queda el contrato después de su ejecución, o terminación por cualquier causa, o mejor determinan la situación en que las partes están dispuestas a recibir y asumir el estado de su ejecución”*.⁸⁸

A su vez, la doctrina nacional ha establecido, refiriéndose a una de las modalidades de la liquidación, la voluntaria o por mutuo acuerdo, siendo posible la unilateral o la judicial, que: *“La liquidación por mutuo acuerdo, en colaboración armónica para dejarse mutuamente a paz y salvo, permite a las partes contratantes ajustar las obligaciones pendientes de reconocimiento entre ellas, pues el acta contentiva del acuerdo es un vehículo apto para conciliar diferencias existentes, para transigirlas y evitar pleitos futuros, toda vez que, en este momento, la Entidad puede reconocer obras ejecutadas y no pagadas, hacer compensaciones por extra costos, hacer reconocimientos, con los cuales las partes ajusten y mantengan el equilibrio económico del contrato”*.⁸⁹

El proceso de liquidación está regulado por el artículo 60 de la ley 80 de 1.993, tal y como ha sido subrogado por la ley 1150 de 2007 y por el decreto 19 de 2012, en los que se establece su obligatoriedad y alcances. De esa manera, en el acta liquidatoria las partes acordarán los ajustes, revisiones y

⁸⁸ Sentencia de la Sección Tercera del Consejo de Estado, Expediente 21483 de 18 de julio de 2012, con ponencia del Dr. Enrique Gil Botero. Tesis ampliamente reiterada en innumerables sentencias adicionales como la de 3 de octubre de 2012 de esa misma sección tercera del Consejo de Estado, expediente No 2000-0041.

⁸⁹ Juan Angel Palacio H., “La Contratación de las Entidades Estatales”, Librería jurídica Sánchez R. Ltda, 7ª edición 2.014, págs. 547 y 548.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

reconocimientos pertinentes, así como acordaron las conciliaciones y transacciones a que hubiere lugar, en función de las circunstancias específicas de cada caso en concreto. Por su parte, el artículo 141 del Código Contencioso Administrativo, ley 1437 de 2.011, en materia de la acción contractual, regula la liquidación judicial como una posibilidad que puede ser ejercida por cualquier parte contratante ante una situación de terminación del contrato y siempre y cuando la liquidación no se hubiere realizado oportunamente.

Bajo este escenario, la liquidación es la consecuencia natural de la terminación de un contrato, cualquiera que fuese su causa, con el fin que las partes determinen el estado final de su ejecución y se establezcan las constancias y salvedades a que hubiere lugar. Supone, entonces, la determinación definitiva del estado de ejecución del contrato, de las cargas económicas pendientes y de alcance final del contenido de las obligaciones ejecutadas o por ejecutar, con el propósito de que las partes determinen su estado y fijen las pautas que permitan concluir con dicha ejecución contractual.

Analizando en concreto el caso materia de debate procesal, encuentra el Tribunal que al momento de decidir sobre la pretensión de liquidación del contrato, el Laudo de 2016 efectivamente no la decretó por considerar que era incompatible con una primera decisión que había determinado la vigencia prorrogada del Contrato hasta enero de 2017. Por ende, era imposible entender prorrogado y vigente el Contrato, y al mismo tiempo darlo por terminado para efectos de decretar su liquidación. En tal sentido, el Laudo de 2016 señaló lo siguiente:

“Para decidir esta pretensión debe tenerse en cuenta que el tribunal ya declaró la prosperidad de la primera pretensión principal de la demanda principal en el sentido de que el Contrato se encuentra vigente hasta el 17 de enero de 2017, entendida e interpretada esta pretensión”⁹⁰ en armonía con lo expresado en los hechos 4.61 y 4.67 de la demanda.⁹¹

También ha de considerarse que ninguna de las partes solicitó la terminación del Contrato, condición previa para su liquidación. Incluso en el numeral 4.67 de los hechos de la demanda principal Tranexco sostiene que éste se encuentra vigente y que tiene derecho a “continuar ejecutando el referido Contrato por un término

⁹⁰ Nota del Laudo: La jurisprudencia del Consejo de Estado ha establecido que el juez está en el deber de interpretar “las demandas que no ofrezcan la claridad suficiente para poner en marcha el proceso, lo cual es consecuente con el deber de administrar justicia consagrado en la Constitución (artículos 113, 116 y 228) y con el principio de prevalencia del derecho sustancial sobre lo meramente adjetivo (artículo 228 de la C.P.), como también es correlativo al derecho de los particulares de acceder a la administración de justicia (artículo 229 de la C.P.).

Y ha manifestado que “tal poder judicial le permite al juez desentrañar la intención del demandante cuando la falta de técnica jurídica de la demanda dificulta la comprensión de alguno de los presupuestos que orientarán su labor en el proceso. El límite a la interpretación de la demanda por parte del juez en estos eventos está marcado por la iniciativa del interesado, razón por la cual no puede tener por demandado lo que no surge del libelo introductorio. (Consejo de Estado, sentencia del 20 de enero 2006, Consejera Ponente. María Nohemí Hernández Pinzón.

⁹¹ En el hecho 4.61 mencionado, la convocante sostiene que el Contrato fue válidamente prorrogado hasta el 16 de enero de 2017.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

igual al inicialmente pactada esto es por tres (3) años adicionales, así como también tiene pleno derecho de recibir las respectivas ganancias por la ejecución del Contrato durante el período prorrogado.”

Puede apreciarse de lo que se acaba de reproducir, una contradicción entre la consideración jurídica que la convocante expresa como hecho 4.67 y la pretensión objeto de estudio ya que en la primera se reafirma la vigencia del Contrato en tanto que la segunda pretende que éste se liquide no obstante haberse reclamado que el acuerdo de voluntades no ha concluido.

La misma contradicción se manifiesta entre las pretensiones primera y tercera principales cuando simultáneamente se pide la declaratoria de vigencia del acuerdo de colaboración hasta el año 2017 y la liquidación del acto jurídico que aún no ha perdido su vigencia.

Tal conflicto inicialmente debe resolverse a favor de la pretensión primera principal pues ella fue es (sic) la que primero aparece formulada en la demanda principal y la que en primer lugar desató el tribunal.

Por lo anterior, en la medida en que se decretara la terminación del acuerdo de voluntades, además de decidirse un asunto que claramente no ha sido pedido, surgiría una contradicción entre tal determinación y la declaración ya formulada sobre la vigencia del contrato.

De ahí que solo pueda satisfacerse en parte lo que le pide la actora, haciendo un corte de cuentas o liquidación parcial de las prestaciones debidas hasta la fecha del laudo, pues, se repite, la liquidación definitiva presupone la extinción del vínculo contractual. En el presente caso, lo pedido por la convocante es, por el contrario, que se declare la vigencia del acuerdo de colaboración por haberse ella prorrogado automáticamente al no haber dado Servicios Postales en debida forma el aviso de terminación, tal como se demostró.

...

En síntesis, para efectos de efectuar el corte parcial de cuentas del Contrato, sin afectar su vigencia, el tribunal tendrá en cuenta las pretensiones y excepciones que prosperaron tanto de la demanda principal como de la demanda de reconvencción, hasta la fecha del laudo y efectuará la compensación a que haya lugar al desatar la excepción que en tal sentido propuso la demandante frente a la demanda de reconvencción.

En los términos anteriores, prospera parcialmente la pretensión de liquidación del contrato.⁹²

Así las cosas, el Laudo de 2016 no decretó la liquidación del Contrato, a pesar de haber sido pedida, ya que su decreto era incompatible con una primera decisión adoptada sobre la vigencia y continuidad contractual hasta enero de 2017. Se limitó, entonces, a efectuar un corte parcial de cuentas a agosto

⁹² Ver folios 130 y siguientes del Cuaderno de Pruebas I.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

de 2014, sin que se decretase, mucho menos se efectuase, la liquidación definitiva y total del mismo. Esta conclusión se desprende con la sola lectura del Laudo de 2016, en los términos anteriormente expuestos.

De esa manera, el Tribunal aboca a continuación el estudio sobre si es viable decretar ahora la liquidación del Contrato, y si es aplicable la excepción de cosa juzgada argüida por la Convocante (y que entiende el Tribunal puede a su vez haber alegado el Ministerio Público), a la luz de los hechos y argumentos que obran en este proceso arbitral.

En primer lugar, el Tribunal reitera que la liquidación de un contrato estatal es procedente, conceptualmente hablando, como un procedimiento subsecuente y connatural a su terminación, por cualquier causa, tal y como lo establece el artículo 60 de la ley 80 de 1993, subrogado por el 217 del decreto 19 de 2012, y el 141 del C.C.A., y se ha reiterado unánimemente por la jurisprudencia y doctrina.⁹³

En segundo lugar, como ya se anotó, el Laudo de 2016 no decretó la liquidación definitiva del Contrato, sino se limitó, como se desprende de su simple lectura, a efectuar un corte parcial de cuentas a agosto de 2014. Es claro que la pretensión que en su oportunidad se decidió no prosperó en su totalidad, sino tan solo parcialmente y en el sentido ya anotado.

En tercer lugar, y reiterando lo ya anotado en capítulo anterior del Laudo en materia de cosa juzgada, su viabilidad como excepción procesal requiere además de la identidad de partes y de causa, una identidad de objeto, de tal manera que la decisión adoptada en el proceso previo haya resuelto la materia debatida en un sentido definitivo y preciso similar o idéntico al que se persigue en el nuevo proceso.⁹⁴

Se ha argüido por la Convocada, la cosa juzgada como excepción a esta pretensión, al señalar que el Laudo de 2016 resolvió la materia, ya que en el proceso arbitral que lo originó, fueron las mismas partes quienes intervinieron, la pretensión fue la misma, y su causa *petendi* similar.

Si bien, la pretensión fue la misma, y las partes sin dudas lo son, lo cierto es que la decisión no tuvo el mismo objeto material decidido, por la simple razón que la pretensión no prosperó en su totalidad. Como ya se afirmó, de su lectura, claramente se desprende que el Laudo no decretó la liquidación del Contrato por las razones en él establecidas, sino solo un corte parcial de cuentas, con lo cual el objeto material hoy buscado, la liquidación del Contrato, es diferente al decretado y decidido en el Laudo,

⁹³ Normas que no fueron modificadas ni adicionadas por la recientemente expedida ley 1882 de 2018.

⁹⁴ Artículo 303 del C.G.P.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

un corte parcial de cuentas, razón más que suficiente para señalar que la excepción de cosa juzgada no ha de prosperar.

En efecto, la identidad de objeto, elemento esencial de la figura de la cosa juzgada, requiere que la materia cuyo contenido se considera ya decidido, no solo haya sido argüida en su oportunidad inicial, sino efectivamente decidida en su substancia, de tal manera que la nueva decisión no aboque el fondo decidido en la oportunidad anterior, sino se refiera al mismo tema. Si bien, la pretensión en el trámite arbitral que dio lugar a la expedición del Laudo de 2016, fue similar, es decir, que se decretase la liquidación del Contrato, el contenido de la decisión del mismo no es el mismo que hoy se pretende, ya que en 2016, dicho laudo no decretó tal liquidación, sino tan solo un corte de cuentas, parcial, limitado y específico a 2014. De tal suerte, que no existe identidad de objeto entre lo decidido en 2016 y lo que hoy se puede y debe decidirse, es decir, entre un corte parcial de cuentas derivado del Contrato, con fecha 2014, a su liquidación total y definitiva.

No pueden confundirse pretensiones similares en dos procesos entre las mismas partes, con decisiones diferentes, con contenidos diferenciados, ya que el sentido evidente de la cosa juzgada en su sentido material, es precisamente el que se deriva de su propio devenir lógico, lo que se “juzgó”, no solo lo que se pretendió, ya que lo que determina la identidad de objeto es lo decidido por el juez inicial, y que el posterior debe respetar como materia ya definida.

Al no haberse decretado la liquidación del Contrato por el Laudo de 2016, así esa hubiese sido la pretensión original, no puede argumentarse hoy que exista cosa juzgada sobre esta materia, puesto que lo decidido en 2016 solo fue un corte parcial de cuentas en los términos muy específicos de dicho Laudo. El mismo alegato de la Convocada cita en extenso amplia jurisprudencia y doctrina que señala que la identidad de objeto no solo supone identidad de pretensiones, sino de materia decidida en el fallo anterior, con lo cual se pone de patente que lo que argumenta la Convocada, es precisamente todo lo contrario a lo que alega de conclusión, con el soporte jurisprudencial que ella misma cita.⁹⁵

Más aún, el Tribunal resalta la contradicción en que incurre la Convocada cuando alega la cosa juzgada como excepción, señalando que por haber identidad de pretensiones existe identidad de objeto material, pero al alegar cita y fundamenta lo contrario, es decir que no basta con esa identidad de pretensiones, sino se requiere además que el fondo de lo decidido corresponda con lo que se pide y decidiere en el nuevo proceso. Si lo anterior no fuera suficiente, se resalta de nuevo lo alegado por la Convocada de conclusión: *“Conforme a lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento anterior, la declaratoria de incumplimiento como consecuencia de la condición resolutoria tácita conllevó a LIQUIDAR PARCIALMENTE*

⁹⁵ Ver folios 227 y ss del Cuaderno Principal 2. Entre la extensa jurisprudencia que el alegato cita, vale la pena reseñar la Sentencia de la Sección Tercera de Consejo de Estado de 1º de octubre de 2.104, las citas a las obras de los tratadistas Hernán Fabio López y Hernando Devis que no referencia y una sentencia, tampoco referenciada de la Corte Constitucional, todas las cuales precisan que la identidad de objeto no basta con una identidad de pretensiones, sino con el contenido de la sentencia o providencia anterior, como un todo, no de manera aislada o sesgada.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

EL CONTRATO, quedando en mi sentir únicamente abierta la posibilidad de la LIQUIDACION DEFINITIVA que de conformidad con lo acordado por las partes en la cláusula DECIMA TERCERA, ha debido realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del plazo del contrato y de la misma levantar un acta suscrita por los representantes legales de las partes; trámite en el cual se realizan los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las diferencias presentadas y así declararse a Paz y Salvo, así como también se puedan presentar controversias, las cuales en ejercicio de la cláusula compromisoria puedan ser objeto de Tribunal de Arbitramento, pero nunca, como ha ocurrido, decisión unilateral de someter no una controversia sino una creencia equivocada de incumplimiento¹⁹⁶.

Así las cosas, como el mismo alegato lo reseña, lo que ocurrió en 2016 fue un corte parcial, liquidación parcial como lo denomina el alegato citado, no una liquidación definitiva, que es lo solicitado en esta oportunidad, rompiéndose de entrada cualquier conexidad e identidad de objeto entre lo decidido en 2016 y lo que se decide hoy. Ahora bien, a propósito del tema que solo hasta ahora alega la Convocada, ya que no lo hizo al contestar la demanda, tampoco es aplicable el argumento que solo es posible liquidar un contrato cuando no fue posible su liquidación voluntaria cuatro meses después de vencer su término contractual, en la medida en que el mismo art 141 del C.C.A., permite su liquidación judicial cuando la voluntaria no fue posible en los términos que tal norma señala, 2 meses después de vencido el contractualmente pactado, términos más que vencidos para la fecha de este Laudo, más de un año después del 17 de enero de 2017; pero, en particular, porque la liquidación del Contrato es la obvia consecuencia de una declaratoria de terminación contractual, que, a diferencia de lo anotado por la Convocada, no es una creencia equivocada, sino una declaración de este Tribunal basada en los hechos, argumentos y pruebas que obran al expediente.

En consecuencia, no se configuran los elementos necesarios para la estructuración de la excepción de cosa juzgada, ni la que denominó “Inexistencia de Controversia que Autorice la Aplicación de la Cláusula Compromisoria” alegadas por la Convocante y, entiende el Tribunal, en materia de cosa juzgada, también por el Ministerio Público, lo cual se declarará en la parte resolutive de Laudo. Cabe anotar que lo sostenido por el Ministerio Público, como cosa juzgada apunta precisamente a la misma conclusión ya expuesta porque solo se refiere a la primera pretensión principal de la Demanda, pero no se refiere o involucra a ningún a otra, incluidas las consecuencias bajo estudio. De igual manera, por las razones ya anotadas, y al haberse decretado la terminación del Contrato, en los términos ya anotados en acápite anterior del este Laudo, se declarará que prospera esta Pretensión Primera Consecuencial de la demanda, con lo cual se decretará la liquidación del Contrato.

Aboca a continuación el Tribunal, el análisis de las restantes pretensiones consecuenciales de la demanda arbitral, de contenido eminentemente patrimonial, lo que realizará en el orden por ella propuesto.

¹⁹⁶ Ver folio 244 Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

En efecto, la segunda pretensión consecuencial es la siguiente:

“SEGUNDA: Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a que pague a TRANEXCO, que inicialmente consideramos en DOS MIL CUATROCIENTOS SESENTA Y CUATRO MILLONES DOSCIENTOS OCHENTA MIL SEISCIENTOS SEIS PESOS M/CTE. (\$2.464.280.606) por concepto de las ganancias o utilidades dejadas de percibir por parte de TRANEXCO desde agosto de 2014 (fecha de la liquidación parcial del contrato) hasta el día 17 de enero de 2017 (día de terminación del contrato) o la suma que resulte probada.

La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la misma⁹⁷.

De esta manera, la demanda pretende que, como consecuencia de las declaraciones principales, se condene a la Convocada al pago de perjuicios, asociados a las ganancias o utilidades que alega dejó de percibir entre agosto de 2014, fecha del corte de cuentas efectuado por el Laudo de 2016, hasta el 17 de enero de 2017, debidamente indexados hasta la fecha del pago respectivo.

Para el efecto y como síntesis de su posición, la Convocante manifestó lo siguiente en sus alegatos de conclusión:

“Desafortunadamente, por error del suscrito, se limitó la cifra de la suma pedida como indemnización y consecuentemente el Tribunal tuvo que decidir: “...limitar la indemnización impetrada hasta lo causado en la fecha del presente laudo puesto que Tranexco no pidió la terminación del Contrato y los consiguientes perjuicios hasta el 17 de Enero de 2017, sino que solicitó que se mantuviera su vigencia hasta la expiración de la prórroga automática”.

Obviamente para no incurrir en ultra petita, el tribunal decidió: “Por tanto se condenará a 4-72 a pagar a Tranexco la suma pedida por ésta la cual a todas luces es inferior a la establecida por la perita financiera en su dictamen.

Lo anterior, ha sido usado de mala fe por SPN para tratar de engañar al Tribunal y hacerle creer que la indemnización ya se dio, cuando la realidad es muy diferente como paso a explicar en detalle, con los principales apartes del Laudo, páginas 118 y 119, que se explican por sí solos, así:

⁹⁷ Demanda Arbitral. Folio 8 Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

“3.4.9. La pretensión sexta consecucional de la demanda principal

La pretensión sexta consecucional apunta a que 4-72 pague a Tranexco la suma de QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$554.796.720.00) “debidamente indexada por concepto de porcentaje de clientes de casillero virtual que continuaban utilizando el servicio de Casillero Internacional con TRANEXCO S.A. al (sic) Colaboración Empresarial No. 051”.

El tribunal, en ejercicio de su facultad de interpretar la demanda, entiende, que esta pretensión se plantea como consecucional de la primera pretensión principal, esto es, la declaratoria de incumplimiento de Servicios Postales Nacionales

Igualmente, estima que la condena pedida alude a los ingresos que el cincuenta por ciento (50%) de los clientes del Casillero Virtual habrían generado por dicha actividad.

Finalmente entiende que esta solicitud también incluye los ingresos potenciales de Tranexco en el período comprendido entre el 18 de enero de 2014 y la fecha del laudo, puesto que las ganancias que dejó de percibir la convocante entre agosto de 2013 y el 17 de enero de 2014 ya fueron objeto de pronunciamiento al desatarse la pretensión tercera consecucional.

Ahora bien, en razón de lo que decidió al desatar la pretensión tercera principal sobre la liquidación del Contrato, debe limitar la indemnización impetrada hasta lo causado en la fecha del presente laudo puesto que Tranexco no pidió la terminación del Contrato y los consiguientes perjuicios hasta el 17 de Enero de 2017, sino que solicitó que se mantuviera su vigencia hasta la expiración de la prórroga automática. NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO

La perito financiera Marcela Gómez Clerk en su 'Aclaración de Oficio' al Dictamen Pericia] Económico ha proyectado los 'Valores dejados de facturar por Tranexco' entre enero de 2012 y enero de 2017, lapso dentro del cual se encuentra comprendido el período al que se hace referencia en la pretensión en estudio, en la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$8.407.857.947.00) (tabla 2).

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

No obstante, en virtud del principio de la congruencia, el tribunal no puede pronunciarse más allá del valor solicitado en la pretensión en estudio, que como se ha mencionado asciende a QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$554.796.720.00), so pena de resolver "ultra petita". **NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO**

Por tanto, se condenará a 4-72 a pagar a Tranexco la suma pedida por ésta la cual a todas luces es inferior a la establecida por la perito financiera en su dictamen. En efecto, está demostrado el incumplimiento del Contrato por parte de Servicios Postales Nacionales, del cual se derivó la imposibilidad para Tranexco de percibir los ingresos pactados, perjuicio que equivale al daño causado, quedando en tales términos configurada la responsabilidad contractual de la demandada. **NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO.**

Se ordenará igualmente el reajuste de la condena para reconocer la pérdida del poder adquisitivo de la moneda conforme lo solicitó la parte actora, liquidado de la siguiente manera:

(ACA VA CUADRO RESUMEN DE LOS VALORES DEJADOS DE FACTURAR DE FEB A JULIO DE 2014 QUE SE OMITEN EN ARA DE LA BREVEDAD)

En síntesis, esta pretensión habrá de prosperar, de suerte que la entidad convocada será convocada al pago de (...) \$554.796.720.00, más (...) \$73.101.287.00 por concepto de actualización de la anterior cantidad hasta junio de 2016, para un total de ...\$627.898.007.00”⁹⁸.

Como puede verse de los apartes transcritos, no es cierto que ya haya existido indemnización total, y obviamente como el Contrato se prorrogó hasta enero de 2017, ahora sí debe proceder este Tribunal a liquidarlo con base en los peritajes arrimados a este proceso, sobre los cuales nos pronunciaremos más adelante”⁹⁹.

A su vez afirmó lo siguiente al alegar de conclusión:

“Con la relación a la excepción de enriquecimiento sin causa, la pasiva sostiene que TRANEXCO no ejecutó actividades y menciona unas fechas que no coinciden con los hechos y pretensiones de la demanda. A esta deficiente defensa, manifestamos que la pasiva pasa alto o no considera que las pretensiones se circunscriben al cobro de ganancias o utilidades dejadas de percibir, indemnizaciones, perjuicios y cláusula penal ocasionada o causada por culpa exclusiva de SERVICIOS POSTALES NACIONALES al

⁹⁸ Los anteriores apartes son copias textuales del Laudo que se encuentra en el Expediente. Y en el último párrafo se omiten las cifras en letras en aras de la brevedad.

⁹⁹ Alegatos de Conclusión Tranexco S.A. Folios 185 y ss del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

terminar indebidamente un contrato que después se le ordena reanudarlo y lo dilata con reuniones inanes realizadas de mala fe, para finalmente convertir en imposible esa reanudación.

7.2.1.- La Corte Suprema de Justicia ha determinado que para que haya enriquecimiento sin causa se requiere que un patrimonio reciba un aumento a expensas de otro, sin una causa que lo justifique. Son tres, entonces, los requisitos que a su juicio deben probarse para que se declare la existencia de un enriquecimiento de esta índole y se ordene la devolución de los bienes correspondientes: 1) un enriquecimiento o aumento de un patrimonio; 2) un empobrecimiento correlativo de otro, y 3) que el enriquecimiento se haya producido sin causa, es decir, sin fundamento jurídico (Sentencia No. T-219/95, 17 de mayo de 1995, Magistrado Ponente doctor EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ).

Por lo expuesto, se puede concluir que esta excepción no debe prosperar en razón a que, para se configure o tipifique esta figura jurídica, se requiere necesariamente que no exista causa y en este caso es claro su incumplimiento lo cual jurídicamente significa que debe indemnizar¹⁰⁰.

Por su parte, el Tribunal entiende ya que en su contestación no hay total claridad al respecto, que la Convocada interpuso las excepciones de Cosa Juzgada, Enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, fundamentalmente para señalar que la materia de perjuicios ya estaba decidida en el Laudo de 2016, sobre cosa juzgada.

A su vez, fundamenta el enriquecimiento sin causa en el hecho que la Convocante con conocimiento que para el periodo de febrero 2014 al 17 de enero de 2017 se presentó una ausencia de actividades, pero a su vez reclama en la demanda sumas de dineros correspondientes a estos periodos, en los cuales no ejecutó acto alguno. Más aún, señala que de enero de 2014 a agosto de 2016, la Convocante no realizó gestión alguna, por lo cual no debe obtener retribución económica.

Y sobre la excepción que denominó “Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada”, señala que ninguno de los temas que hoy demanda la Convocante se trató en las mesas de trabajo que operaron en octubre de 2016, y además y como alega de conclusión: *“Conforme a lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento anterior, la declaratoria de incumplimiento como consecuencia de la condición resolutoria tácita conllevó a LIQUIDAR PARCIALMENTE EL CONTRATO, quedando en mi sentir únicamente abierta la posibilidad de la LIQUIDACION DEFINITIVA que de conformidad con lo acordado por las partes en la cláusula DECIMA TERCERA, ha debido realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del plazo del contrato y de la misma levantar un acta suscrita por los representantes legales de las partes; trámite en el cual se realizan los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las diferencias presentadas y así declararse a Paz y Salvo, así como también se puedan presentar*

¹⁰⁰ Alegatos de Conclusión Tranexco S.A. Folios 220 y ss del Cuaderno Principal 2

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

*controversias, las cuales en ejercicio de la cláusula compromisoria puedan ser objeto de Tribunal de Arbitramento, pero nunca, como ha ocurrido, decisión unilateral de someter no una controversia sino una creencia equivocada de incumplimiento”.*¹⁰¹

Más aún, al alegar de conclusión señaló lo siguiente, que no había manifestado en la contestación de la demanda¹⁰²: *“No existe relación de causalidad entre los hechos expuestos como generadores de responsabilidad y los perjuicios estimados por cuanto, en ningún momento, la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES ha incurrido en conducta indebida con ocasión del laudo arbitral de junio de dos mil dieciséis (2016) y mucho menos que lo exponga a cancelar la cláusula penal alguna, o por un hecho incierto. // Las pretensiones consecuenciales de condena no deben ser atendidas”.*

Por su parte, el Ministerio Público al alegar de conclusión manifestó lo siguiente:

➤ ***“Del daño directo sufrido por la convocante por la inejecución del contrato***

En relación con este elemento, del material que obra en el expediente, resulta claro que el contrato no se ejecutó en la forma como lo dispuso el laudo arbitral tantas veces aludido, y esa es precisamente la causa de este debate.

De otra parte, como consecuencia de la inejecución del contrato se puede advertir que el contratista, aquí convocante, si sufrió un perjuicio, más aun, considerando que el laudo estableció como una forma de resarcir los perjuicios causados por la terminación unilateral del contrato 051 de 2011 por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A, la prórroga de este negocio jurídico hasta el 17 de enero de 2017.

...

Por lo tanto, es preciso advertir que sobre lo solicitado en la pretensión principal primera de la demanda, presentado por la misma sociedad convocante y la pretensión primera de la demanda de reconvencción ya fueron decididas previamente en un proceso arbitral anterior.

En efecto, frente al Laudo arbitral de fecha del 14 de junio de 2016 y su complementación del 30 de junio de 2016, esta Agencia del Ministerio Público, al comparar las mencionadas pretensiones que fueron objeto de estudio en ese tribunal arbitral con las que son objeto del presente, encontró que está llamada a prosperar la excepción de cosa juzgada, respecto de las que a continuación se relacionan, teniendo en cuenta que las mismas ya fueron objeto de decisión por parte de la justicia arbitral, en el laudo mencionado:

¹⁰¹ Alegatos de Conclusión de Servicios Postales Nacionales S.A. Folio 244 del Cuaderno Principal 2.

¹⁰² idem

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

- *Pretensión principal primera de la demanda.*
*Pretensión primera de la demanda de reconvencción”.*¹⁰³

Con base en las premisas anteriores, el Tribunal entra a analizar la viabilidad de la segunda pretensión consecencial de condena, consistente en los perjuicios alegados como sufridos por la Convocante, por ganancias o utilidades dejadas de percibir entre agosto de 2014 y enero 17 de 2017.

Sobre el particular y en primera instancia, como consideración general que se aplica a las demás pretensiones consecenciales de condena de orden patrimonial derivadas de potenciales perjuicios, el Tribunal resalta que una vez haya sido comprobada la responsabilidad contractual de la Convocada, en la medida en que las defensas argüidas no enervaron ni justificaron su incumplimiento contractual, es pertinente establecer la procedencia de un potencial pago de perjuicios derivados de tal incumplimiento, en la cuantía que se pruebe en el proceso.

En tal sentido y de conformidad con lo establecido por el artículo 1613 del Código Civil, la indemnización de perjuicios, si a ella hubiere lugar, comprende el daño emergente y el lucro cesante (cuya definición reseña el artículo 1614 siguiente), para lo cual, se ha exigido tradicionalmente que no solo exista un incumplimiento moroso de una obligación válidamente celebrada, sino también que exista una demostración efectiva que tal incumplimiento le ha ocasionado un perjuicio real al acreedor¹⁰⁴. En otras palabras, el deudor, que como tal debe serlo como consecuencia de un acto jurídicamente válido, por su incumplimiento contractual culposo, ya en mora, debe haberle causado un daño que esté debidamente comprobado y que se derive del mismo.

Por lo tanto, como principio general, para que proceda una acción o solicitud de indemnización de perjuicios derivada de un incumplimiento contractual, y asumiendo que dicho incumplimiento fue debidamente acreditado según las circunstancias específicas (contrato válidamente celebrado, incumplimiento tardío, defectuoso o total de la parte incumplida que sea relevante, frente a cumplimiento cabal del cumplido, etc.), la acción indemnizatoria surge automáticamente en la medida en que la culpa y el nexo causal bases de la misma se derivan y presumen como consecuencia del mismo incumplimiento contractual, con lo cual la labor del demandante se contrae a demostrar que (i) sufrió efectivamente perjuicios como consecuencia derivada del incumplimiento contractual, ya sea como un daño emergente y/o como un lucro cesante y, (ii) el monto real y cierto de los mismos mediante prueba idónea.

¹⁰³ Concepto del Ministerio Público. Folios 266 y siguientes del Cuaderno de Pruebas No. 2.

¹⁰⁴ Véase, por ejemplo, la Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala de Casación Civil de 26 de enero de 1967.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

En este sentido, resulta pertinente citar lo anotado sobre esta materia, en Laudo de Proactiva Doña Juana ESP SA contra Unidad Administrativa Especial de Servicios Públicos, USAESP de 15 de noviembre de 2012 que señala lo siguiente:

“Con apoyo en el artículo 1613 del Código Civil, que regula el alcance de la indemnización de perjuicios, pueden distinguirse diversas formas de incumplimiento de las obligaciones derivadas de un contrato. En efecto, dispone el mencionado texto legal: “La indemnización de perjuicios comprende el daño emergente y lucro cesante, ya provenga de no haberse cumplido la obligación o de haberse cumplido imperfectamente, o de haberse retardado el cumplimiento”.

De esa manera, se desprende sin duda, que el legislador concibe el incumplimiento como una conducta antijurídica que admite varias modalidades y que, todas ellas, son base de consecuencias resolutorias o indemnizatorias: inexecución total (que equivale a la expresión no haberse cumplido la obligación que emplea el artículo 1613 C.C.), denominada también en la doctrina como incumplimiento total o incumplimiento definitivo, por la falta absoluta de pago de la correspondiente obligación por parte del deudor; inexecución parcial, o incumplimiento parcial, denominado también cumplimiento parcial cuantitativo, que se presenta en aquellos eventos en los que el deudor cumple, cuantitativamente hablando, sólo parte de la obligación a su cargo. Esta forma de incumplimiento puede entenderse incluida en la expresión cumplimiento imperfecto, que emplea el artículo 1613 del Código Civil. ejecución defectuosa o cumplimiento defectuoso, llamado también cumplimiento parcial cualitativo, una de las formas de cumplimiento imperfecto que se refiere a un cumplimiento diverso del esperado no ya desde la perspectiva de cantidad, sino de calidad de la prestación. Por último, ejecución retardada que se refiere al cumplimiento tardío de la obligación correspondiente.

De otra parte, estos principios generales de derecho contractual privado aplicables en materia de contratación estatal por expresa remisión legal, tienen, a su vez, soporte no solo en expresas disposiciones legales sobre la materia, sino también en desarrollos prácticos y jurisprudenciales, con la precisión que sus alcances deben siempre ajustarse a las particularidades de la contratación pública.

Sin entrar en un análisis exhaustivo de la materia, el Tribunal destaca que las pretensiones indemnizatorias de un contratante privado frente a su contraparte pública, se han fundamentado, además, en un sinnúmero de disposiciones legales que han dado base a las figuras del restablecimiento de la ecuación contractual y del equilibrio económico contractual, hasta la condena simple en perjuicios ante un evento de incumplimiento contractual definitivo o significativo por parte la entidad estatal.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Normas como los artículos cuarto, numerales octavo y noveno, quinto, numeral 1º, veintisiete y cincuenta¹⁰⁵ de la Ley 80 de 1993, con numerosos desarrollos legales adicionales¹⁰⁶, han sido, a su vez, bases legales para estructurar las acciones indemnizatorias derivadas de incumplimientos contractuales, hechos antijurídicos y en general de conductas perjudiciales de las entidades estatales en desarrollo de los contratos que suscribe con los contratistas particulares. Más aún, el mismo art. 141 de la Ley 1437 de 2011 ya citado, que regula la acción de controversias contractuales permite a cualquier contratante solicitar, entre otras cosas, que: “(… se condene al responsable a indemnizar los perjuicios, y que se hagan otras declaraciones y condenas”.

Bajo estas premisas generales, resulta evidente que, en materia de un contrato estatal como el suscrito por la Convocada, que se reitera está regido fundamentalmente por normas de derecho privado, es viable y posible solicitar una condena en perjuicios, consecuente y derivada de un potencial incumplimiento contractual, con base no solo en las citadas disposiciones generales del derecho civil, aplicables en materia de contratación estatal, sino también en las propias normas sobre contratación pública, que recogen y establecen principios similares.

No obstante lo anterior, es importante tener en cuenta que en materia de contratos estatales, así sean ellos regulados primordialmente por el derecho privado, debe tenerse en cuenta en cualquier valoración y análisis las características propias de la contratación pública, incluyendo los deberes y principios que la rigen, para determinar el incumplimiento y la conducta antijurídica de la entidad estatal.

Este ha sido el sentido que ha reiterado la jurisprudencia del Consejo de Estado, Sala de lo Contencioso Administrativo, que puede resumirse en lo expresado por la sentencia de 15 de febrero de 2012, de la Sección Tercera (Expediente 85001-23-3100-2000-00212- 21, con ponencia del Dr. Jaime Orlando Santofimio), en los siguientes términos:

“(…) Así que el incumplimiento por parte de la entidad contratante es sin lugar a dudas una circunstancia que altera el equilibrio económico del contrato, por lo que esto no solo se desprende de lo ya expresado sino también de lo dispuesto en el numeral 1º del art. 5º de la Ley 80 de 1993 al señalar que los contratistas: “Tendrán derecho a recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere durante la vigencia del contrato.

¹⁰⁵ Sin duda, el art. 50 de la Ley 80 de 1993 es de particular importancia al respecto, ya que señala que, “Las entidades responderán por las actuaciones, abstenciones, hechos y omisiones antijurídicas que les sean imputables y que causen perjuicios a sus contratistas. En tales casos deberán indemnizar la disminución patrimonial que se ocasione, la prolongación de la misma y la ganancia, beneficio o provecho dejados de percibir por el contratista.

¹⁰⁶ Como por ejemplo las reglas sobre garantías de ingreso, a que se refiere el artículo 33 de la Ley 105 de 1993 en materia de concesiones viales, o los alcances del artículo 13 de la Ley 1682 de 2012 en materia de compensaciones por terminación anticipada de concesiones en materia de infraestructura de transporte.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

“Luego, si la entidad estatal incumple el contrato, el equilibrio económico se rompe y debe reestablecerse a la ecuación que surgió al momento de su perfeccionamiento, que es tanto como decir que el contratista debe ser indemnizado integralmente”.

En materia concreta de este proceso, no cabe duda que el Contrato es un acto jurídico válido, lo que no ha sido puesto en duda (además de haber sido analizado en capítulo anterior de este Laudo). De igual manera y como se anotó, se ha comprobado la existencia de un incumplimiento a cargo de la Convocada, no exonerada de responsabilidad, que le impone, dado que dicho incumplimiento tiene el alcance de ser moroso, la obligación de responder por los perjuicios sufridos que hubiesen sido demostrados en este proceso.

Sin perjuicio de lo anterior, frente a estas pretensiones consecuenciales de condena en perjuicios, el Tribunal entiende haciendo un ejercicio de interpretación ya que la contestación a la demanda no fue lo precisa que se hubiese deseado, que la Convocada interpuso tres excepciones, que se analizan a continuación.

En primer lugar, la Convocada ha alegado la excepción de cosa juzgada como defensa ante las pretensiones de la demanda, básicamente para señalar que las materias respectivas fueron ya decididas por el Laudo de 2016, y, en consecuencia, la existir identidad de causa, partes y objeto, no deben prosperar las pretensiones de la demanda.

Por su parte, y nótese con especial énfasis, el Ministerio Público solo ve aplicable esta excepción frente a la primera pretensión principal de la Demanda, que como se ha anotado en acápite anterior del Laudo sí estaba decidida en 2016, pero no en sentido contradictorio al que hoy se alega (es decir, que el contrato debía seguir ejecutándose por estar prorrogado hasta 17 de enero de 2017 como lo decidió el Laudo de 2016, y, por el contrario, expresamente señala que: *“como consecuencia de la inejecución del contrato se puede advertir que el contratista, aquí convocante, si sufrió un perjuicio, más aun, considerando que el laudo estableció como una forma de resarcir los perjuicios causados por la terminación unilateral del contrato 051 de 2011 por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A, la prórroga de este negocio jurídico hasta el 17 de enero de 2017.”*¹⁰⁷ Es decir, acepta expresamente la viabilidad de las pretensiones indemnizatorias que alega la Convocante.

Resultan aplicables, entonces, todas las consideraciones que efectuó el Laudo en acápites anteriores sobre la materia de la cosa juzgada, que por economía no se reiteran en este capítulo, pero que pueden resumirse en el argumento indiscutible que para su viabilidad, la cosa juzgada supone no solo una identidad de causa petendi y de partes entre el proceso inicial y el nuevo, ciertamente existentes en el caso concreto que nos ocupa, sino también una identidad de objeto, entendida no solo como una

¹⁰⁷ Concepto del Ministerio Público. Folio 266 del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

similitud de pretensiones, como alega la Convocada, sino a su vez del fondo y contenido de la decisión adoptada en el primer proceso, frente a las pretensiones y decisiones consecuenciales que se adopten en el segundo proceso.

Por eso, no basta que las pretensiones sean idénticas, sino además debe revisarse lo decidido en el proceso inicial, frente a lo que se decidirá en el segundo.

Así las cosas, un examen somero de lo decidido en esta materia en el Laudo de 2016 permite concluir que lo allí decidido difiere sustancialmente de lo solicitado y a ser decidido en este proceso arbitral. En efecto y se reitera, el Laudo de 2016 en este punto no efectuó una condena completa en materia de perjuicios, sino la limitó al contenido inicial de un corte de cuentas parcial, al no haber decretado la liquidación definitiva del Contrato. Y al respecto, se reitera, señaló lo siguiente¹⁰⁸:

“Ahora bien, en razón de lo que decidió al desatar la pretensión tercera principal sobre la liquidación del Contrato, debe limitar la indemnización impetrada hasta lo causado en la fecha del presente laudo puesto que Tranexco no pidió la terminación del Contrato y los consiguientes perjuicios hasta el 17 de Enero de 2017, sino que solicitó que se mantuviera su vigencia hasta la expiración de la prórroga automática. NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO

...
El Tribunal ya encontró que la convocada incumplió gravemente sus obligaciones cuando excluyó a Tranexco del Minisite del Casillero Virtual en agosto de 2013 y cuando procuró desviar los clientes del casillero virtual, tanto los ya existentes como los nuevos, hacia su nuevo aliado Transexpress.

...
Así las cosas, el tribunal deberá atenerse al cálculo de ganancias dejadas de recibir estimadas por la perito en su Dictamen Pericial Económico pues ello corresponde a lo pedido y condenará a la parte convocada a pagar a la actora por este último concepto, con referencia a los paquetes que debería haber transportado y no transportó entre agosto de 2013 y enero de 2014, la suma de TRESCIENTOS SESENTA MILLONES DOSCIENTOS SESENTA Y OCHO MIL CUENTO DIEZ PESOS (\$360.268.110.00), determinada en el dictamen pericial junto con la actualización solicitada, para un total de CUATROCIENTOS DIECISEIS MILLONES SETECIENTOS CINCUENTA Y CINCO MIL CUATRO PESOS (\$416.755.004..00) conforme a la siguiente tabla¹⁰⁹

¹⁰⁸ A Folios _____
¹⁰⁹ Laudo Arbitral de 14 de junio de 2016. Folios 142 y ss del Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Posteriormente, al abocar la sexta pretensión consecucional de la demanda, el Laudo de 2016, señaló lo siguiente:

“La perito financiera Marcela Gómez Clerk en su 'Aclaración de Oficio" al Dictamen Pericia] Económico ha proyectado los 'Valores dejados de facturar por Tranexco" entre enero de 2012 y enero de 2017, lapso dentro del cual se encuentra comprendido el período al que se hace referencia en la pretensión en estudio, en la suma de OCHO MIL CUATROCIENTOS SIETE MILLONES OCHOCIENTOS CINCUENTA Y SIETE MIL NOVECIENTOS CUARENTA Y SIETE PESOS (\$8.407.857.947.00) (tabla 2).

No obstante, en virtud del principio de la congruencia, el tribunal no puede pronunciarse más allá del valor solicitado en la pretensión en estudio, que como se ha mencionado asciende a QUINIENTOS CINCUENTA Y CUATRO MILLONES SETECIENTOS NOVENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS VEINTE PESOS (\$554.796.720.00), so pena de resolver “ultra petita”. **NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO**

Por tanto, se condenará a 4-72 a pagar a Tranexco la suma pedida por ésta la cual a todas luces es inferior a la establecida por la perito financiera en su dictamen. En efecto, está demostrado el incumplimiento del Contrato por parte de Servicios Postales Nacionales, del cual se derivó la imposibilidad para Tranexco de percibir los ingresos pactados. perjuicio que equivale al daño causado. quedando en tales términos configurada la responsabilidad contractual de la demandada.

NEGRILLA Y SUBRAYA FUERA DEL TEXTO.

Se ordenará igualmente el reajuste de la condena para reconocer la pérdida del poder adquisitivo de la moneda conforme lo solicitó la parte actora, liquidado de la siguiente manera:

(ACA VA CUADRO RESUMEN DE LOS VALORES DEJADOS DE FACTURAR DE FEB A JULIO DE 2014 QUE SE OMITE EN ARAS DE LA BREVEDAD)

En síntesis, esta pretensión habrá de prosperar, de suerte que la entidad convocada será convocada al pago de (...) \$554.796.720.00, más (...) \$73.101.287.00 por concepto de actualización de la anterior cantidad hasta junio de 2016, para un total de ...\$627.898.007.00)”¹¹⁰.

¹¹⁰ Ídem. Los anteriores apartes son copias textuales del Laudo que se encuentra en el Expediente. Y en el último párrafo se omiten las cifras en letras en aras de la brevedad.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Esta posición fue reiterada en la parte resolutive del Laudo, en los numerales Noveno y Décimo, con lo cual está más que claro, que al decidir las pretensiones reseñadas de la demanda, lo que se decidió fueron condenas parciales referidas al corte de cuentas parcial decretado, entre agosto de 2013 y agosto de 2014, con su indexación respectiva, pero sin condenar por los perjuicios potenciales sufridos desde agosto de 2014 hasta enero de 2017, fecha de vigencia prorrogada del Contrato, según ese mismo Laudo lo decidió, en esa sí decisión que hizo tránsito a cosa juzgada y que este Laudo reconoce, respeta y reitera como ya se ha manifestado en capítulos anteriores.

Por ende, y por carecer de identidad de objeto, ya que lo decidido en 2016 fueron perjuicios entre 2013 y agosto de 2014, y lo hoy pretendido y materia a decidir es sustancialmente diferente, es decir, perjuicios entre agosto de 2014 y enero 17 de 2017, no es procedente, en materia de esta pretensión, reconocer la viabilidad de decretar la excepción de cosa juzgada, como se declarará en la parte resolutive del Laudo.

Como segunda excepción en contra de esta pretensión, la Convocada arguye el enriquecimiento sin causa, ya que considera que la Convocante con conocimiento que para el periodo de febrero 2014 al 17 de enero de 2017 no tuvo o realizó actividades contractuales, reclama en la demanda sumas de dineros correspondientes a estos periodos, periodos en los cuales, señala, no se ejecutó acto alguno. Más aún, sostiene que de enero de 2014 a agosto de 2016, la Convocante no realizó gestión alguna, por lo cual no debe obtener retribución económica resultante.

Sin entrar en razonamientos que no son materia estructural del Laudo, el Tribunal considera oportuno precisar que la figura del enriquecimiento sin causa (proveniente de la milenaria tradición romana de la *conditio* y de la *actio in rem verso* y con un desarrollo significativo hasta nuestros días), fue tradicionalmente considerada como un principio básico y fundamental de derecho¹¹¹, de carácter y construcción eminentemente jurisprudencial, sin consagración legal específica en nuestra legislación civil. Tal estipulación legal solo ocurre con la expedición, en 1971, del Código de Comercio, que en su artículo 831 señaló que: “*Nadie puede enriquecerse sin justa causa a expensas de otro*”.

De esa manera, se proscribe un incremento patrimonial injustificado que supone un detrimento equivalente de otra parte, sin existir una razón que legalmente lo soporte, razón por la cual tal incremento carece de validez y es, en sus propias palabras, “injustificado”, o “sin causa”, entendida en ausencia de una con soporte legal o convencional argüible.

¹¹¹ Si bien otra corriente doctrinaria la considera una fuente adicional de obligaciones.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Bajo este escenario, la jurisprudencia nacional ha tradicionalmente exigido varios requisitos para la procedibilidad de esta figura, con criterios que han sido decantados y reiterados por más de un siglo¹¹², y que pueden resumirse de la siguiente manera:

- (i) Debe existir un enriquecimiento, entendido como un aumento o ventaja patrimonial en cabeza de una parte.
- (ii) Debe existir un empobrecimiento correlativo, de manera que el aumento o ventaja patrimonial suponga dicho empobrecimiento.
- (iii) Dicho enriquecimiento debe ser injusto, es decir, sin causa lícita que lo motive.
- (iv) La acción de enriquecimiento es subsidiaria, es decir quien sufrió el empobrecimiento no debe tener ningún otro medio jurídico disponible para resarcir su situación.
- (v) Dicha acción es improcedente si pretende desconocer norma legal imperativa.¹¹³

Por lo tanto, la viabilidad de una acción de enriquecimiento sin causa, que la Convocada alega como excepción, requiere la presencia de estos requisitos, de los cuales son los tres primeros no solo esenciales sino connaturales, es decir, debe demostrar un empobrecimiento generado por el enriquecimiento de su contraparte, y que el mismo carece de causa lícita que lo sustente o motive.

En materia del caso en concreto, la argumentación de la Convocada se circunscribe a afirmar que un eventual decreto de perjuicios derivaría en un enriquecimiento injusto, sin señalar cual sería el empobrecimiento correlativo (por lo cual, debe el Tribunal entender que lo sería el valor de la indemnización de perjuicios que pudiera decretarse, lo que ya y de entrada supone un inadecuado planteamiento de esta defensa), por el hecho que de febrero de 2014 a enero de 2017, la Convocante no ejecutó el Contrato, ni realizó gestión alguna, así como del hecho que desde la ejecutoria de Laudo de 2016, su representada no es responsable de la no reanudación del Contrato.

Debe anotarse, en primer lugar, que la excepción como fue planteada y sustentada no profundiza ni desarrolla los conceptos de enriquecimiento probable y de empobrecimiento correlativo, lo que obliga al Tribunal a entender que lo serían en el monto en que llegare a decretar perjuicios a cargo de la Convocada.

Si bien esa deficiencia puede y es suplida por el Tribunal, tampoco explica la defensa porque tal enriquecimiento potencial sería injusto, es decir sin causa lícita, como es su deber argumentar y demostrar. Se limita a señalar que la falta de causa deviene de la falta de actividad contractual de la Convocante desde 2014 hasta 2017, sin demostrar fehacientemente la ilicitud de tal comportamiento.

¹¹² Solo a título de ejemplo, baste citar sentencias como la de la Sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 14 de abril de 1.937, con ponencia de Liborio Escallón, las de 19 de agosto y 6 de septiembre de 1.935, marzo 18 de 1.958, 6 de diciembre de 1.993, o más recientemente la de junio 7 de 2.002, expediente 7360, con ponencia de Silvio Fernando Trejos Bueno. A su vez, ver sentencias de la Corte Constitucional de 17 de mayo de 1.995, con ponencia de Eduardo Cifuentes, 6 de noviembre de 2.000, con ponencia de Vladimiro Naranjo o C-796 de 9 de junio de 2.000 con ponencia de Antonio Barrera.

¹¹³ Parte de la doctrina considera que solo los tres primeros requisitos son esenciales, mientras los restantes son accidentales. Por ejemplo, Yolirna Prada M., "Enriquecimiento sin Causa", en Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Universidad de los Andes y Editorial Temis, Págs. 831 y ss.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Sobre el particular, el Tribunal considera necesario efectuar las siguientes precisiones:

- i. El Contrato, tal y como lo decidió con carácter de cosa juzgada, el Laudo de 2016, determinó que su vigencia fue prorrogada hasta el 17 de enero de 2017. De esa manera, las obligaciones a cargo de la Convocada no terminaron en enero de 2014, ni el 30 de junio de 2016 como lo pide hoy la Convocada en su demanda de reconvenición, en pretensión que se deniega en otro acápite de este Laudo.
- ii. De igual manera, el Laudo de 2016 decretó que la Convocada incumplió gravemente sus obligaciones contractuales, entre otras razones por incurrir en actos de desviación de clientela derivados de su contrato con la firma Transexpress, así como por haber retirado a la Convocante del Casillero Virtual.
- iii. Por tal razón, y al no decretar como se ha reseñado anteriormente, la terminación y liquidación del Contrato, sino su continuidad, efectuó un corte parcial de cuentas, y decretó las indemnizaciones de perjuicios ya reseñadas.
- iv. Como el Contrato tuvo vigencia hasta 17 de enero de 2017, y el Laudo de 2016 quedó en firme el 30 de junio de 2016 (valga la pena anotar, sin que la Convocada interpusiese el recurso de anulación), durante más de 2 años y medio de vigencia contractual, la Convocada mantuvo su relación contractual con Transexpress y la ejecutó en las condiciones pactadas con esa entidad, pero simultáneamente sostuvo una controversia arbitral con la Convocante, en la que, entre otras materias, argüía que el Contrato ya había sido terminado y buscaba ser indemnizada por eventuales perjuicios.

A su vez, durante tal período de tiempo (que va desde agosto de 2013, y para efectos de este proceso desde agosto de 2014, hasta junio de 2016, no tuvo la Convocante acceso alguno a una ejecución posible del Contrato, mucho menos posibilidad real y válida de cumplirlo por física imposibilidad material, debido a la existencia de una controversia arbitral en curso, al hecho que la Convocada aducía la terminación del Contrato, así como a que no tenía acceso material para poderlo ejecutar. Lo anterior, sumado a la realidad indefectible que la Convocada ejecutaba contrato similar con Transexpress a quien le había traspasado las bases de datos de clientes que podían desarrollar la actividad del casillero virtual. Es decir, había imposibilidad material de ejecutar el Contrato por actos directamente imputables a la Convocada, no a la Convocante.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

v. Por su parte, desde la ejecutoria del Laudo de 2016 y hasta diciembre de 2016, como lo ha analizado en detalle este Laudo en capítulo anterior, la Convocada no ejecutó el Contrato como lo había ordenado dicho Laudo de 2016, ni realizó gestiones diligentes y expeditas que hubieran permitido su reanudación, con lo cual la aludida falta de actividades contractuales o de gestión de la Convocante durante los 3 años de prórroga se debieron a la culpa exclusiva de la Convocada.

Bajo este marco conceptual y fáctico, resulta evidente para el Tribunal que la condena en perjuicios solicitada no constituiría un enriquecimiento injusto, sino uno con soporte legal, derivado de una declaratoria de incumplimiento contractual, como la decretada en este Laudo, fuente legal más que suficiente y con soporte claro en los citados artículos 1613 y 1614 del Código Civil, que establecen el derecho a una indemnización compensatoria en el evento de un incumplimiento contractual debidamente decretado.

La excepción argüida de enriquecimiento sin causa no sustenta el carácter de injusto de la indemnización, máxime cuando era obligación no facultad de la Convocada no solo continuar ejerciendo y cumpliendo el Contrato durante su prórroga hasta enero 17 de 2017, lo que no realizó ni permitió realizar, sino tampoco lo reanudó oportunamente como se lo ordenó el Laudo de 2016.

Por ende, la imposibilidad de ejecutar el Contrato le genera a la Convocante un perjuicio, enteramente atribuible a la Convocada, consistente en las ganancias o utilidades que hubiera podido percibir y que no recibió durante el término de prórroga en la vigencia contractual, que decretó el Laudo de 2016, pero que no decretó (es decir, desde agosto de 2014, hasta enero de 2017), término durante el cual la Convocante no pudo ejecutar el Contrato en las condiciones pactadas.

De esa manera, no resulta probada la excepción aludida de enriquecimiento sin causa, al menos frente a esta pretensión, lo que se decretará en la parte resolutive del Laudo.

Como tercera excepción que, entiende el Tribunal, la Convocada interpuso contra esta pretensión se encuentra la denominada como “Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada”, que sustenta en el hecho que ninguno de los temas que hoy demanda la Convocante se trató en las mesas de trabajo que operaron en octubre de 2016, y porque, como alega de conclusión: *“Conforme a lo resuelto por el Tribunal de Arbitramento anterior, la declaratoria de incumplimiento como consecuencia de la condición resolutoria tácita conllevó a LIQUIDAR PARCIALMENTE EL*

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

*CONTRATO, quedando en mi sentir únicamente abierta la posibilidad de la LIQUIDACION DEFINITIVA que de conformidad con lo acordado por las partes en la cláusula DECIMA TERCERA, ha debido realizarse dentro de los cuatro (4) meses siguientes a la fecha de terminación del plazo del contrato y de la misma levantar un acta suscrita por los representantes legales de las partes; trámite en el cual se realizan los acuerdos, conciliaciones y transacciones a que llegaren las partes para poner fin a las diferencias presentadas y así declararse a Paz y Salvo, así como también se puedan presentar controversias, las cuales en ejercicio de la cláusula compromisoria puedan ser objeto de Tribunal de Arbitramento, pero nunca, como ha ocurrido, decisión unilateral de someter no una controversia sino una creencia equivocada de incumplimiento*¹¹⁴

Sobre esta excepción, encuentra el Tribunal que no existen bases o pruebas que permitan soportar sus alcances, dadas las siguientes consideraciones:

1. La afirmación efectuada por la Convocada sobre el hecho que estas pretensiones indemnizatorias no fueran parte de las mesas de trabajo que las partes sostuvieron durante octubre y noviembre de 2016, a raíz de lo ordenado por el Laudo de 2016, no supone ni soporta una inexistencia de controversias que deban someterse a arbitramento, pero además no corresponde a la realidad según obra en las pruebas aportadas al expediente.

En primer lugar, la denominación de esta excepción pudiera dar a entender una falta de competencia de este Tribunal para conocer de las controversias bajo debate, lo que no solo no corresponde a la asunción de competencia que hizo el Tribunal en su oportunidad, sino que no fue alegada o controvertida por la Convocada en su oportunidad, tal y consta en el acta No 8 de 28 de agosto de 2017, mediante la cual se surtió la primera audiencia de trámite en este proceso arbitral.¹¹⁵

2. En segundo lugar, sustentar la supuesta falta de temas arbitral en el hecho de no haber sido materia de tales mesas de trabajo, tampoco sería per se, argumento suficiente para impedir una declaración de perjuicios derivado de un incumplimiento contractual, cuya fuente es legal y sobre la cual el Laudo ya se pronunció. No se conocen ni se desarrollan cuáles serían las bases probatorias que sustentarían esa afirmación, ni los soportes legales de la misma.
3. Pero tampoco tal afirmación se compecede con los hechos que están probados en el expediente. En efecto, obran múltiples comunicaciones de la Convocante dirigidas a la

¹¹⁴ Alegatos de Conclusión de Servicios Postales Nacionales S.A. Folio 244 del Cuaderno Principal 2

¹¹⁵ Ver folio 22 y siguientes del Cuaderno Principal 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Convocada después de Junio 30 de 2016, buscando se reanudase la ejecución del Contrato y/o se le compensasen los perjuicios sufridos.

Solo a título de ejemplo, en carta de 4 de agosto de 2016 suscrita por Augusto César Rojas¹¹⁶, la Convocante no solo reitera la necesidad de darle continuidad al Contrato, sino a la luz de los perjuicios económicos sufridos, hace una propuesta conciliatoria por una suma cercana a \$2.300 millones. Esta propuesta solo es contestada por la Convocada el 27 de septiembre de 2016, en sus propios términos, haciendo una oferta económica inferior, lo que denotaba el pleno conocimiento de la Convocada sobre la problemática jurídica que desembocó en este proceso arbitral.¹¹⁷

Obran en el expediente otras comunicaciones posteriores que contradicen tal afirmación, entre ellas las enviadas por la Convocante a la Convocada de fechas 28 de septiembre de 2016¹¹⁸, 4 de octubre de 2016¹¹⁹ y 28 de octubre de 2016¹²⁰, todas con claras referencias a estas materias.

Pero, más aún, en acta de reunión CP- SI, 001- FR-001 de 5 de octubre de 2016¹²¹, se lee textualmente que ante una manifestación de la Dra. Alexandra Calvache para que el contrato corra por 6 meses desde 21 de marzo de 2017, *“A lo cual Tranexco informa que esta oferta será estudiada en su compañía y será dada respuesta en la semana siguiente, sin que lo anterior signifique que se renuncie a ejecutar las acciones legales pertinentes para hacer cumplir el laudo y pedir todas las indemnizaciones adicionales a que se tiene derecho”*.¹²²

De esa manera, no resulta probada tampoco, sino todo lo contrario, la afirmación alegada por la Convocada sobre el hecho que estas materias indemnizatorias no fueron tratadas con la Convocada o alegadas por la Convocante después de junio 30 de 2016, o durante el desarrollo de las mesas de trabajo que tuvieron lugar durante octubre y noviembre de ese año.

- 4. De otra aparte, en capítulo anterior de este Laudo, se ha hecho claro análisis en el sentido que esta excepción no es procedente por motivos de los efectos del Laudo de 2016 en

¹¹⁶ A folios 1 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹¹⁷ Ver folios 9 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹¹⁸ A Folios 14 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹¹⁹ A folios 26 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹²⁰ A folios 172 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹²¹ A folios 29 y siguientes del Cuaderno de Pruebas 2

¹²² Ver folio 31 del Cuaderno de Pruebas 2

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

materia del alcance de la liquidación contractual (que no fue decretada, sino un corte parcial de cuentas), con lo cual la inexistencia de controversias arbitrables, por supuesta sustracción de materia, tampoco es aplicable en la medida que las indemnizaciones por perjuicios solicitadas se refieren a la ejecución de un periodo contractual (agosto 2014 a enero 2017), no cobijado por el alcance de lo decidido en dicho Laudo de 2016.

Así las cosas, tampoco resulta procedente frente a esta pretensión la excepción alegada de Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, lo que se declarará en la parte resolutive del Laudo.

Sin que fuera parte de las excepciones interpuestas al contestar la demanda, pero si al alegar, con lo cual el Tribunal considera oportuna abocar su análisis, la Convocada manifestó lo siguiente: *No existe relación de causalidad entre los hechos expuestos como generadores de responsabilidad y los perjuicios estimados por cuanto, en ningún momento, la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES ha incurrido en conducta indebida con ocasión del laudo arbitral de junio de dos mil dieciséis (2016) y mucho menos que lo exponga a cancelar la cláusula penal alguna, o por un hecho incierto. // Las pretensiones consecuenciales de condena no deben ser atendidas*¹²³.

A su vez, al contestar la demanda, manifestó: *“la entidad que representó ninguna obligación tiene de cancelar ganancias de un contrato ya terminado y mucho menos del mes de agosto de 2014 al 17 de enero de 2017”*¹²⁴.

Estas manifestaciones, entiende el Tribunal, se dirigen a señalar que no existe relación de causalidad entre los perjuicios solicitados por la Convocante y el incumplimiento de la Convocada ya que se afirma que la misma no ha incurrido en conducta indebida con ocasión de Laudo de 2016. A su vez, señala que como el contrato está terminado, no debería la Convocada pago alguno por utilidad probable entre agosto de 2014 y enero 17 de 2017, con lo cual la pretensión indemnizatoria no procedería.

No existe a lo largo del expediente, argumentación adicional que permita sustentar esta excepción de falta de nexo causal, ni encuentra el Tribunal razonamientos que la soporten. En este sentido y como se ha señalado anteriormente, a diferencia de un evento de responsabilidad extracontractual, en materia de indemnización de perjuicios resultante de un incumplimiento contractual, la acción indemnizatoria surge automáticamente en la medida en que la culpa y el nexo causal bases de la misma se derivan y presumen como consecuencia de dicho incumplimiento contractual.¹²⁵

¹²³ Alegatos de Conclusión Servicios Postales Nacionales S.A. Folio 244 del Cuaderno Principal 2.

¹²⁴ Ver Folio 264 del Cuaderno Principal 1

¹²⁵ Art. 1613 del Código Civil, cuyos alcances son materia pacífica en la jurisprudencia y doctrina nacionales, por ejemplo en la sentencia de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de enero 26 de 1.967, que señala que: “Importa anotar así mismo que, comprobada la existencia de la obligación, el acreedor no tiene que demostrar el incumplimiento del deudor, sino que le basta afirmarlo. En este caso, corresponde al citado deudor acreditar o que ha cumplido su obligación o, en caso contrario, que el incumplimiento no le es imputable”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Así pues, como ocurre en el asunto materia de debate procesal, no debe la Convocante probar el nexo causal entre el incumplimiento contractual y el perjuicio, ya que el mismo se presume. Debe, por supuesto, demostrar tal incumplimiento, la existencia del perjuicio y su monto, con lo cual es obligación de la Convocada demostrar que tal incumplimiento no le es imputable, o que el perjuicio alegado no se deriva del incumplimiento, con lo cual no existe nexo causal entre ambos. Por ende, quien debe demostrar la inexistencia de tal nexo causal, es quien lo alega, es decir, la Convocada, lo que no realizó durante el trámite procesal.

Como ha quedado analizado en capítulo anterior de este Laudo, la Convocada incumplió el Contrato antes y después de su reanudación decretada mediante el Laudo de 2016, con lo cual los perjuicios alegados se presumen derivados de tal incumplimiento, siendo obligación de la Convocada demostrar entonces que no le son imputables.

Y, no obra al expediente, argumento o prueba alguna, distinta a una mera afirmación, que indique o evidencie que tal incumplimiento o perjuicios no le son imputables, como consecuencia de circunstancias eximentes de responsabilidad. ¿Cuáles son las bases, hechos o pruebas, se pregunta el Tribunal, que permiten sustentar la afirmación efectuada por la Convocada en el sentido que no existe relación de causalidad entre el incumplimiento contractual decretado y los perjuicios alegados?.

A su vez, la aludida terminación del Contrato sin determinación de en qué momento la considera surtida la Convocada (¿desde 2014 como alegó en el proceso arbitral anterior?, ¿en junio 30 de 2.016 como lo solicita en su demanda de reconvencción?, ¿o enero 17 de 2017 como se desprende de la reanudación del Contrato?), solo son argumentaciones sin soporte diferente a, esa sí, cosa juzgada ya definida por el Laudo de 2.016, en el sentido que el Contrato fue válidamente prorrogado hasta el 17 de enero de 2017, por lo cual la argumentación de la Convocada señalando su terminación carece de sustento, ya que el mismo ni terminó el 17 de enero de 2014, ni tampoco el 30 de junio de 2016, con lo cual solo ocurrió hasta el 17 de enero de 2.017. En consecuencia, la Convocada estaba obligada a cumplir con las obligaciones derivadas del mismo durante esa prórroga de 3 años, lo que este Laudo ha determinado no ocurrió. De esa manera, la pretensión indemnizatoria es procedente.

Por el contrario, el Tribunal ha encontrado que la Convocada incumplió el Contrato, que no existen eximentes o atenuantes a su responsabilidad y que, tales perjuicios alegados, cuya comprobación sobre existencia y monto, abocará a continuación este Laudo, se derivan de tal incumplimiento, por devenir de su inexecución, en este caso como lucro cesante por ganancias o utilidades dejadas de percibir durante su vigencia prorrogada desde agosto de 2014 hasta enero de 2017; por ello, no se ha desvirtuado la presunción legal de conexidad entre el perjuicio alegado y el incumplimiento decretado que se deriva de la acción de responsabilidad contractual que consagran los artículos 1546 del Código

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Civil y 870 del Código de Comercio, y la consecuente indemnizatoria de perjuicios regulada por el art. 1613 del Código Civil. Por ende, no resulta procedente esta excepción argüida al alegar de conclusión, como se declarará en la parte resolutive de este Laudo.

No existiendo circunstancia eximente de responsabilidad, al no prosperar excepción alguna alegada por la Convocada, a efectos de la pretensión estudiada de condena en perjuicios, abocará a continuación el Tribunal el estudio de la existencia y monto de los perjuicios solicitados.

Sobre el particular, la pretensión se refiere a las utilidades o ganancias dejadas de percibir, no cobijadas por el corte de cuentas efectuado por el Laudo de 2016, en la suma de \$2.464'280.606, correspondiente al período comprendido entre agosto de 2014 y enero 17 de 2017.

Como soporte probatorio de esta pretensión, se aportó con la demanda el dictamen pericial de 14 de diciembre de 2016, elaborado por el perito José Roberto Acosta, que en materia de esta pretensión señaló lo siguiente:¹²⁶

“2.3. Cual fue el valor indexado en pesos de la utilidad dejada de percibir por Tranexco S.A. respecto a la facturación que no pudo acreditar según el interrogante anterior?

....

Entonces, con base en estas dos fuentes de información, la respuesta final y definitiva a este interrogante es \$2.464.280.606”¹²⁷.

Este valor coincide con el del juramento estimatorio incluido en la demanda arbitral, que fue oportunamente objetado por la Convocante. Cabe anotar, sin embargo, que salvo las defensas ya analizadas en numerales anteriores, ni la Convocada ni el Ministerio Público (que, por el contrario, como se anotó considera procedentes las pretensiones de condena en perjuicios que nos ocupan), alegaron defensa alguna que controvertiese el monto o quantum de los perjuicios sufridos, tan solo cuestionan su existencia como tales, con argumentos que el Tribunal no considera sustentados en la realidad probatoria, como se analizó en acápite anteriores.

Por su parte, al citar al perito Acosta a interrogatorio, la Convocada efectuó diversos interrogantes pero en ninguno cuestionó el monto calculado como indemnización de perjuicios en este punto, como tampoco al alegar contradijo o cuestionó que la suma calculada en este dictamen fuese incorrecta, o demostró error o inconsistencia en su cálculo o metodología. Más aún, el perito al ser interrogado por el Tribunal manifestó lo siguiente:

¹²⁶ A folios 185 y ss. del Cuaderno de Pruebas 2.

¹²⁷ Folio 190 del Cuaderno de Pruebas 2.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

“DR. ABELA: Yo tengo una pregunta muy particular. Dentro del peritazgo usted básicamente se refiere a 2 grandes conceptos indemnizatorios, uno, el correspondiente a las ganancias dejadas o los perjuicios sufridos durante el periodo enero a julio de 2017 y hay otro que se refiere al periodo entre agosto de 2014 a septiembre de 2016. Ese entendimiento es correcto?

SR. ACOSTA: Correcto, sí señor, el primero sería lucro cesante y el otro indemnizatorio.

DR. ABELA: Para ese periodo de 2014-2017 usted también se basó en información cierta y concreta suministrada por Servicios Postales sobre el volumen de paquetes, valores promedios, en otras palabras, fueron sobre hechos ciertos, realizados y no sobre estimados?

SR. ACOSTA: Hasta octubre de 2016, ahí lo coloco en colorcito verde, ahí hay un estimativo.

DR. ABELA: No, es que una parte sustancial... (Interpelado)

SR. ACOSTA: Sí, lo sustancial es hechos cumplidos o basado en información de 4-72.

DR. ABELA: Bajo la misma dinámica, repartir el mercado entre los dos operadores con las mismas variables?

SR. ACOSTA: Correcto, sí señor.¹²⁸

Por lo tanto, no encuentra el Tribunal argumento alguno que permita inferir error en la metodología, procedimientos o cálculos consignados en el dictamen pericial anotado, por lo cual considera que el monto calculado, \$2.464'280.606, tal y como se solicita en esta pretensión, cubre el perjuicio correspondiente a las ganancias o utilidades dejadas de percibir con ocasión de la ejecución el Contrato, correspondiente al período comprendido entre agosto de 2014 y 17 de enero de 2017. Dicho perjuicio fue demostrado; se deriva de un incumplimiento contractual, cierto y moroso como también fue declarado, en lo pertinente y con los alcances ya citados, en el laudo de 2016, pero cuyo monto y existencia como tal, pendiente de su tasación, lo que al decretar la liquidación del Contrato efectúa hoy este Laudo.

De igual manera, esta pretensión solicita que el valor citado, \$2.464'280.606, sea actualizado desde el momento de su causación y hasta que se efectúe su pago total. Ni la Convocada, ni el Ministerio Público (más allá de la oposición genérica efectuada por la Convocada, tanto al contestar la demanda como al alegar), interpusieron excepción o defensa alguna que contradijese esta específica pretensión.

¹²⁸ Ver Folio 189 anverso del Cuaderno de Pruebas 4.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Sobre este particular y en primera instancia, observa el Tribunal que el reconocimiento y pago de la corrección monetaria o pago por desvalorización monetaria no es sólo parte esencial del perjuicio a ser reconocido, sino evidente concepto de justicia económica en países que, como Colombia, presentan fenómenos de pérdida de poder adquisitivo reales.

Si bien durante los últimos años los índices macroeconómicos del país muestran tasas de inflación decrecientes y bajas, sobre montos cercanos al 3 y 5% anual, tal realidad no fue la constante durante muchos años, aún de reciente recordación, precisando que los indicadores económicos nacionales no requieren prueba por considerarse hechos notorios, al tenor de lo preceptuado por el artículo 180 del C.G.P.

Resulta claro que el reconocimiento de una actualización monetaria de una suma decretada como indemnización de perjuicios por hechos acaecidos hace algún tiempo, como es el caso que nos ocupa, es un acto de justicia económica que no puede negar este Tribunal. Más aún, es ésta la tendencia de nuestra jurisprudencia y doctrina, aun de manera oficiosa, más aún si existe expresa petición de parte como es el caso de esta demanda arbitral. Sobra anotar que el reconocimiento de corrección monetaria y actualización opera frente a condenas de perjuicios por responsabilidad contractual y que tal valor se ha considerado como parte de la condena real por perjuicios, en jurisprudencia reiterada de nuestras Cortes y tribunales arbitrales desde la década de los setenta del siglo pasado, incluyendo sentencias tan conocidas como la de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de nueve (9) de julio de mil novecientos setenta y nueve (1979), o la de doce (12) de agosto de mil novecientos ochenta y ocho (1988). Observa la Corte Suprema de Justicia en su sentencia de nueve (9) de julio de mil novecientos setenta y nueve (1979) que:

”Sea de observar que en este propósito de restablecer cabalmente dicho equilibrio la doctrina, los autores y la jurisprudencia, han tomado indiscutible rumbo que apunta a tener en cuenta para tales casos y aún sin petición de parte “la corrección monetaria” en las obligaciones de pagar perjuicios ...”.

Por ende, el Tribunal accederá a la petición de la demanda de decretar la indexación sobre la suma decretada como perjuicio, con la precisión que si bien la demanda no lo indicó, por ser un índice económico que no requiere prueba al tenor de lo ya reseñado en el art. 180 del C.G.P., esta indexación se decretará con base en el índice de aumento de precios al consumidor, IPC, que certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE.

Ahora bien, problemática adicional es definir el momento en que opera la indexación anotada. La demanda la solicita desde su causación sin determinar una fecha concreta en que ello pudo ocurrir. En tal sentido, requisito fundamental de toda condena en perjuicios, es el de la constitución en mora del

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

deudor, tal y como lo requiere el artículo 1615 del Código Civil.¹²⁹ Como se anotó, la condena en perjuicios decretada tiene como antecedente el Laudo de 2016, que ya había fijado un incumplimiento moroso de la Convocada, situación que este Laudo, en los términos ya reseñados anteriormente y en lo pertinente, reitera en lo que atañe al debate procesal que nos ocupa, lo que permite entender que el lucro cesante decretado, es un perjuicio derivado de un incumplimiento contractual moroso.

De otra parte, ya en materia del momento desde el cual operaría la indexación aplicable al perjuicio declarado, debe señalarse que el valor anotado, \$2.464.280.606, fue calculado por el peritaje ya reseñado como un valor indexado a la fecha del mismo, es decir, diciembre 14 de 2016. De allí, pues que la monto a indexar debe operar con posterioridad a la fecha del dictamen pericial, en la medida en que el mismo ya está indexado hasta 14 de diciembre de 2016.

Por lo tanto, el Tribunal decretará la actualización de la suma indicada como ganancias o utilidades dejadas de percibir, debidamente actualizadas con base en el índice de aumento de precios al consumidor, IPC, que certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE desde 15 de diciembre de 2016, que a la fecha del Laudo asciende a la suma de \$ 100.677.131,2 , tomando como base para su cálculo los índices de precios al consumidor de los meses de diciembre de 2016 y diciembre de 2017, para efectos de la actualización de la suma anteriormente mencionada. Esta suma, en todo caso, se actualizará con base en el citado IPC, hasta la fecha efectiva de pago.

De esa manera, en la parte resolutive del Laudo se decretará que prospera la Segunda Pretensión Consecuencial, por lo cual se condena a la Convocada a pagar a la Convocante la suma de dos mil quinientos sesenta y cuatro millones novecientos cincuenta y siete mil setecientos treinta y siete pesos con dos centavos (\$ 2.564.957.737,2), correspondiente a ganancias o utilidades dejadas de percibir por el período comprendido entre agosto de 2014 y enero 17 de 2017, valor ya indexado desde diciembre 15 de 2016 hasta la fecha del Laudo, y suma que se actualizará con base en el índice de aumento de precios al consumidor, IPC, que certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, hasta la fecha efectiva de pago.

Siguiendo el orden propuesto, el Tribunal aboca el estudio de la Tercera Pretensión Consecuencial de la Demanda, que persigue lo siguiente:

*“**TERCERA:** Que como consecuencia del reconocimiento de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO**, que inicialmente consideramos en la suma de **MIL TRESCIENTOS TREINTA Y CUATRO MILLONES OCHOCIENTOS OCHENTA Y SEIS MIL SETECIENTOS***

¹²⁹ Criterio claramente soportado en la Jurisprudencia nacional. Véase Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, Sala Civil, de 14 de diciembre de 1.992. Magistrado Ponente, Dr. Héctor Marín Naranjo.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

CINCUENTA PESOS M/CTE. (\$1.334'886.750) por concepto indemnización del porcentaje de la facturación de clientes del Casillero Virtual que continuarían utilizando el servicio de Casillero Internacional con **TRANEXCO**, desde enero hasta julio de 2017 o la suma que resulte probada.

La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectúe el pago total de la misma".¹³⁰

Al respecto, al alegar de conclusión señaló lo siguiente:

" 5.2.4.- "¿En cuánto estimaría el valor total de las ventas o facturación desde enero de 2017 hasta julio de 2017 a partir de lo cual se debería fijar la indemnización?"

Respuesta: *"se tiene un valor de indemnización de \$1.307.985.765."* la cual explica con un cuadro detallado".¹³¹

Sin embargo, en el dictamen pericial ya citado, elaborado por el perito José Roberto Acosta¹³², tal suma es \$1.334.886.750, concordante con la establecida en la citada pretensión de la demanda.

Por su parte, la Convocada presentó de manera general contra todas las pretensiones consecuenciales las ya citadas excepciones de cosa juzgada, enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, además de haber invocado al alegar de conclusión la falta de nexo causal entre el incumplimiento y el daño alegado. Por su parte, el Ministerio Público presentó su opinión en los términos ya reseñados, aceptando la viabilidad de las pretensiones de condena en perjuicios, que al igual que el alcance de las citadas excepciones interpuesta por la Convocada no se repiten por economía procesal, pero cuyos argumentos se reiteran en lo pertinente.

Antes del análisis de la aplicabilidad de las excepciones interpuestas en materia específica de esta pretensión, es oportuno señalar que la misma busca que se condene al pago de \$1.334'886.750, por concepto indemnización del porcentaje de la facturación de clientes del Casillero Virtual que continuarían utilizando el servicio de Casillero Internacional con la Convocante, desde enero hasta julio de 2017 o la suma que resulte probada. Es decir, una indemnización de perjuicios, que no se califica como tal pero que puede entenderse como un daño emergente para los efectos del artículo 1614 del Código Civil, por la no facturación a los clientes del casillero virtual por el periodo de enero a julio de 2017.

¹³⁰ Demanda Arbitral. Folios 8 y ss. del Cuaderno Principal 1.

¹³¹ A folio 215 del Cuaderno Principal 2.

¹³² A folios 185 y ss. del Cuaderno de Pruebas 2

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

De entrada advierte el Tribunal, sin detenerse en el análisis de las excepciones interpuestas, que esta pretensión no ha de prosperar en la medida en que no se configura un presupuesto esencial de la teoría indemnizatoria de perjuicios, cual es la existencia de un nexo causal entre el perjuicio alegado y el incumplimiento demostrado.

Si bien, la Convocante ha demostrado el incumplimiento contractual de la Convocada a sus obligaciones bajo el Contrato, y la excepción de cosa juzgada no es de recibo por las razones ya anotadas anteriormente en el Laudo (básicamente porque lo decidido en el Laudo de 2016 no fue una terminación del Contrato y su liquidación definitiva, sino un corte de cuentas parcial a agosto de 2014, con condenas de perjuicios asociadas al corte de cuentas), no puede dejarse de lado que el Contrato, al tenor del mismo Laudo de 2016, tenía vigencia hasta 17 de enero de 2017, con lo cual cualquier prestación económica posterior a esa fecha no estaba comprendida en su objeto, salvo acuerdo expreso de las partes que no fue probado al expediente.

Mal puede entenderse vigente el Contrato después de enero 17 de 2017, cuando expresamente esa fue la fecha de terminación de su término de duración según lo determinó, con carácter de cosa juzgada, el Laudo de 2016, y cuando no ha sido materia del debate procesal una vigencia posterior (salvo si se hubiese acordado o no 6 meses como consecuencia de la reanudación de su vigencia, lo que no fue del caso), y ciertamente, no se alegó por la Convocante como pretensión de su demanda.

Así las cosas, el término de duración del Contrato terminó el 17 de enero de 2017, con lo cual no encuentra el Tribunal sustento alguno para que se reclame el pago de perjuicios por concepto de prestaciones contractuales que se habrían surtido con posterioridad a su vencimiento, como sería la facturación a clientes del casillero virtual durante enero a julio de 2017.

Bajo este escenario, resulta evidente que tal condena en perjuicios supondría un enriquecimiento sin causa en favor de la Convocante, ya que no existiría una causa lícita (el incumplimiento contractual asociado al perjuicio alegado), asociada a la condena respectiva, en la medida en que dicho monto no se deriva de un evento indemnizable bajo el Contrato, ya que la prestación contractual y obligacional resultante no se generaría durante la vigencia del Contrato. Resulta injusto condenar a una parte a una condena en perjuicios, cuando la fuente obligacional respectiva ya estaría terminada, como lo sería cualquier prestación posterior a enero 17 de 2017. Todo lo anterior, aplicando los elementos configurativos de la excepción de enriquecimiento sin causa a la que se ha referido el Tribunal en numerales anteriores de este capítulo.

Pero, fundamentalmente, no es procedente esta pretensión porque ciertamente el perjuicio solicitado carece de conexidad con el incumplimiento contractual alegado y demostrado, ya que la presunción legal respectiva se rompe en el momento en que, como ocurre en esta oportunidad, el daño no se

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

deriva de una obligación causada durante el término de duración del Contrato, ya que la misma se configuraría por fuera de su vigencia en el tiempo.

Así las cosas, en la parte resolutive del Laudo se decretará que no prospera esta Tercera Pretensión Consecuencial y que, en materia específica y referida a ella, prosperarán las excepciones de “Enriquecimiento sin Causa”, y de “Falta de Conexidad entre el perjuicio y el Incumplimiento Contractual”, esta última esbozada en el alegato de conclusión pero que el Tribunal encuentra pertinente en aplicación de las normas de derecho citada, en particular los artículos 1613 y 1614 del Código Civil. Habiendo prosperado estas excepciones, no resulta procedente el análisis de otras excepciones interpuestas por la Convocada, así lo hayan sido de una manera general y no específica contra esta pretensión en concreto.

Continuando con el orden propuesto, el Tribunal analiza a continuación la Cuarta Pretensión Consecuencial de la Demanda, cuyo tenor es el siguiente:

*“CUARTA: Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a **SERVICIOS POSTALES NACIONALES** a que pague a **TRANEXCO** el equivalente a 100 salarios mínimos mensuales, que a la fecha corresponden a **SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS COLOMBIANOS (\$68'945.400,00)**, por concepto de perjuicios del orden moral causados por las pérdidas económicas, reputacionales y de imagen dentro del gremio de la mensajería y transporte de paquetes causadas a **TRANEXCO** por parte **SERVICIOS POSTALES NACIONALES**”¹³³.*

En tal sentido, no existen desarrollos muy significativos de esta pretensión por parte de la Convocante, la que, sin embargo, manifestó lo siguiente al alegar de conclusión: “Y para efectos de la condena en perjuicios morales solicito al Tribunal tener en cuenta la manifestación de la Convocada antes mencionada que literalmente vuelvo a transcribir así: Al contestar la Demanda SPN señala expresamente: “En cuanto a la estimación de los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimo, tal condena es procedente” Por consiguiente solicito al H Tribunal que proceda de conformidad.”¹³⁴

Por su parte y frente a esta pretensión la Convocada manifestó por una parte que se oponía la pretensión al señalar que: “A LA PRETENSION CUARTA CONSECUENCIAL: Me opongo ya que ningún perjuicio de orden moral se causa cuando no hay procedencia en cancelar alguno de orden material”.¹³⁵

¹³³ Demanda Arbitral. Folio 9 del Cuaderno Principal 1.

¹³⁴ Alegatos de Conclusión de Tranexco S.A. Ver Folio 217 anverso del Cuaderno Principal 2.

¹³⁵ Contestación de la demanda. Folio 264 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

No obstante lo anterior, en la misma contestación de la demanda, en el capítulo sobre sus comentarios al juramento estimatorio de la demanda arbitral, señaló lo siguiente: *“En cuanto a la estimación de los perjuicios morales en cuantía de 100 salarios mínimo, tal condena es procedente”*¹³⁶

De igual manera y como se ha señalado anteriormente, la Convocada presentó de manera general contra todas las pretensiones consecuenciales las ya citadas excepciones de cosa juzgada, enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, además de haber invocado al alegar de conclusión la falta de nexo causal entre el incumplimiento y el daño alegado

Asimismo, al alegar de conclusión verbalmente no se refirió a este punto, ni siquiera ante la manifestación expresa del apoderado de la Convocante, y se refirió en su escrito de manera genérica en los términos ya reseñados para todas las pretensiones consecuenciales, y que se reiteran de la siguiente manera: *““No existe relación de causalidad entre los hechos expuestos como generadores de responsabilidad y los perjuicios estimados por cuanto, en ningún momento, la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES ha incurrido en conducta indebida con ocasión del laudo arbitral de junio de dos mil dieciséis (2016) y mucho menos que lo exponga a cancelar la cláusula penal alguna, o por un hecho incierto. // Las pretensiones consecuenciales de condena no deben ser atendidas”*¹³⁷

Por su parte, el Ministerio Público no formuló manifestación expresa sobre este particular, por lo cual su opinión general, ya reseñada anteriormente, sobre la viabilidad de las declaraciones de condena en favor de la Convocante se reitera en esta oportunidad en lo pertinente.

Bajo esta perspectiva, debe analizar el Tribunal la pertinencia y viabilidad de la solicitud de condena por perjuicios morales que alega sufrió la Convocante, *“causados por las pérdidas económicas, reputacionales y de imagen dentro del gremio de la mensajería y transporte de paquetes causadas a TRANEXCO por parte SERVICIOS POSTALES NACIONALES”*.¹³⁸

El desarrollo del concepto de perjuicio moral y su consecuente posibilidad de ser indemnizado si ocurriese, son materias que han tenido un profundo y extenso desarrollo jurisprudencial y doctrinario particularmente en los últimos cien años en Colombia, desde la expedición de la famosa sentencia de la Sala Casación Civil de Corte de Suprema de 21 de julio de 1922¹³⁹, relacionada con el caso “Villaveces”, sobre el despojo del cuerpo de una persona en una fosa común y no en un mausoleo familiar. Lo anterior, ya que el Código Civil no consagra, ni regula de manera expresa la figura del

¹³⁶ Contestación de la demanda. Folio 271 del Cuaderno Principal 1.
¹³⁷ Alegatos de Conclusión Servicios Postales Nacionales S.A. Folio 244 del Cuaderno Principal 2.
¹³⁸ Demanda Arbitral. Folio 9 del Cuaderno principal 1.
¹³⁹ Gaceta judicial, Tomo XXIX

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

daño moral, lo que generó un desarrollo jurisprudencial muy significativo, tanto en materia civil, como en materia administrativa.

Con la expedición del Código de Comercio, el artículo 1006, ya genera una consagración expresa de la figura del daño moral, particularmente en materia contractual, lo que para la época, reafirmaba una tendencia muy clara en la doctrina y jurisprudencia nacional, ello sin entrar, por ser materia realmente ajena a este Laudo, a un análisis sobre el desarrollo de esta materia en derecho comparado.

Sin perjuicio de lo anterior y del profuso desarrollo de la figura, es claro hoy en día que los daños morales, entendidos como una modalidad de los denominados “daños extra patrimoniales”¹⁴⁰, son aquellos que afectan la naturaleza personal e íntima de la víctima, sus sentimientos profundos derivados de un dolor personal irrazonable e injustificado, con lo cual tal tipo de sufrimientos se han, usualmente, entendido como “perjuicios morales subjetivos”, en categoría jurisprudencial que tiene tantos detractores como numerosos seguidores.¹⁴¹ Por ello, se ha tendido a generalizar que el daño moral solo puede ser sufrido por una persona natural, exigiendo que el mismo tenga un carácter compensatorio, no restitutorio, en la medida que la indemnización busca aliviar la aflicción sufrida; de igual manera, se ha requerido que la indemnización se cuantifique con base en el grado de dolor o aflicción sufrida, y, además, que se pruebe su ocurrencia y monto, lo cual ha llevado a fijar límites máximos aplicables¹⁴².

De allí pues, que como criterio básico, el desarrollo jurisprudencial de esta figura haya llevado a que aquellos sufrimientos íntimos y personales sufridos por una víctima ante la acción de otra persona, deban ser reparados como una categoría propia, independiente del daño puramente patrimonial, y por ende, como una forma propia de perjuicio reparable, ya sea como un daño moral en sí, perjuicios morales subjetivos, o como una modalidad de daño extra patrimonial en la cosa, perjuicios morales objetivos (sin entrar en mayor desarrollo al respecto, por ser temática ajena al Laudo pero ciertamente de enorme controversia doctrinaria), perjuicio fisiológico o a la vida de la relación, daño al proyecto de vida, y demás modalidades de desarrollo práctico.

No obstante y como análisis estructural, el Tribunal considera oportuno hacer unos breves comentarios en torno a dos materias asociadas a esta problemática, que sí tienen relación concreta con el asunto materia de estudio, que son la viabilidad del daño moral en la responsabilidad contractual, y la viabilidad del daño moral frente a las personas jurídicas.

¹⁴⁰ Más allá de la confusión que ordinariamente se presentan entre unos y otros.

¹⁴¹ Para mayor detalle, ver a Javier Tamayo Jaramillo, “De la Responsabilidad Civil”, Tomo IV, Editorial Temis 1999, Págs. 144 y ss.

¹⁴² Para ello se ha acudido a los límites fijados por las normas penales, 1000 gramos oro en las más recientes, criterio frecuentemente usado por la Corte Suprema de Justicia, como la de 25 de noviembre de 1.992, con ponencia de Carlos E. Jaramillo, o el de 100 salarios mínimos legales mensuales, acogido por El Consejo de Estado en numerosas sentencias, como la de la Sección Tercera de 6 de septiembre de 2.001, con ponencia de Alier Hernández, o más recientemente en temas como la privación de la libertad, en sentencia de unificación de 28 de agosto de 2.014, expediente No 2002-02448 con ponencia de Hernán Andrade.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Sobre lo primero, sea del caso anotar que el daño moral puede derivarse de un evento de responsabilidad contractual, como un perjuicio meramente patrimonial, en la medida en que los presupuestos generales para su estructuración (incumplimiento demostrado, existencia del perjuicio, nexo causal que se presume y prueba del monto), estén acreditados, ya que todos los perjuicios como tales son indemnizables, sean ellos patrimoniales o no.

Sin embargo y más allá de lo establecido en el artículo 1716 del Código Civil, durante la primera mitad del siglo pasado, la jurisprudencia nacional fue reticente a otorgar una condena en perjuicios en un evento de responsabilidad contractual, dada la tendencia a asociarla a eventos de responsabilidad extracontractual y a cierta relación con la doctrina de derecho comparado que la negaba en principio¹⁴³.

No obstante esta posición inicial y ante la expedición del art. 1006 del Código de Comercio en materia del contrato de transporte, la Jurisprudencia evolucionó para estructurar una posición revisada y mucho más ajustada a la realidad, proceso que también ocurrió a nivel doctrinario, para entender que le perjuicio moral es aplicable y puede derivarse también como consecuencia de la ejecución de cualquier contrato, reconociendo la clara posibilidad, si así ocurriese, de indemnizar un perjuicio moral asociado a un evento de responsabilidad contractual¹⁴⁴. De esa manera, en la actualidad, no hay discusión alguna al respecto ni a nivel jurisprudencial, ni doctrinario, ni mucho menos a nivel de derecho comparado.

El materia del segundo tema: La posibilidad de solicitar una reparación del daño moral por parte de una persona jurídica, la tendencia tradicional había sido la de negar su viabilidad bajo el argumento que las personas jurídicas, a diferencias de las naturales y por su propia naturaleza, no pueden sufrir dolor o aflicción íntima, por lo cual mal pueden ser reparadas por daños morales. Cosa distinta sería si sus socios o representantes legales los sufriesen, caso en el cual la reclamación respectiva debería adelantarse por tales personas a título propio.¹⁴⁵

Con el tiempo, sin embargo y particularmente con la expedición de la Constitución de 1991, mucho más garantista en materia de derechos fundamentales, temas como la protección del buen nombre, la necesidad de reparación efectiva de los daños extra patrimoniales y, en general, con la debida protección de los derechos aún de personas jurídicas, han llevado a revisar esta visión aun cuando con alcances precisos y limitados.

¹⁴³ Es el caso de sentencias de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia, como las de 20 de febrero de 1944.

¹⁴⁴ De manera casi unánime la doctrina nacional e internacional acepta el daño moral en materia contractual, así como la jurisprudencia nacional desde los años setenta del siglo pasado, en fallos como el de la sala de Casación Civil de la Corte Suprema de Justicia de 22 de agosto de 1.979

¹⁴⁵ A título de ejemplo de esta postura, véase fallos como los de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 4 de diciembre de 1.954, o el de julio 6 de 1.955, o el del Consejo de Estado de 7 de junio de 1.973.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Bajo el concepto, a su vez muy discutible, que debe diferenciarse el daño moral subjetivo (daños en la esfera privado e íntima de la víctima), del moral objetivo u objetivado (repercusiones económicas que un bien pueda sufrir, así sean de carácter intangible y por ende, reparables), la jurisprudencia y doctrina han venido revisando esta postura para aceptar el daño moral como una categoría de perjuicio inmaterial indemnizable aún en materia de personas jurídicas, cuando se trate de afectaciones a su buen nombre o reputación comercial o profesional, al amparo de la garantía constitucional del artículo 15, o para permitir la viabilidad de acciones de tutela interpuestas por personas jurídicas para hacer respetar su buen nombre. Es el caso de fallos del Consejo de Estado (algunas negando las reparaciones por falta de prueba adecuada del perjuicio sufrido), como los de 20 de agosto de 1993, el ya citado de 6 de septiembre de 2001, o 16 de agosto de 2012, reiterados hasta hoy como en el de la Sección Tercera de 26 de octubre de 2015, expediente 2001- 01791-28019, con ponencia de Hernán Andrade, o por la Corte Constitucional en sentencias como la T-169/13, con ponencia de Nilson Pinilla.¹⁴⁶

De esta manera, con un alcance restringido, se admite hoy la posibilidad que una persona jurídica, si ve afectado su buen nombre o reputación profesional, pueda perseguir la reparación de un daño moral, derivado o no de una responsabilidad contractual, en la medida por supuesto que acredite los supuestos que los constituye y mientras demuestre adecuadamente su monto.

Efectuadas las precisiones generales anteriores, busca la Convocante que se le reparen los perjuicios *“causados por las pérdidas económicas, reputacionales y de imagen dentro del gremio de la mensajería y transporte de paquetes causadas a TRANEXCO por parte SERVICIOS POSTALES NACIONALES.*

Se trata entonces, de una solicitud de perjuicios por un daño moral derivado del incumplimiento del Contrato, que en su opinión se deriva de las pérdidas económicas de imagen y reputacionales en el gremio de mensajería y envío de paquetes, que la Convocada le ocasionó y cuyo monto estima en 100 salario legales mensuales, que, a la fecha de presentación de la demanda, equivalían a ***“SESENTA Y OCHO MILLONES NOVECIENTOS CUARENTA Y CINCO MIL CUATROCIENTOS PESOS COLOMBIANOS (\$68 945.400, 00)”***.

Es claro, entonces, que el daño moral solicitado corresponde a uno asociado al buen nombre y reputación profesional de la Convocante en el gremio de su actividad profesional como transportadora de paquetes y envíos (y como tal, y a la luz de la jurisprudencia reciente ya citada, indemnizable como una forma de daño moral objetivado, dada la afectación potencial a su buen nombre), derivado de un incumplimiento probado y declarado de las obligaciones de la Convocada bajo el Contrato (tal y como, ha sido declarado en este laudo y lo fue en el de 2016. No obstante, cabe anotar que el Laudo de 2016

¹⁴⁶ A favor de la tesis, también la doctrina en casos de afectación al buen nombre y afectación profesionales, ver Javier Tamayo Jaramillo, obra ya citada, pg. 159.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

negó la prosperidad de una pretensión similar al señalar que la Convocante no probó haber sufrido daño reputacional o a su imagen, con lo cual no decretó indemnización al respecto.

Por ende, conceptualmente hablando, la Convocante podría ser reparada; ya que, aún a pesar de ser un evento de daño moral alegado por una persona jurídica, el mismo corresponde a una alegación sobre la afectación al buen nombre y a su imagen reputacional con ocasión de la ejecución del Contrato.

El Tribunal encuentra que el tema del daño moral alegado no fue objeto de mayor análisis, argumentación o prueba durante el desarrollo del debate procesal, salvo las manifestaciones ya reseñadas en la demanda, su contestación y en los alegatos de conclusión, con lo cual el análisis concreto de la pretensión, habiendo establecido que conceptualmente hablando sería procedente, se circunscribe a determinar si la ocurrencia de tal perjuicio fue probada, y de haberlo sido, si su monto también lo fue.

Sobre el primer tema, la pretensión fue alegada en la demanda frente a la cual la Convocada se opuso, pero al tratar su estimación en el juramento estimatoria, la aceptó expresamente como procedente. Más aún, al desarrollar verbalmente su alegato, ante manifestación expresa de la Convocante en su exposición oral, no hizo referencia o reparo alguno, salvo la general consignada en la versión escrita de sus alegatos, ya reseñada varias veces. Bajo este contexto, no hay al expediente un desarrollo concreto o un análisis particular, menos prueba clara que permita determinar cuál fue el menoscabo, daño o afectación específico que la Convocante sufrió en su imagen o reputación profesional, como consecuencia del incumplimiento, ese sí demostrado, de la Convocada en sus obligaciones contractuales. Sin embargo, sí existe una aceptación de la Convocada al objetar todos los demás acápites del juramento estimatorio, reconociendo que esta solicitud de condena, como fue estimada, "es procedente".

Así las cosas, a pesar de la falta de desarrollo de la Convocante sobre el alcance preciso del perjuicio moral sufrido, de una oposición inicial de la Convocada en la contestación a la demanda, debe el Tribunal valorar esta situación, frente a la aceptación expresa también contenida en la citada contestación (y no revocada o comentada al realizar la presentación oral de sus alegatos), por la cual declaró la procedibilidad de esta pretensión, con alcances potenciales de confesión y de allanamiento a la misma.

A la luz de lo señalado y a pesar del expreso reconocimiento que hace la Convocada sobre la procedencia de la condena a no objetarla en el capítulo del juramento estimatorio, no puede pasarse por alto que en la misma contestación a la demanda, en capítulo anterior, la Convocada se opuso a

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

esta pretensión también de manera expresa¹⁴⁷, y la única prueba sobre este perjuicio y su ocurrencia efectiva se deriva de la no objeción, y aceptación real, de su ocurrencia con el manejo procesal dado al juramento estimatorio formulado por la Convocante.

Más aún, no encuentra el Tribunal prueba real del alcance del daño potencial a la buena imagen o nombre de la Convocante en el gremio transportador de paquetes, ni su afectación reputacional como tal, ni cuál fue en concreto tal afectación o daño sufrido, más allá de los perjuicios económicos sufridos como consecuencia del incumplimiento por parte de la Convocada del Contrato.

No existe un desarrollo argumental, ni probatorio que demuestre que el incumplimiento contractual se tradujo en un perjuicio concreto y específico que afectase su buen nombre, o su imagen profesional en un gremio que, por lo demás, tampoco fue demostrado como existente o cual la influencia concreta de la Convocante en el mismo. El daño moral supone, como cualquier otro, acreditar su ocurrencia específica, por lo cual debió la Convocante acreditar de qué manera su nombre o imagen profesional fueron afectadas por el incumplimiento contractual, lo cual no ocurrió en el trámite arbitral que nos ocupa. En otras palabras, no encuentra el Tribunal un daño moral efectivamente probado, como un hecho cierto y efectivo, al no encontrar evidencia de la afectación que pudo haber sufrido la Convocante en su reputación profesional o en su buen nombre.

Por lo tanto, no resulta procedente acceder a esta pretensión que busca se determine la existencia de un daño moral, cuya realidad, ocurrencia y determinabilidad específica no se acreditó, lo que se declarará en la parte resolutive del Laudo.

En desarrollo de la Demanda, la Convocante busca como Pretensión Quinta Consecuencial lo siguiente: ***QUINTA: Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a que pague a TRANEXCO todos los demás perjuicios que se prueben dentro de la presente demanda, debidamente indexados.***

Como se ha anotado, la Convocada se opuso a todas las pretensiones consecuenciales, y a esta en particular¹⁴⁸, señalando: *“Me opongo ya que el vocablo demás perjuicios no se enmarca en los materiales o morales que establece la Ley sustancial, a pesar de lo cual, ha debido indicarse su causa y estimarlos en los términos del Código General del Proceso”*. Sobre la posición del Ministerio Público, se reiteran los comentarios efectuados anteriormente frente a las demás pretensiones consecuenciales.

Sobre este particular, la condena en perjuicios, como se ha desarrollado en capítulos anteriores de este Laudo, requiere no solo una acreditación real sobre su ocurrencia, derivada de un evento de

¹⁴⁷ Demanda Arbitral. Folio 9 del Cuaderno Principal 1.

¹⁴⁸ Contestación de la demanda. Folio 264 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

incumplimiento contractual, sino también sobre su monto efectivo. No hubo, por parte de la Convocante, un ejercicio de análisis, presentación y determinación de esos otros perjuicios que pudo o creyó haber sufrido, mucho menos prueba de su ocurrencia o monto, por lo cual no es labor del Tribunal entrar a desentrañar cuales pudieron haber sido, o cuál su potencial monto, que por lo demás no aparece ni se deriva de prueba alguna del expediente. No existe, entonces, prueba alguna, mucho menos sobre su monto, sobre perjuicio adicional alguno que hubiese sufrido la Convocante, lo que impide al Tribunal analizar sus alcances o potencial ocurrencia.

Por lo tanto y así lo declarará la parte resolutive del Laudo, esta pretensión no ha de prosperar.

De igual manera y en desarrollo del orden propuesto, como Sexta Pretensión Consecuencial de la Demanda, solicita la Convocante: “**SEXTA:** *Que como consecuencia de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a pagar las costas del trámite arbitral y las agencias en derecho, de conformidad con lo establecido en los artículos 365 y 366 del Código General del Proceso*”¹⁴⁹.

Por su parte, la Convocada se opuso la viabilidad esta pretensión¹⁵⁰, al considerar que debe ser la Convocante quien asuma las costas de lo que denominó “infundada pretensión”, y las dos partes reiteraron su posición al alegar de conclusión.

Teniendo en cuenta que se trata de una solicitud para condena en costas y en agencias en derecho, las mismas, junto con aquellas similares consignadas en la demanda de reconvenición, serán decididas en capítulo posterior del Laudo sobre esta materia.

De otra parte, como Séptima Pretensión Consecuencial, solicita la Demanda: “**SÉPTIMA:** *Que como consecuencia de una o varias de las anteriores declaraciones, se condene a SERVICIOS POSTALES NACIONALES a que pague a TRANEXCO la suma de CUATROCIENTOS CINCUENTA Y NUEVE MILLONES SEISCIENTOS CINCUENTA MIL QUINIENTOS OCHENTA Y TRES PESOS M/CTE (\$459.650.583), por concepto de la cláusula penal equivalente al diez por ciento (10%) del valor ejecutado del Contrato de Colaboración Empresarial No. 051 de fecha 17 de enero de 2011, de conformidad con la cláusula décima primera del mencionado contrato. o la cantidad que finalmente resulte probada. // La anterior suma debe indexarse desde el momento de su causación hasta que se efectíe el pago total de la misma.*”¹⁵¹.

¹⁴⁹ Demanda Arbitral. Folio 9 del Cuaderno Principal 1.
¹⁵⁰ Contestación de la demanda. Folio 264 del Cuaderno Principal 1.
¹⁵¹ Demanda Arbitral. Folio 9 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Al respecto, la demanda señala como hecho lo siguiente: *"4.22.- En la cláusula Décima Primera del Contrato de Colaboración Empresarial se pactó la cláusula penal pecuniaria equivalente al diez por ciento (10%) del valor ejecutado del contrato"*¹⁵².

Y, para resumir su posición, al alegar de conclusión manifestó lo siguiente:

"6.6.- Cláusula penal: Debido a los incumplimientos de SERVICIOS POSTALES NACIONALES se hace necesario dar aplicación a la cláusula penal pactada, al respecto de esta, el artículo 1592 del código civil, establece:

"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."

De la misma forma y para reforzar nuestra pretensión, (en la sentencia del 23 de mayo de 1996, Ponente Dr. Carlos Esteban Jaramillo, Expediente No. 4607), manifestó:

"Entendida, pues, la cláusula penal como el negocio constitutivo de una prestación penal de contenido patrimonial, fijada por los contratantes, de ordinario con la intención de indemnizar al acreedor por el incumplimiento o por el cumplimiento defectuoso de una obligación, por norma general se le aprecia a dicha prestación como compensatoria de los daños y perjuicios que sufre el contratante cumplido, los cuales, en virtud de la convención celebrada previamente entre las partes, no tienen que ser objeto de prueba dentro del juicio respectivo, toda vez que, como se dijo, la pena estipulada es una apreciación anticipada de los susodichos perjuicios, destinada en cuanto tal a facilitar su exigibilidad. Esa es la razón, entonces, para que la ley excluya la posibilidad de que se acumulen la cláusula penal y la indemnización de perjuicios, y solamente por vía de excepción, en tanto medie un pacto inequívoco sobre el particular, permita la acumulación de ambos conceptos, evento en el que, en consecuencia, el tratamiento jurídico deberá ser diferente tanto para la pena como para la indemnización, y donde, además, la primera dejará de ser observada como una liquidación pactada por anticipado del valor de la segunda, para adquirir la condición de una sanción convencional con caracterizada función compulsiva, ordenada a forzar al deudor a cumplir los compromisos por él adquiridos en determinado contrato."

*Los anteriores son argumentos y encontrándose debidamente probados los incumplimientos de la Convocado, se le debe condenar a pagar la cláusula penal"*¹⁵³.

¹⁵² Demanda Arbitral. Folio 7 del Cuaderno Principal 1.

¹⁵³ Alegatos de Conclusión Tranexco S.A. Folios 219 anverso y 220 del Cuaderno Principal 2.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

Por su parte, la Convocada no manifestó nada sobre el hecho 4.22 de la demanda, con los consecuentes efectos legales ante su silencio, pero se opuso a esta pretensión¹⁵⁴, aduciendo que la cláusula penal tiene como presupuesto el incumplimiento contractual, pronunciamiento que, en su opinión, ya fue desatado en Tribunal de Arbitramento anterior y no en el presente.

Como se ha anotado, el Tribunal entiende que frente a esta pretensión, como frente a todas las anteriores, la Convocada interpuso las excepciones de cosa juzgada, enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada.

Asimismo, entiende el Tribunal que alegó una nueva excepción de falta de nexo causal al alegar de conclusión cuando señaló que: *“No existe relación de causalidad entre los hechos expuestos como generadores de responsabilidad y los perjuicios estimados por cuanto, en ningún momento, la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES ha incurrido en conducta indebida con ocasión del laudo arbitral de junio de dos mil dieciséis (2016) y mucho menos que lo exponga a cancelar la cláusula penal alguna, o por un hecho incierto. // Las pretensiones consecuenciales de condena no deben ser atendidas”*¹⁵⁵

Por su parte y se reitera, el Ministerio Público no formuló manifestación expresa sobre este particular, por lo cual su opinión general ya reseñada anteriormente, sobre la viabilidad de las declaraciones de condena en favor de la Convocante, es aplicable en lo pertinente en esta oportunidad.

En materia de la cláusula penal, cuya condena solicita la demanda, el Tribunal considera oportuno realizar las siguientes precisiones generales antes de abocar el estudio concreto de aquella consignada en el Contrato:

1. Como una modalidad contractual que busca sancionar un evento de incumplimiento, la cláusula penal ha sido tradicional y milenariamente estructurada (aun desde su más remoto antecedente en la *stipulatio poenae romana*), como una estipulación anticipada de los perjuicios potenciales asociados con dicho incumplimiento contractual.

Dicha mora debitoria, con el paso de los años, dio lugar a una visión más amplia de la figura que no solo busca estimar anticipadamente los perjuicios potenciales, sino, además, generar un espectro más amplio de posibilidades contractuales para evitar tal incumplimiento, o para regular su ocurrencia, como fue el caso de la legislación Colombiana que la regula con un carácter multipropósito. No obstante lo anterior, muchas legislaciones mantuvieron el carácter estrictamente estimatorio de perjuicios¹⁵⁶, o algunas como las legislaciones de corte anglosajón sencillamente las consideraban ilegales por

¹⁵⁴ Contestación de la demanda. Folio 264 del Cuaderno Principal 2.

¹⁵⁵ Alegatos de Conclusión de Servicios Postales Nacionales. Folio 244 del Cuaderno Principal 2.

¹⁵⁶ Como era el caso, por ejemplo, del artículo 1229 del Código Civil Francés.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

considerarlas restrictivas para los intereses del deudor, permitiendo solo aquellas que eran estimatorias del quantum de los perjuicios que se llegasen a sufrir, bajo la modalidad de las denominadas “cláusulas de estimación o liquidación de perjuicios”.¹⁵⁷

2. La legislación Colombiana, tal y como la estructuró Andrés Bello, se apartó de la posición tradicional del Código Civil francés, para darle un alcance mucho mayor y más amplio.

De esa manera, el artículo 1.592, que más que una definición es una descripción de la figura, la regula como “*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*”. Por ello, la doctrina nacional ha definido a la cláusula penal como “*Un pacto o acuerdo de voluntades que estructura una pena convencional destinada a regular potenciales efectos sancionatorios derivados del retardo o del incumplimiento una obligación, en particular para delimitar un esquema de aseguramiento en caso de tal incumplimiento y no solo una estimación de los perjuicios indemnizatorios correspondientes*”.¹⁵⁸

Esta definición legal permite delimitar las características básicas de la figura que la doctrina y jurisprudencia han delimitado y que pueden resumirse de la siguiente manera:¹⁵⁹ (i) Es una estipulación accesorio, que sigue la suerte de un contrato o acuerdo de voluntades principal, (ii) tiene un propósito multifuncional, que le permite a las partes contratantes darle un alcance amplio y variado y (iii), supone una pena convencional que regula las situaciones de incumplimiento y determina los efectos sancionatorios derivados del mismo.

Es por ello, como anota la doctrina nacional e internacional¹⁶⁰, que la cláusula penal cumple varias funciones, desde servir como garantía convencional que estimula el cumplimiento de las obligaciones pactadas, pasando por una de coerción estipulada que motiva a las partes a cumplirlas, hasta la tradicional de estimar anticipadamente y sin necesidad de prueba posterior, del monto de los perjuicios que se derivarían de tal mora deuditoria.

3. De esta manera, la cláusula penal, como estipulación convencional, permite a las partes un amplio espectro de posibilidades prácticas, todas ellas encaminadas a regular, estimar y

¹⁵⁷ Liquidated damages clauses. Para un mayor detalle y análisis del tema de la cláusula penal, ver Andrew Abela Maldonado, “Obligaciones con Cláusula Penal” en “Derecho de las Obligaciones”, Tomo I, 2ª edición, 2015, Universidad de los Andes- Editorial Temis, páginas 185 a 256.

¹⁵⁸ Ver Andrew Abela Maldonado, obra citada, página 190.

¹⁵⁹ Ver Andrew Abela Maldonado, obra citada, páginas 191 y ss., Guillermo Ospina Fernández, “Régimen General de las Obligaciones”, 3ª edición, Edit. Temis, Página 147, o en sentencias como la ala Civil de la Corte Suprema de Justicia de 7 de octubre de 1.978.

¹⁶⁰ Véase Andrew Abela M, obra citada, páginas 196 y ss.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

desarrollar las consecuencias de un incumplimiento contractual, incluyendo por supuesto, la estimación anticipada de los perjuicios moratorios o compensatorios derivados el mismo.

En este contexto, es oportuno reiterar los alcances en principio contradictorios, pero que en realidad no lo son¹⁶¹, de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil, aplicables en materia comercial dada la remisión expresa efectuada por el art. 822 del Código de Comercio, el que tan solo tiene una escasa regulación propia en su artículo 867. De esta manera, el art 1594 establece que *“Antes de constituirse el deudor en mora, no puede el acreedor demandar a su arbitrio la obligación principal o la pena, sino solo la obligación principal; ni constituido en mora, puede el acreedor pedir a un mismo tiempo el cumplimiento de la obligación principal y la pena, sino cualquiera de las dos a su arbitrio; a menos que aparezca haberse estipulado la pena por el simple retardo, o a menos que se haya estipulado que por el pago de la pena no se entienda extinguida la obligación principal”*

Y el 1600 establece que *“No podrá pedirse a la vez la pena y la indemnización de perjuicios, a menos de haberse estipulado así expresamente; pero siempre estará al arbitrio del acreedor pedir la indemnización o la pena”*.

El art. 1600 es una reiteración de norma similar del Código Civil francés, en el cual la cláusula penal solo es una estimación anticipada de perjuicios, mientras que el 1594, es el desarrollo de una figura más amplia que permite a esta institución jurídica una función y alcance mucho mayores, incluyendo las que la práctica y doctrina conoce como “cláusulas penales de apremio”, por las cuales la estipulación incorpora no solo tal estimación anticipada de perjuicios, compensatorios y/o moratorios, sino también penas o sanciones adicionales que “apremian” al deudor incumplido.

- 4. Por ello, bajo el amparo del art 1594, citado, la cláusula penal puede revestir la modalidad de apremio adicional, en la medida en que; (i) para la indemnización moratoria, el retardo respectivo: “aparezca” haberse estipulado, como sería el caso de multas por incumplimientos parciales, sanciones por retardo en el tiempo o similares, o (ii) en materia de indemnización compensatoria, moratoria o ambas, se pacte expresamente la pena adicional a la estimación anticipada de perjuicios, lo que permitiría su cobro simultáneo o parcial, a elección del acreedor.

¹⁶¹ Ver Abela Maldonado, obra citada, págs. 205 y siguientes, o la Sentencia de la Sala Civil de la Corte suprema de Justicia, de 7 de junio de 2002, expediente No 7320, con ponencia de Silvio Fernando Trejos B.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Cuando el art. 1600 citado, señala que no es viable el cobro simultáneo de la indemnización de perjuicios y de la cláusula penal, lo que el acreedor puede escoger a su arbitrio, salvo que así lo hay pactado, debe entenderse entonces es que si hubo estipulación expresa, la cláusula penal de apremio o adicional es viable y ejercitable por el acreedor a su arbitrio (sin perjuicio de poder perseguir, además, los perjuicios adicionales que deberá acreditar), para lo cual puede acogerse al beneficio legal de no tener que demostrar su monto, o si no hubo tal pacto expreso, deberá escoger entre la cláusula penal acordada con el monto fijado, o pedir otros perjuicios, los que por supuesto deberá demostrar y cuantificar.

- 5. Por lo demás, el Tribunal señala que la cláusula penal es una modalidad contractual viable y usual en materia de contratación administrativa, regulada y aceptada por los diferentes estatutos de contratación estatal, como lo fueron los artículos 63, 71 y 72 del decreto 222 de 1.983, o el 17 de la ley 1150 de 2007. ¹⁶²Lo anterior, sin perjuicio de la aplicabilidad general de las normas generales sobre contratos y obligaciones civiles o mercantiles, en ausencia de norma especial expresa.

Este marco conceptual, muy breve, permite entender a la cláusula penal como una figura multi propósito, que posibilita a las partes regular, con muy variados alcances, las consecuencias de un evento de incumplimiento para anticipar y estimar los perjuicios resultantes, y/o para fijar penas o sanciones adicionales en las condiciones que estimen adecuadas, naturalmente dentro de los límites legales respectivos, como por ejemplo en materia del monto estimable máximo de perjuicios, como el establecido por el art. 1601 del Código Civil.

Así las cosas, la cláusula décima primera del Contrato, estructuró una cláusula penal con el siguiente alcance: *“En caso de terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, la parte incumplida se obliga a pagar a la parte cumplida una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total estimado o ejecutado del contrato por el correspondiente período calendario anual transcurrido al momento de la decisión de terminación, a título de indemnización y como cálculo anticipado de los perjuicios sin que la parte cumplida esté obligada a probar dichos perjuicios”*¹⁶³.

Lo primero que el Tribunal observa es que ninguna de las excepciones interpuestas por la Convocante han de prosperar, ya que:

¹⁶² La ley 80 de 1.993 no reguló expresamente a la cláusula penal, con lo cual operó como una figura convencional muy usada en la práctica, a la que se les aplicaba en lo pertinente las normas civiles y comerciales sobre la materia.
¹⁶³ Ver folio 10 del Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

1. La cosa juzgada, cuyos alcances y condiciones se han explicado en detalle en capítulos anteriores de Laudo, exige entre otros, identidad de objeto entre la providencia anterior y la materia a decidir en el segundo juicio, no solo en materia de la pretensión solicitada en uno y otro juicio, sino en aquello decidido por la primera providencia, para establecer si se trata o no de la misma materia.

Si se revisa el contenido del Laudo de 2016¹⁶⁴, al decidir sobre la octava pretensión consecencial de la demanda de entonces, negó la pretensión sobre bases muy claras, que no son las actualmente debatidas en este trámite arbitral. Negó la viabilidad de esta pretensión en la medida en que al no operar ni decretarse un evento de incumplimiento, no era viable activar el cobro de la cláusula penal, que, por definición, opera ante un evento de mora deuditoria. Por ello, al haberse decretado la vigencia prorrogada del Contrato, no era posible decretar la efectividad de una cláusula penal.

Este proceso se debate y decreta una situación de terminación del Contrato, por lo cual no hay identidad de objeto entre lo decidido en 2016 y lo pretendido hoy, con lo cual la cosa juzgada no es procedente.

2. El enriquecimiento sin causa, no se configura básicamente porque si se decretase una condena en perjuicios, no habría causa injusta que la motivase, ya que ella encontraría pleno soporte legal, que más que la declaratoria de un perjuicio derivado de un incumplimiento contractual, ampliamente soportado en la ley aplicable. Por ello, lejos de haber un enriquecimiento injusto, habría uno con plena justificación legal. Por lo demás, no demostró la Convocada cual sería la injusticia de tal potencial enriquecimiento.
3. La excepción de Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, tampoco encuentra asidero, ya que la Convocada sencillamente no argumenta, menos demuestra de qué manera el cobro de una cláusula penal, pactada en el Contrato, no es materia sujeta de decisión arbitral, o como sus acciones no se enmarcan dentro de los presupuestos de una responsabilidad contractual. Tampoco, la expuesta al alegar de conclusión, falta de nexo causal, encuentra soporte alguno, en la medida en que no logra la Convocada explicar cómo se rompe en este caso dicha causalidad ante un claro incumplimiento contractual declarado.

¹⁶⁴ A Folios 23 y ss del Cuaderno de Pruebas 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *vs.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

Sin perjuicio de lo anterior, esta pretensión no ha de prosperar, dados los alcances de la redacción contractual de esta cláusula penal en el Contrato frente a los supuestos legales que ya se han citado sobre el cobro simultáneo de pena y obligación principal, a la luz de los artículos 1594 y 1600 del Código Civil.

En efecto, la forma en que las partes estipularon esta figura en el Contrato es clara: "*En caso de terminación del contrato por incumplimiento de las obligaciones de una de las partes, la parte incumplida se obliga a pagar a la parte cumplida una suma equivalente al diez por ciento (10%) del valor total estimado o ejecutado del contrato por el correspondiente período calendario anual transcurrido al momento de la decisión de terminación, a título de indemnización y como cálculo anticipado de los perjuicios sin que la parte cumplida esté obligada a probar dichos perjuicios*"¹⁶⁵. (Subrayas son nuestras).

La cláusula penal en este caso es una estimación anticipada de perjuicios compensatorios y moratorios (no se hace distinción al respecto), ante un evento de terminación del Contrato, a título de indemnización, permitiendo no tener que probar su monto, equivalente al 10% del valor contractual. No hay, estipulación siquiera probable, menos expresa que permita entender que es viable el cobro de perjuicios adicionales, o en las que aparezca que la pena se pactó ante un simple retardo.

No, es por ende, esta cláusula penal en concreto una de aquellas de apremio, que permita o autorice el cobro de perjuicios adicionales a la pena convencional acordada, sino una tradicional y frecuente de estimación anticipada de perjuicios como tal, sin alcances adicionales.

Por ello, y en ausencia de estipulación expresa, cobra vigor el precepto obligatorio de los citados artículos 1594 y 1600 del Código Civil, que prohíben cobrar al tiempo perjuicios y penal, sino los uno o la otra, a elección del acreedor.

Y la Convocante, eligió, pidió perjuicios como los que solicita en pretensiones consecuenciales previas, y obtuvo el decreto y condena respectivos frente a alguna de ellas. Pero, al tiempo que pide tales perjuicios, solicita la condena por la cláusula penal, lo que a la luz de lo pactado en la cláusula décima primera del Contrato, no le es posible, debiendo haber elegido entre lo uno y lo otro, pero no los dos de manera simultánea. De esa manera, no es procedente el pago y condena de la cláusula penal, habiendo elegido la Convocante solicitar el pago de perjuicios (que sobra señalar reparan los daños asociados con el incumplimiento contractual decretado), como efectivamente lo decidió al formular su demanda.

Por lo anterior, no ha de prosperar esta pretensión consecencial, lo que se declarará en la parte resolutive del Laudo.

¹⁶⁵ Ver Folio 10 del Cuaderno de Pruebas 1.

E. PRETENSIONES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

1. PRETENSIONES PRINCIPALES DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PRETENSIONES PRIMERA Y SEGUNDA PRINCIPAL DEMANDA DE RECONVENCIÓN

Cumple despachar ahora la primera pretensión de la demanda de reconvencción, como quiera que ésta apunta a que el Tribunal declare lo contrario a la primera pretensión de la demanda principal que ya fue acogida, y que, por lo mismo, debe ser desestimada. En efecto, con esa primera pretensión principal de la demanda de reconvencción, SPN persigue que *“(s)e declare que el CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL 051 suscrito entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.L (sic) y TRANEXCO S.A. el día 17 de Enero de 2017 y sus otro-si (sic) tuvo vigencia hasta el día treinta (30) de Junio de Dos Mil Dieciséis (2016) fecha en la cual el Tribunal de Arbitramento tramitado ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá profirió LAUDO ARBITRAL instaurado (sic) el veinte (20) de Junio de Dos Mil Catorce (2014) por TRANEXCO S.A. contra SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.”*¹⁶⁶

Por su parte la demandada en reconvencción propuso la excepción de *“El contrato de Colaboración Empresarial 051 tiene vigencia hasta el 17 de enero de 2017”*¹⁶⁷

Para el Tribunal es suficiente a fin de desestimar esta primera pretensión principal, poner de presente que ésta se opone a la decisión que, con fuerza de cosa juzgada, adoptó el anterior Tribunal de Arbitramento en su laudo de 14 de junio de 2016, al haber acogido la primera pretensión principal de TRANEXCO S.A. bajo el numeral quinto de su parte resolutive, en los siguientes términos: *“Declarar que prospera la pretensión primera de la demanda principal por cuanto el Contrato de Colaboración Empresarial 051 celebrado entre las partes el 17 de enero de 2011, no fue válidamente terminado por Servicios Postales Nacionales y en consecuencia quedó prorrogado hasta el 17 de enero de 2017.”*¹⁶⁸

Así y en mérito de lo expuesto el Tribunal resuelve negar la Pretensión Primera Principal de la demanda de reconvencción y declara que por las razones señaladas prospera la excepción interpuesta por la demandada en reconvencción.

¹⁶⁶ Ver Folios 276 y ss. del Cuaderno Principal 1.

¹⁶⁷ Ver folios 320 del Cuaderno Principal 1.

¹⁶⁸ Folio 188 del Cuaderno De Pruebas 1.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

Corresponde ahora a este Tribunal estudiar la Pretensión Segunda Principal de la demanda de reconvencción que fue planteada así por la parte demandante en reconvencción: *“Se declare que se ha extinguido el derecho de la sociedad TRANEXCO S.A. a obtener el pago de los perjuicios para la vigencia del 17 de Enero de 2014 al 17 de Enero de 2017 con relación al CONTRATO DE COLABORACIÓN EMPRESARIAL 051 celebrado el 17 de Enero de 2011 entre SERVICIOS POSTALES NACIONALES y TRANEXCO S.A.”*¹⁶⁹.

La demandada en reconvencción por su parte interpuso las excepciones de: *“El contrato de Colaboración Empresarial 051 tiene vigencia hasta el 17 de enero de 2017”*, *“Buena fe de Tranexco para la reactivación de las obligaciones contractuales”*, *“Incumplimiento de Servicios Postales Nacionales en la ejecución del contrato”*, *“Servicios Postales Nacionales incumplió con la parte Resolutiva del Laudo Arbitral en la ejecución del contrato”*¹⁷⁰.

Este Tribunal Arbitral, con fundamento en las consideraciones anteriores y con base en el incumplimiento comprobado del contrato que le ha sido atribuido a Servicios Postales Nacionales S.A. en materia de la demanda principal, resuelve negar la Pretensión Segunda Principal de la demanda de reconvencción y en consecuencia declarar que prosperan las excepciones interpuestas por la demandada en reconvencción.

PRETENSIÓN TERCERA PRINCIPAL DEMANDA DE RECONVENCIÓN

En relación con esta pretensión, que se estructura como principal y que se reitera como pretensión subsidiaria sexta, sobre costas y agencias en derecho, la misma, junto con aquella similar consignada en la demanda principal, serán decididas en capítulo siguiente del Laudo sobre esta materia.

2. PRETENSIONES SUBSIDIARIAS DE LA DEMANDA DE RECONVENCIÓN

PRIMERA PRETENSION SUBSIDIARIA

SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. planteó como primera pretensión subsidiaria de su demanda de reconvencción la siguiente:

*“PRIMERA: Declárese que la entidad TRANEXCO S.A. obró de MALA FE en la reanudación del contrato de colaboración empresarial 051 suscrito con la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.”*¹⁷¹

¹⁶⁹ Escrito de demanda de reconvencción. Folio 277 del Cuaderno Principal 1.

¹⁷⁰ Folios 320 y ss del Cuaderno Principal 1

¹⁷¹ Escrito de demanda de reconvencción. Folio 277 del Cuaderno Principal 1.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

De conformidad con lo expresado en el acápite en el que se abordó el análisis de la conducta contractual de las partes con posterioridad al Laudo de 2016, a la luz de la buena fe, el Tribunal ha establecido que SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. no obró en dicha etapa del contrato conforme al postulado de la buena fe. De otra parte, no se encontró probada mala fe en TRANEXCO S.A, la cual, por tanto no faltó al deber de seriedad al dar por frustrado el reinicio de la ejecución del contrato y proceder a entablar la correspondiente demanda arbitral.

En contra de estas pretensiones, la demandada en reconvención interpuso las excepciones de buena fe y el incumplimiento del contrato por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A, planteamiento que guarda paralelo con la pretensión de la demanda principal en el sentido del incumplimiento de la ahora demandante en reconvención

Al respecto, como se ha fundamentado en el acápite dedicado a la buena fe, se encontró la vulneración a este postulado de parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., no así de TRANEXCO S.A. por lo que en lo que concierne a la obligación de actuación conforme a la buena fe, prosperan las dos excepciones aludidas, la última de las cuales tiene un correlato en la primera pretensión principal de la demanda arbitral, sin perjuicio de las otras fuentes de incumplimiento advertidas por este Tribunal, como fue analizado en capítulo anterior del laudo. .

En desarrollo de lo anterior, resulta forzoso concluir que no prospera la primera pretensión antes citada, y que prosperan las citadas excepciones de buena fe y el incumplimiento del contrato por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A, lo que se declarará en la parte resolutive del Laudo.

DE LAS RESTANTES PRETENSIONES SUBSIDIARIAS.

De otra parte y en materia de la demanda de reconvención, la Convocada, demandante en reconvención, incluyó cinco pretensiones adicionales a una primera subsidiaria, esa sí con un alcance subsidiario de las principales declarativas, que se reseñan a continuación:

***“SEGUNDA:** Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago a la entidad SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. de los perjuicios materiales y morales ocasionados con su conducta.*

***TERCERA:** Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de (sic) la ejecutoria del laudo que se profiera a cancelar a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. la suma de DOSCIENTOS MILLONES DE PESOS (\$200.000.000) o la que se pruebe como perjuicios materiales a título de DAÑO EMERGENTE consistente en el costo de la habilitación de las condiciones técnicas y operativas.*

***CUARTA:** Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de la ejecutoria del laudo que se profiera a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. la suma*

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

de MIL QUINIENTOS MILLONES DE PESOS (\$1.500.000.000) o la que se pruebe como perjuicios materiales a título de LUCRO CESANTE consistente en las ganancias que pudo haber reportado el reinicio del contrato de colaboración empresarial No. 051 acordado.

QUINTA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago en el plazo de tres días contados a partir de la ejecutoria del laudo que se profiera a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. el equivalente a CIEN SALARIOS mínimos legales mensuales vigentes al momento del laudo que se profiera a título de DAÑO MORAL ocasionado.

SEXTA: Condenar a la entidad TRANEXCO S.A. al pago de las costas y costos del proceso.¹⁷².

En tal sentido, el hecho No 23 de la demanda afirma que: “La entidad Tranexco S.A., está obligada a cancelar los perjuicios ocasionados con su conducta en los conceptos de perjuicios materiales y morales por el plazo restante a la reanudación del proceso”.¹⁷³ Para tal efecto, a su solicitud, se practicaron y obran al expediente¹⁷⁴, los dictámenes periciales, con sus aclaraciones y complementaciones elaborados por los peritos Incorbank S.A., en cabeza de Jaime Ricaurte y José Darío Díaz Velasco. Por lo demás, al alegar de conclusión, no hubo un desarrollo específico de estas pretensiones subsidiarias, en el capítulo referido a esta demanda de reconvencción, por lo cual entiende el Tribunal que se reiteraron sus alcances.

La demandada en reconvencción, Convocante principal, se opuso a la prosperidad de estas pretensiones, y frente al hecho No 23 señaló lo siguiente: “**AL HECHO VIGÉSIMO TERCERO:** No es un hecho, es una pretensión”¹⁷⁵. A su vez, interpuso diversas excepciones, pero ninguna específica en contra de las pretensiones citadas.

Por su parte, el Ministerio Público¹⁷⁶, además de reseñar los aspectos principales de la demanda de reconvencción y de las excepciones interpuesta en su contra, no incluye una opinión específica ni consideraciones particulares sobre estas pretensiones.

Sobre este particular y como primera consideración, el Tribunal resalta que las pretensiones anteriores fueron denominadas como “Subsidiarias”, a pesar que la única que ostenta tal carácter, frente a las principales declarativas, es la Primera Subsidiaria, a la que se hizo referencia en capítulo anterior de este Laudo.

Las siguientes pretensiones “subsidiarias”, las entiende el Tribunal, haciendo uso de su facultad de interpretar los elementos que obran al proceso y para darle un sentido lógico y armónico, como pretensiones consecuenciales de las principales declarativas, ya que buscan la condena en perjuicios y

¹⁷² Escrito de demanda de reconvencción. Folio 277 del cuaderno principal 1.
¹⁷³ Folio 280 Cuaderno Principal 1.
¹⁷⁴ A folios 1 y ss del Cuaderno de Pruebas 4.
¹⁷⁵ Folio 319 del Cuaderno Principal 1.
¹⁷⁶ A folios 247 y ss del Cuaderno Principal 2.

419

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

costas que, por su propia naturaleza, no podrían decretarse si no prosperasen las principales. Por tal razón, el Tribunal señala y entiende estas pretensiones, desde la segunda hasta la sexta, como consecuenciales de condena.

Bajo el anterior entendimiento, debe anotar el Tribunal que al no haber prosperado las pretensiones primera, segunda y tercera principales declarativas, ni la primera subsidiaria de la demanda de reconvencción, no han de prosperar aquellas de condena consecuenciales de las mismas, ya que su reconocimiento y existencia suponen necesariamente una declaración de incumplimiento de las obligaciones de la demandada en reconvencción, que, por las razones ya anotadas anteriormente, no fue del caso.

En efecto, tal y como se anotó en acápites anteriores, al no haberse demostrado incumplimiento contractual alguno de las obligaciones de la demandada en reconvencción por lo cual no prosperaron las pretensiones declarativas principales y subsidiarias de demanda de reconvencción y, en su lugar, sí lo hicieron algunas de las excepciones interpuestas por la Convocada en los términos ya reseñados, no hay lugar a decretar indemnización de perjuicios alguna.

Por ello, no es procedente la declaratoria de responsabilidad por los perjuicios reclamados por la demandante en reconvencción, dado que no se configuran los elementos que componen la responsabilidad civil contractual, y que se pueden resumir sintéticamente de la siguiente manera:

- a. **Ausencia de hecho generador:** No hay un acto o hecho de donde nazca la responsabilidad civil contractual y que pudiera derivar en la causación de un daño.

Como se ha anotado, no se comprobó incumplimiento alguno de la demandada en reconvencción, ni existió cumplimiento defectuoso, tardío ni insuficiente de una obligación contractual.

- b. **Ausencia de culpa:** En materia de responsabilidad contractual, la culpa se define como *"el factor subjetivo de la responsabilidad, la relación entre el querer del deudor y el incumplimiento del contrato"*¹⁷⁷, elemento que no se encuentra presente dentro del proceso que nos ocupa. Tampoco se puede sostener que existió, ni existe evidencia, de negligencia, imprudencia, impericia ni violación de normas o reglamentos por parte de la demandada en reconvencción que puedan conducir, siquiera a pensar, que hubo una culpa. No existe en la demanda prueba que la demandada en reconvencción haya obrado con dolo, culpa grave, culpa leve o incluso culpa levísima.

¹⁷⁷ MARTÍNEZ RAVE, Gilberto y MARTÍNEZ TAMAYO, Catalina. Responsabilidad Civil Extracontractual. Temis. Undécima edición. Bogotá. 2003. Pág. 34.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. *VS.* SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

- c. **Ausencia de nexo causal:** Para que haya responsabilidad civil, y en este caso para que se pudiera declarar la responsabilidad contractual, es necesario que se pruebe la relación de causa a efecto entre el hecho generador y el daño. En el presente caso no hay un hecho generador porque no hubo incumplimiento de una obligación contractual y tampoco hay daño imputable a la demandada en reconvención.
- d. **Ausencia de daño:** Ha señalado reiteradamente la jurisprudencia que el daño será indemnizable: *"(...) cuando su causación es imputable a un sujeto distinto al afectado, siempre que sea cierto y personal, condiciones necesarias para su existencia. La certeza atañe a la materialidad de la lesión, puesto que es la real y efectiva conculcación del derecho, interés o valor protegido jurídicamente, ya sea actual o bien potencial e inminente, mas no eventual, de ahí que si está fundado en la posibilidad remota de obtener un beneficio en el caso de que la acción dañina no se hubiere producido será hipotético. (...)"*¹⁷⁸.

Si la demandante en reconvención hubiera sufrido daños y éstos se hubieran reflejado en perjuicios patrimoniales o extra patrimoniales, en todo caso, ellos no se han dado por causa ni con ocasión del Contrato objeto de esta demanda.

En la realidad fáctica derivada del proceso que nos ocupa, no se puede identificar un daño cierto que tenga relación directa con la terminación o el incumplimiento del Contrato.

En otras palabras, para que sea viable ejercer y que prospere una acción indemnizatoria de perjuicios aparejada a una de resolución o cumplimiento contractual a las que se refiere el artículo 1546 del Código Civil, en concordancia con el 870 del Código de Comercio, o para la viabilidad de una acción indemnizatoria por incumplimiento de una obligación, a la luz de lo establecido por el artículo 1613 y siguientes del Código Civil, deben consolidarse una serie de presupuestos básicos, incluyendo no solo la presencia de un incumplimiento contractual probado y declarable, de un nexo causal, sino también de un daño indemnizable y de un contrato válido y debidamente ejecutado. Esta posición ha sido reiterada no solo por la doctrina nacional, sino por la Jurisprudencia Colombiana, en una estructura interpretativa que se ha mantenido vigente por décadas.¹⁷⁹

Por ello, al no haberse comprobado incumplimiento contractual alguno, de entrada no se configura uno de los presupuestos esenciales de la acción indemnizatoria solicitada, la que no puede, en consecuencia prosperar, lo que hace innecesario cualquier análisis adicional de los requisitos adicionales que la configuran.

¹⁷⁸ Corte Suprema de Justicia. Sala de Casación Civil. Sentencia del 21 de enero de 2013. M.P. Dr. Fernando Giraldo Gutiérrez. Ref.: Exp. 110131030262002-00358-01.

¹⁷⁹ En adición a las ya reseñadas, baste citar la Sentencia de 26 de enero de 1967 de la Sala Civil de la Corte Suprema de Justicia o la obra "Derecho de Obligaciones", publicada por la Universidad de los Andes con Editorial Temis en 2010, Tomo II, Volumen I, Capítulo I, "El Hecho Ilícito. Nociones Fundamentales", por Marcela Castro de Cifuentes, páginas 19 y ss.

Por todo lo anterior, al no haber prosperado ninguna de las tres pretensiones principales declarativas, ni la primera subsidiaria, sobre incumplimiento contractual, no tienen asidero ni fundamento las pretensiones citadas sobre reclamación de una indemnización de perjuicios consecuenciales, ni su respectiva indexación, al no existir elemento alguno configurativo de una responsabilidad civil a cargo de la demandada en reconvención.

De esa manera, no han de prosperar las pretensiones segunda, tercera, cuarta y quinta subsidiaria de la demanda de reconvención, lo que se declarará en la parte resolutive del Laudo.

En relación con la pretensión subsidiaria sexta, sobre costas y agencias en derecho, la misma, junto con aquella similar consignada en la demanda principal, serán decididas en capítulo siguiente del Laudo sobre esta materia.

F. TACHA DE PARCIALIDAD DEL TESTIGO ALFREDO CASTELLANOS

Durante el curso de la diligencia de testimonio del señor Alfredo Castellanos, practicada en audiencia del 21 de septiembre de 2017, el apoderado de la convocada y demandante en reconvención, formuló tacha contra el testigo en los siguientes términos:

“DR. BALAGUERA: Sí. Realmente el relato del tercero, está impregnado de parcialidad e interés y hasta exclusión del representante de Tranexco para con los hechos acontecidos, conducta que le solicito al Tribunal le sirva tener en cuenta al momento de su valoración, motivo por el cual me abstengo de preguntar.

DR. ABELA: Está formulando una tacha de testigo sospechoso o algo así?

DR. BALAGUERA: Sí, sí señor”¹⁸⁰

Frente a la tacha formulada, el apoderado de TRANEXCO, manifestó:

“DR. TORRENTE: Simplemente una manifestación, yo creo que el testigo ha sido una de las personas más cercanas a todo el proceso de las mesas de trabajo y es la persona que realmente ha sufrido en su propio patrimonio todas las actuaciones desleales y de mala fe de 472 durante el desarrollo del contrato y con posterioridad al laudo, consecuentemente el hecho de que una persona en primer lugar recuerde claramente los hechos, segundo tenga pleno conocimiento de las situaciones ocurridas y tercero por la afectación personal que ha

¹⁸⁰ Folio 214 y ss del Cuaderno de Pruebas 4.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

*tenido lo exprese con la claridad que lo ha expresado, no es motivo ninguno para tachar un testimonio que estoy seguro ha sido, el Tribunal lo tendrá en consideración cuando tome la determinaciones a que haya lugar”.*¹⁸¹

Concedido el uso de la palabra a la Representante del Ministerio Público, la Procuradora dejó expuesta su posición en los siguientes términos:

“DR. ABELA: Doctora Bernal, tiene algún comentario sobre este particular.

*DRA. BERNAL: Doctor simplemente que al momento de hacer la valoración probatoria tener en cuenta la calidad, pues no creo que sea suficiente para tachar... (Interpelado)”*¹⁸²

El Código General del Proceso consagra la posibilidad de tachar el testimonio de personas que estén en circunstancias que afecten su credibilidad e imparcialidad en los siguientes términos:

“Artículo 211. Imparcialidad del testigo. Cualquiera de las partes podrá tachar el testimonio de las personas que se encuentren en circunstancias que afecten su credibilidad o imparcialidad, en razón de parentesco, dependencias, sentimientos o interés en relación con las partes o sus apoderados, antecedentes personales u otras causas.

La tacha deberá formularse con expresión de las razones en que se funda. El juez analizará el testimonio en el momento de fallar de acuerdo con las circunstancias de cada caso”.

Estudiados los argumentos de las partes, este Tribunal no encuentra que, por la sola calidad de ser socio de la parte convocante y demandada en reconvencción, el testigo esté inhibido para rendir testimonio o que, su declaración, haya sido afectada por cuestiones de credibilidad o imparcialidad. El Tribunal, durante el estudio del acervo probatorio, valoró el testimonio teniendo en cuenta su calidad de accionista, pero no encuentra que la tacha presentada haya sido sustentada siquiera sumariamente, para que se pueda concluir que su declaración tenga vicios que lleven a que la misma sea desestimada. De esta manera, este Tribunal no encuentra probada la tacha contra el testigo Alfredo Castellanos.

G. JURAMENTO ESTIMATORIO

Procedió el Tribunal a pronunciarse sobre el juramento estimatorio presentado por la Convocante en su demanda inicial y por el presentado por la Convocada en su demanda de reconvencción, advirtiendo que las partes, en el escrito de contestación de la demanda principal y en el escrito de contestación de

¹⁸¹ Ídem.
¹⁸² Ídem.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

la demanda de reconvencción, objetaron los valores presentados como juramento estimatorio en los respectivos escritos que los contenían.

Para efectos del estudio de la eventual aplicación de la sanción consagrada en la ley, el Tribunal considera lo dispuesto en el artículo 206 del Código General del Proceso, que señala:

Artículo 206. Juramento estimatorio. Quien pretenda el reconocimiento de una indemnización, compensación o el pago de frutos o mejoras, deberá estimarlo razonadamente bajo juramento en la demanda o petición correspondiente, discriminando cada uno de sus conceptos. Dicho juramento hará prueba de su monto mientras su cuantía no sea objetada por la parte contraria dentro del traslado respectivo. Solo se considerará la objeción que especifique razonadamente la inexactitud que se le atribuya a la estimación.

Formulada 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.

Aun cuando no se presente objeción de parte, si el juez advierte que la estimación es notoriamente injusta, ilegal o sospeche que haya fraude, colusión o cualquier otra situación similar, deberá decretar de oficio las pruebas que considere necesarias para tasar el valor pretendido.

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

El juez no podrá reconocer suma superior a la indicada en el juramento estimatorio, salvo los perjuicios que se causen con posterioridad a la presentación de la demanda o cuando la parte contraria lo objete. Serán ineficaces de pleno derecho todas las expresiones que pretendan desvirtuar o dejar sin efecto la condición de suma máxima pretendida en relación con la suma indicada en el juramento.

El juramento estimatorio no aplicará a la cuantificación de los daños extrapatrimoniales. Tampoco procederá cuando quien reclame la indemnización, compensación los frutos o mejoras, sea un incapaz.

Parágrafo. También habrá lugar a la condena a la que se refiere este artículo a favor del Consejo Superior de la Judicatura, Dirección Ejecutiva de Administración Judicial, o quien haga sus veces, en los eventos en que se nieguen las pretensiones por falta de demostración de los perjuicios. En este evento, la sanción equivaldrá al cinco por ciento (5%) del valor pretendido en la demanda cuyas pretensiones fueron desestimadas.

**TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**

La aplicación de la sanción prevista en el presente párrafo solo procederá cuando la causa de la falta de demostración de los perjuicios sea imputable al actuar negligente o temerario de la parte”.

La Corte Constitucional en sentencia C-157 de 2013, dispuso la exequibilidad del párrafo del artículo 206, condicionada a que tal circunstancia no hubiese acaecido por conducta temeraria de la parte procesal correspondiente¹⁸³.

En el presente caso, el Tribunal observa que no se encuentran elementos de juicio que indiquen inequívocamente conducta temeraria por ninguna de las partes que participaron en el litigio arbitral. Más aún, no encuentra el Tribunal que la solicitud presentada por la Convocada haya sido por sí misma exagerada o temeraria, ni considera que de esta manera pueda tacharse su conducta procesal.

Esto es así, puesto que la falta de prueba del perjuicio no obedece al actuar negligente o temerario de la convocada, quién por el contrario, desplegó durante todo el curso del trámite un actuar diligente, juicioso y respetuoso, tanto para el Tribunal como para las otras partes procesales, sino a la prosperidad de las pretensiones de la demanda principal y a la diferencia de posiciones jurídicas entre las partes que es la razón por la cual han acudido a su solución en la presente instancia arbitral.

Resalta el Tribunal que en el presente trámite las partes procesales han demostrado una conducta diligente, respetuosa y digna que llevó a que el proceso se pudiera adelantar sin trabas, que las pruebas pudieran practicar sin percances y que las audiencias se llevaran a cabo sin dilaciones injustificadas. En ningún caso, puede considerar el Tribunal que la conducta de las partes tuviera la más mínima tacha, por lo que no encuentra que pueda imponerse una sanción a las partes, cuando su actuar no adolece de actitudes malintencionadas que merezcan la aplicación del derecho sancionatorio. En este sentido, ha existido pronunciamiento previo por parte de la justicia arbitral, en el siguiente sentido:

“Ahora bien, si la parte que solicita la indemnización, a pesar de realizar su estimación juramentada inicial de manera razonada y no obstante su actividad procesal diligente, no logra probar los hechos invocados como

¹⁸³ Corte Constitucional. Sentencia C-157 de 2013. M.P. Mauricio González Cuervo. “La Corte ratificó que el Legislador goza de una amplia libertad de configuración en materia de procedimientos; recordó los límites a los que está sujeta esta libertad; admitió que dentro de estos límites, el legislador puede imponer a la partes cargas para ejercer sus derechos y acceder a la administración de justicia; analizó, a partir de escenarios hipotéticos, las posibles causas de que se profiera una decisión que niegue las pretensiones por no haberse demostrado los perjuicios. En el análisis precedente, encontró que existe un escenario hipotético, relativo a una interpretación posible de la norma en el cual se podría sancionar a la parte pese a que su obrar haya sido diligente, cuando la decisión de negar las pretensiones obedece a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado, lo cual resulta desproporcionado. Estima la Corte que, pese a esta circunstancia, la norma no resulta desproporcionada en los restantes escenarios hipotéticos, por lo cual optó por proferir una decisión de exequibilidad condicionada.

Al aplicar los parámetros dados la Sentencia C-662 de 2004, empleados también en la Sentencia C-227 de 2009, para establecer si la norma demandada preveía una sanción excesiva o desproporcionada, la Corte pudo establecer que la finalidad de desestimular la presentación de pretensiones sobreestimadas o temerarias es acorde con el ordenamiento constitucional; que esta norma es potencialmente adecuada para cumplir dicha finalidad; y que sólo en uno de los escenarios hipotéticos planteados -en el de que la causa de no satisfacer la carga de la prueba sea imputable a hechos o motivos ajenos a la voluntad de la parte, ocurridos a pesar de que su obrar haya sido diligente y esmerado-, la sanción resulta excesiva o desproporcionada frente al principio de la buena fe y a los derechos a acceder a la justicia y a un debido proceso”.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

fundamentos fácticos de su pretensión, la consecuencia adversa es la desestimación de la misma y la eventual condena en costas por no cumplir con la carga de la prueba que la ley procesal impone. La sanción económica del artículo 211 del C.P.C. sólo es procedente como pena adicional si la estimación es maliciosa, fraudulenta o abiertamente desproporcionada y el juez, sospechoso de tal desafuero, oficiosamente ordena la regulación presentándose a la postre una diferencia superior al 30% entre lo estimado y lo probado.

No puede introducirse por esta vía una especie de responsabilidad objetiva cuando la norma es clara en sentido contrario; una aplicación a rajatabla del precepto estudiado impondría una situación muy gravosa a los litigantes que no logran probar el monto de sus pretensiones aun cuando hayan observado una conducta procesal ajustada a la ética y la buena fe. Esa peligrosa vía hermenéutica violaría claros principios de la Constitución Política y podría convertirse en una fuente de provecho injustificado para la otra parte.⁸⁶

En el caso que ocupa al Tribunal, no se cumplen los presupuestos de la norma porque no hubo en los árbitros sospecha de fraude o colusión ni consideraron que la estimación inicial de los perjuicios fuese abiertamente injusta, por lo cual no hubo lugar para la regulación judicial. En opinión mayoritaria de los Árbitros que integran el Tribunal, a falta de este extremo, no hay lugar a la sanción cuya aplicación se solicita⁸⁷.

De conformidad con lo anterior, el Tribunal considera que no es procedente el decreto de ninguna de las sanciones mencionadas en el artículo 206 del Código General del Proceso, en contra de ninguna de las partes y de esta manera lo dejará expuesto en la parte resolutive del laudo.

H. COSTAS Y AGENCIAS EN DERECHO

El artículo 365 del Código General del Proceso señala que, cuando en el expediente aparezca que se causaron y en la medida de su comprobación, se condenará en costas a la parte vencida en el proceso.

Adicionalmente, el artículo 366 del CGP señala que:

“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.

⁸⁶ Laudo Arbitral de 9 de septiembre de 2011. PRODUCTORA TABACALERA DE COLOMBIA S.A.S. PROTABACO S.A.S. contra DIVISION MAYOR DE FUTBOL COLOMBIANO DIMAYOR. Luis Fernando Salazar López, Presidente; Marcela Castro de Cifuentes y Ernesto Rengifo García, Árbitros.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. vs. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

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”¹⁸⁵

De acuerdo con las consideraciones efectuadas por el Tribunal a lo largo del presente Laudo, se considerarán probadas las pretensiones de la demanda principal, salvo por algunas de las consecuenciales de condena citadas, algunas de las cuales no han de prosperar _ y, en cambio, se declararán probadas algunas de las excepciones interpuestas y ya reseñadas por la Convocada. De igual manera, el Tribunal declarará que no prosperan las pretensiones de la demanda de reconvenición.

De acuerdo con lo anterior, debe aplicarse lo dispuesto en el artículo 365 del Código General del Proceso.

No obstante, tal como ya se manifestó en el capítulo relacionado con el juramento estimatorio, el Tribunal considera que las partes desplegaron una conducta procesal diligente y que prestaron su colaboración durante todo el trámite arbitral, permitiendo la agilidad del proceso, la eficiente práctica de las pruebas decretadas y la realización oportuna de las audiencias.

Por tanto, el Tribunal procederá a condenar en costas y agencias en derecho a la parte Convocada según la siguiente liquidación:

1. Costas:

(i) El ochenta por ciento (80%) de los honorarios y gastos pagados a los Árbitros, a la Secretaria del Tribunal, al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá y de los gastos del Tribunal, pagados por la Convocante, a saber, la suma de doscientos dieciséis millones de Pesos (\$216.000.000). De tal valor, deberá reembolsar a la parte convocante el 80% de los honorarios y gastos efectivamente pagados por ésta, valor equivalente a la suma de ciento ocho millones de pesos (\$108.000.000)

(ii) El cien por ciento (100%) de los honorarios y gastos decretados para la práctica de los peritajes absueltos por los peritos JOSE DARIO DÍAZ VELASCO e INCORBANK S.A. – Banca de Inversión, a saber, la suma de cuarenta millones de Pesos (\$40.000.000), de los cuales, deberá

¹⁸⁵ Código General del Proceso, artículo 366 numeral 3.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

reembolsar a TRANEXCO total pagada por dicha compañía, equivalente a la suma de nueve millones de pesos (\$9.000.000).

2. Agencias en Derecho: La suma de Sesenta y Seis millones de Pesos (\$66.000.000).

De conformidad con lo anterior, SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A. deberá reembolsar a TRANEXCO S.A., la suma total de ciento ochenta y tres millones de Pesos (\$183.000.000) por concepto de costas y agencias en derecho tal como se ordenará en la parte resolutive del presente laudo.

I. DECISIÓN

En mérito de lo expuesto, el Tribunal Arbitral integrado para resolver las diferencias surgidas entre **TRANEXCO S.A.**, parte convocante y demandada en reconvencción, y **SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.**, como parte convocada y demandante en reconvencción, administrando justicia en nombre de la República de Colombia y por autoridad de la ley

RESUELVE

PRIMERO: Declarar que, frente a la Pretensión Primera Principal de la demanda, no prosperan las excepciones de Cosa Juzgada e Inexistencia de Controversia que Autorice la Aplicación de la Cláusula Compromisoria, propuestas por Servicios Postales Nacionales.

SEGUNDO: Declarar que prospera la Pretensión Primera Principal de la demanda.

TERCERO: Declarar que, frente a la Pretensión Segunda Principal de la demanda, no prosperan las excepciones denominadas como Cosa Juzgada, Enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, y una adicional que entiende el Tribunal es falta de "Falta de Conexidad entre el perjuicio y el Incumplimiento Contractual".

CUARTO: Declarar que prospera la Pretensión Segunda Principal de la demanda.

424

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

QUINTO: Declarar que, frente a la Pretensión Tercera Principal de la demanda, no prosperan las excepciones de Cosa Juzgada, e Inexistencia de Controversia que Autorice la Aplicación de la Cláusula Compromisoria, propuestas por Servicios Postales Nacionales.

SEXTO: Declarar que prospera la Pretensión Tercera Principal de la demanda.

SEPTIMO Declarar que, frente a la Pretensión Primera Consecuencial de la demanda, no prosperan las excepciones denominadas como Cosa Juzgada, e Inexistencia de Controversia que Autorice la Aplicación de la Cláusula Compromisoria.

OCTAVO: Declarar que prospera la Pretensión Primera Consecuencial de la demanda, y en consecuencia, decretar la liquidación del Contrato de Colaboración Empresarial No 051 de 17 de enero de 2.011, suscrito entre Tranexco S.A. y Servicios Postales Nacionales S.A.

NOVENO: Declarar que, frente a la Pretensión Segunda Consecuencial de la demanda, no prosperan las excepciones denominadas como Cosa Juzgada, Enriquecimiento sin causa e Inexistencia de controversia que autorice la aplicación de la cláusula compromisoria acordada, y una adicional que entiende el Tribunal es falta de “Falta de Conexidad entre el perjuicio y el Incumplimiento Contractual”.

DECIMO Declarar que prospera la Pretensión Segunda Consecuencial de la demanda, y en consecuencia, condenar a Servicios Postales Nacionales S.A. a pagar a Tranexco S.A la suma de dos mil quinientos sesenta y cuatro millones novecientos cincuenta y siete mil setecientos treinta y siete pesos con dos centavos (\$ 2.564.957.737,2), correspondiente a ganancias o utilidades dejadas de percibir por el período comprendido entre agosto de 2.014 y enero 17 de 2.017, ya actualizada a la fecha de este Laudo. En todo caso, la suma anterior se actualizará con base en el índice de aumento de precios al consumidor, IPC, que certifica el Departamento Administrativo Nacional de Estadística, DANE, hasta la fecha efectiva de pago.

DECIMO PRIMERO: Declarar que, frente a la Pretensión Tercera Consecuencial de la demanda, prosperan las excepciones denominadas como “Enriquecimiento sin Causa”, y la que entiende el Tribunal como “Falta de Conexidad entre el perjuicio y el Incumplimiento Contractual”

DECIMO SEGUNDO: Declarar que no prospera la Pretensión Tercera Consecuencial de la demanda.

TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

DECIMA TERCERA: Declarar que no prosperan la Pretensiones Cuarta, Quinta y Séptima de la demanda.

DECIMO CUARTO: Declarar probadas las excepciones de “El contrato de Colaboración Empresarial 051 tiene vigencia hasta el 17 de enero de 2017”, “Buena fe de Tranexco para la reactivación de las obligaciones contractuales”, “Incumplimiento de Servicios Postales Nacionales en la ejecución del contrato”, “Servicios Postales Nacionales incumplió con la parte Resolutiva del Laudo Arbitral en la ejecución del contrato”, propuestas por Tranexco S.A. contra la demanda de reconvencción.

DECIMO QUINTO: Declarar que no prosperan las Pretensiones Principales Primera, Segunda y Tercera de la demanda de reconvencción.

DECIMO SEXTO; Declarar que, frente a la Pretensión Primera Subsidiaria de la demanda de reconvencción, prosperan las excepciones denominadas “Buena fe” e “Incumplimiento del contrato por parte de SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A”

DECIMO SEPTIMO Declarar que no prospera la Pretensión Subsidiaria Primera de la demanda de reconvencción.

DÉCIMO OCTAVO: Declarar que no prosperan la Pretensiones Segunda, Tercera, Cuarta y Quinta subsidiaria de la demanda de reconvencción.

DÉCIMO NOVENO: Se condena en costas y agencias en derecho a SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A., según lo señalado en la parte motiva de esta providencia y se ordena que pague a TRANEXCO S.A. la suma total de Ciento ochenta y tres millones de pesos (\$183.000.000), correspondiente a ciento diecisiete millones de pesos (\$117.000.000) por concepto de costas y sesenta y seis millones de pesos (\$66.000.000), por concepto de agencias en derecho.

VIGESIMO: No se decreta la sanción dispuesta en el artículo 206 del CGP, de conformidad con lo dispuesto en la parte motiva de esta providencia.

VIGESIMO PRIMERO: Se declara causado el saldo final de los honorarios correspondientes a los árbitros y a la secretaria del Tribunal y se dispone su entrega junto con el IVA correspondiente menos las retenciones establecidas en la ley. El Presidente del Tribunal rendirá cuentas de las sumas que le fueron entregadas y hará las devoluciones que correspondan.

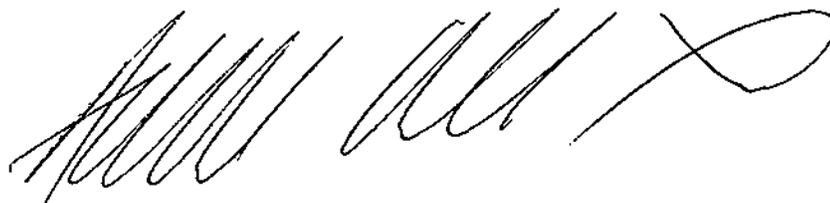
TRIBUNAL ARBITRAL
TRANEXCO S.A. VS. SERVICIOS POSTALES NACIONALES S.A.

VIGESIMO SEGUNDO: Se requiere a las partes para que procedan a entregar, en el término de diez (10) días, a los árbitros y a la Secretaria, los certificados de las retenciones en la fuente, ICA e IVA y demás aplicables, realizadas individualmente a nombre de cada uno de ellos.

VIGESIMO TERCERO: Se ordena que por Secretaría se expidan copias auténticas de este Laudo, con las constancias de ley con destino a cada una de las partes y copia simple para el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá.

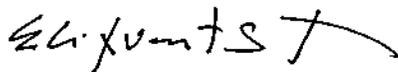
VIGESIMO CUARTO: Se ordena que se entregue el expediente al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá para su archivo.

Esta providencia quedó notificada en audiencia.



ANDREW ABELA MALDONADO

Presidente



EDUARDO CIFUENTES MUÑOZ

Arbitro



GERMÁN GONZÁLEZ CAJIAO

Arbitro



ADRIANA MARIA ZAPATA VARGAS

Secretaria