

Laudo Arbitral

Nortel Networks de Colombia S.A.

v.

Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom

Abril 20 de 2001

Laudo Arbitral

En Bogotá, D.C., a los veinte días del mes de abril de dos mil uno (2001) previa citación en debida forma, se reunió el tribunal de arbitraje integrado por los doctores Gilberto Peña Castrillón como presidente, María Teresa Palacio Jaramillo y Álvaro Mendoza Ramírez, para proferir el laudo en derecho con que termina el proceso arbitral iniciado por Nortel Networks de Colombia S.A. contra la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom. Actuó como secretario la doctora Alicia Villegas Trujillo.

A. Antecedentes de este proceso arbitral y sinopsis de su contenido y del trámite

1. Cláusula compromisoria

Las controversias sometidas a la decisión de este Tribunal de Arbitramento, surgen de la interpretación y ejecución de algunas de las estipulaciones del convenio de asociación C-0025-93 suscrito el 4 de agosto de 1993 entre Northern Telecom (Cala) Corporation, empresa constituida bajo las leyes del Estado de Florida, USA y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones “Telecom”, que fue cedido por la primera de las mencionadas en favor de Northern Telecom de Colombia S.A., sociedad que cambió su razón social por la de Nortel Networks de Colombia S.A. a través de la escritura pública 894 del 3 de mayo de 1999 de la Notaría 10^a de Bogotá, como aparece en el certificado de existencia y representación expedido por la Cámara de Comercio de Bogotá, que obra a folios 137 a 139 del cuaderno principal 1.

En el artículo 30 del convenio C-0025-93, las partes pactaron la siguiente cláusula compromisoria:

“ART. 30.—Arbitraje y ley aplicable. En todos los asuntos que involucren la interpretación y cumplimiento de este convenio o de cualquiera de sus artículos, las partes acuerdan intentar conciliar primero dichos asuntos mediante discusiones entre ellas que tendrán lugar en primera oportunidad en el comité de coordinación. Si, a pesar de ello, las partes no logran llegar a un arreglo amistoso, acudirán a una segunda instancia conformada por los presidentes de cada una de las partes, quienes buscarán una solución aceptable para ambas al conflicto planteado. Si el desacuerdo persiste las partes acordarán finalmente resolver el asunto bajo las reglas de conciliación y arbitraje establecidas bajo las leyes colombianas. Los procedimientos de arbitraje serán regulados por (3) tres árbitros, dos (2) de ellos a ser designados por las partes de mutuo acuerdo y el tercero a ser designado por la (sic) árbitros nombrados por cada una de las partes de mutuo acuerdo o en su defecto; por la Cámara de Comercio de Bogotá. El procedimiento de arbitraje se llevará a cabo en Santafé de Bogotá, D.C. La resolución de arbitraje obligará a ambas partes y será definitiva y obligatoria para ellas, quienes a su vez acuerdan que dicha decisión será tomada en derecho y será exigible ante cualquier juez o tribunal competente. Todos los gastos relacionados con estos procedimientos serán solventados en partes iguales por cada una de las partes. Luego de establecerse el laudo, la parte perdedora reembolsará a la parte que resulte favorecida el importe que se determine por el tribunal según lo abonado por esta con motivo del procedimiento”.

La cláusula compromisoria antes transcrita fue modificada en lo relacionado con la designación de los árbitros que conformarían el Tribunal de Arbitramento, conforme consta en acta visible a folios 135 y 136 del cuaderno principal 1, en los siguientes términos: “el Tribunal de Arbitramento estará conformado por tres (3) árbitros, los cuales serán designados de común acuerdo por las partes”.

2. Trámite prearbitral

El 16 de diciembre de 1999, Nortel Networks de Colombia S.A., por conducto de apoderado judicial, presentó solicitud de convocatoria de Tribunal de Arbitramento ante el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, con el fin de que dirimiera un conflicto suscitado entre las partes respecto de la interpretación y ejecución del convenio de asociación C-0025-93 (fls. 1 a 16, cdno. ppal. 1).

El 21 de diciembre de 1999 fue admitida la solicitud de convocatoria por el Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá (fl. 19, cdno. ppal. 1) y de esta se corrió traslado a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones en los términos del artículo 428 del Código de Procedimiento Civil.

El 14 de enero de 2000 los apoderados de las partes solicitaron al centro de arbitraje y conciliación la suspensión del trámite arbitral desde la misma fecha de presentación de esa solicitud y hasta el 21 de enero de 2000 “con el fin de procurar un arreglo entre las partes” (fl. 21, cdno. ppal. 1), suspensión que fue autorizada como consta a folio 26 ibidem.

El 3 de febrero de 2000, dentro del término legal y por conducto de apoderado, la entidad convocada dio contestación a la demanda (fls. 27 a 102, cdno. ppal. 1), rechazó las pretensiones y formuló excepciones de mérito, de las cuales se corrió traslado a la convocante.

El apoderado de la convocante descorrió el traslado de las excepciones de mérito en escrito de fecha 17 de febrero de 2000 (fls. 110 a 114, cdno. ppal. 1).

El 13 de abril de 2000 se llevó a cabo la audiencia de conciliación en el Centro de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Bogotá (fls. 135 y 136, cdno. ppal. 1), que resultó fallida, por lo que se dispuso continuar el trámite arbitral.

Los procuradores arbitrales designaron de común acuerdo a los doctores María Teresa Palacio Jaramillo, Gilberto Peña Castrillón y Álvaro Mendoza Ramírez como árbitros para integrar este tribunal (fl. 153, cdno. ppal. 1), designación que fue ratificada por los representantes de las partes (fl. 166, *ibid.*) y aceptada por los nombrados dentro del término legal.

El tribunal de arbitramento se instaló el 2 de junio de 2000 (acta 1, fls. 160 a 163, cdno. ppal. 1), fue designado como presidente el doctor Gilberto Peña Castrillón y como secretaria la doctora Alicia Villegas Trujillo, quien aceptó el cargo y tomó posesión del mismo.

Las sumas decretadas por el tribunal correspondientes a honorarios de los miembros del tribunal, gastos de funcionamiento y administración del centro de arbitraje y gastos del proceso y protocolización del laudo, fueron entregadas por las partes al presidente del tribunal en las proporciones de ley y dentro de la oportunidad señalada para el efecto.

3. Síntesis de la demanda

En cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 304 del Código de Procedimiento Civil y para mejor comprensión de la controversia planteada, se consigna a continuación una síntesis de la demanda que dio origen al presente proceso arbitral.

3.1. Hechos en que se sustenta la demanda

Los hechos relevantes de la demanda se resumen así:

3.1.1. El 4 de agosto de 1993 Nortel Networks Cala Inc., antes denominada Northern Telecom (Cala) Corporation suscribió con Telecom el convenio C-0025-93, con el objeto de desarrollar conjuntamente y a riesgo compartido un proyecto de telecomunicaciones consistente inicialmente en la instalación y explotación de 205.750 líneas telefónicas, por un término de ocho años y once meses (hecho 1). De los documentos contractuales, se destacaron los siguientes aspectos:

- Los compromisos de las partes, que en términos generales se resumen así: (i) A Nortel le corresponde el suministro e instalación “de los equipos de commutación, transmisión, interconexión, planta externa y en general

aportar toda la infraestructura física necesaria para el desarrollo del proyecto”, prestar asesoría técnica en relación con los equipos y transferir la propiedad del equipo a Telecom a la finalización del convenio. (ii) A Telecom le corresponde operar, mantener y explotar los equipos, asignar el servicio telefónico a los usuarios, ser titular del servicio, velar por su continuidad, administrar los servicios, señalar o acatar las tarifas aplicables, facturar y cobrar los ingresos relacionados con el convenio (hecho 2).

- Las estipulaciones contenidas en el artículo 3º del convenio, que según afirma la convocante, son: (i) El acuerdo de las partes para realizar revisiones anuales del modelo económico con el objeto de incorporar el comportamiento real de los parámetros. (ii) El acuerdo de las partes para ajustar el convenio, bien en el nivel de participación sobre los ingresos, en su duración o estableciendo un valor de rescate de los equipos cuyo suministro e instalación correspondía a Nortel “si el valor presente neto proyectado de los ingresos de Nortel Networks demuestra una variación en exceso de más/menos 7%” (hecho 9) y, (iii) La obligación de Telecom de pagar a Nortel un anticipo sobre el valor de rescate de los equipos, si al finalizar el quinto año de suscrito el convenio resulta que este ha recibido un monto inferior al 30% de los ingresos brutos que según el modelo económico le corresponderían durante todo el convenio “medidos en valor presente”. Informa el actor que esta cláusula especifica la forma de pago del anticipo y que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos que según el modelo económico le corresponderían a Nortel Networks durante todo el convenio no podrá ser inferior a la suma de US\$ 105.000.000 (posteriormente incrementada a US\$ 155.202.900) o proporcionalmente al número de líneas instaladas, suma que será ajustada en proporción a la inversión realizada y de acuerdo con el cronograma de ejecución de la inversión (hecho 10).
- Los anexos, técnico (hechos 3 y 4) y financiero. En este último, las partes consignaron las consideraciones de orden financiero que tuvieron en cuenta para la negociación del convenio (hecho 5) y contiene un “modelo económico”, inicialmente propuesto por Telecom, según afirma el actor, en el que se definen los parámetros de la participación de cada una de las partes en el convenio (hecho 6).
- El propósito perseguido con su celebración, que en palabras de la convocante, es asegurar que Nortel Networks reciba un retorno financiero sobre su inversión, similar al proyectado en el modelo económico (hecho 9).
- La participación de las partes en los ingresos del proyecto, así: A Nortel corresponde el 100% de los cargos de conexión de nuevas líneas telefónicas y el 80% de los generados por llamadas salientes de las áreas de servicio. A Telecom, el 20% de los ingresos generados por llamadas salientes de las áreas de servicio y el 100% de los generados por llamadas entrantes (hecho 7).

Según la demanda, los ingresos nominales en millones de dólares que hubieran correspondido a Nortel de acuerdo con los términos del convenio, sobre la base de 308.046 líneas y con base en el anexo financiero y el modelo económico eran: 25.0 para diciembre de 1994; 57.2 para diciembre de 1995; 112.1 para diciembre de 1996; 195.6 para diciembre de 1997; 249.0 para diciembre de 1998; 303.7 para diciembre de 1999; 360.0 para diciembre de 2000; 417.7 para diciembre de 2001; 477.0 para diciembre de 2002 y 517.3 para diciembre de 2003 (hecho 8).

- La modificación al convenio C-0025-93 acordada mediante documento suscrito el 30 de junio (sic) de 1996, (modificatorio 1), en la que, entre otros aspectos, se incrementó el número total de líneas a ser instaladas a 266.046, se aumentó el monto mínimo establecido en el artículo 3º del convenio a US\$ 130.930.000 y se estableció una metodología para calcular la cuantía del anticipo del valor de salvamento según la cláusula tercera del convenio “en forma idéntica a la propuesta por Telecom en el comité de coordinación del 23 de noviembre de 1995 y confirmada por el vicepresidente financiero el 11 de diciembre de 1995, mediante oficio 2520” (hecho 16).
- Una segunda modificación convenida el 22 de noviembre de 1996 (modificatorio 2) mediante la cual, entre otros aspectos, nuevamente se aumentó el número total de líneas a ser instaladas (a 308.046), se incrementó el monto mínimo establecido en el artículo 3º del convenio a US\$ 155.202.900, se ajustó uno de los parámetros básicos del modelo económico y se estableció la metodología a utilizarse para calcular la cuantía del anticipo del valor de salvamento según la cláusula tercera del convenio, en idéntica forma a la pactada en el convenio modificadorio 1 (hecho 17). Esta metodología se transcribió en el hecho 21.
- La estipulación de cláusula compromisoria en el artículo 30 del convenio (hecho 24).

3.1.2. El 8 de agosto de 1994 y con el fin de financiar parcialmente sus obligaciones, según versión del apoderado, Nortel Networks suscribió un contrato de leasing internacional de equipos de comutación, transmisión e interconexión, en virtud del cual la empresa arrendadora compró los equipos a terceros, con fondos provenientes de una emisión de instrumentos negociables en los mercados financieros internacionales por parte de la empresa extranjera arrendadora. Los fondos requeridos por la arrendadora para pagar estas obligaciones eran los ingresos recibidos de Nortel Networks a título de canon de arrendamiento, que a su vez dependían de los flujos derivados del proyecto (hecho 11). Según la convocante, la obligación de Telecom de pagarle a Nortel el valor de rescate de los equipos al quinto año de ejecución del convenio y a la finalización del mismo, que el apoderado califica de “clara y expresa”, fueron elementos determinantes para la aceptación del esquema de financiación referido en el numeral anterior por parte de los banqueros de inversión y los inversionistas extranjeros (hecho 12) y que Telecom lo aceptó en carta del 23 de marzo de 1994 y mediante la suscripción del otrosí 2 al convenio el 19 de julio de 1994 (hecho 13).

3.1.3. El 16 de agosto de 1994 Telecom autorizó la cesión del convenio por parte de Northern Telecom (Cala) Corporation a Northern Telecom de Colombia S.A. (hoy Nortel Networks de Colombia S.A.), con la reserva de no liberar al cedente de sus obligaciones bajo el convenio (hecho 14).

3.1.4. El 11 de diciembre de 1995, mediante oficio 2520, “el vicepresidente financiero de Telecom confirmó por escrito la posición de esa dependencia, acerca de la metodología aplicable para calcular el valor de rescate pagadero por Telecom a Nortel Networks” (hecho 15).

3.1.5. El 8 de septiembre de 1998, en documento rotulado “informe sobre la situación actual de Telecom, solicitado por la comisión sexta del Senado, proposición 03 de agosto 21 de 1998” el presidente de Telecom afirmó que los joint ventures suscritos por Telecom presentaban desfases en los ingresos reales con respecto a los proyectados, entre ellos el suscrito con Nortel, en US\$ 65.3 millones y que “de no poder ajustarlos mediante renegociación de los contratos estarían a cargo de Telecom” (hecho 18).

3.1.6. El 25 de septiembre de 1998 Nortel envió a Telecom una comunicación en la que describe el estado del proyecto y estima que el anticipo al valor de salvamento es del orden de US\$ 82.321.000, solicitándole definir el monto mínimo que le reconocería por este concepto, argumentando Nortel encontrarse en proceso de titularizar los ingresos generados por el convenio (hecho 19).

3.1.7. El 27 de octubre de 1998, el presidente de Telecom ante la comisión sexta constitucional de la Cámara de Representantes, manifestó que en algunos joint venture suscritos por la empresa, si en la mitad del contrato “no se ha recuperado la inversión que está proyectada de acuerdo al plan de negocios, Telecom tiene que sacar un cheque y entregárselo a él” (al asociado) citando como ejemplo el convenio con Nortel, en el que informó haber recibido “una cuenta de cobro de 80 millones de dólares ... para tener que entregarles el año entrante esa plata”. Agregó el presidente en esta intervención que “Telecom está en la obligación de honrar esos contratos, pero vamos a tratar de modificar los términos hasta donde sea posible y hasta donde nos permitan las circunstancias” (hecho 20).

3.1.8. El monto del pago al quinto año, asciende, según la convocante, a la suma de US\$ 95.310.000, que resulta de la aplicación de la metodología prevista en la cláusula quinta del modificadorio 2 al convenio C-0025-93, así (hecho 22):

“1. Se calcula el 30% de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico, durante la duración del convenio”.

• El ingreso bruto acumulado en dólares (incluyendo valor de salvamento que retorna el proyecto a una TIR del 12% tal como lo prevé el convenio) proyectado por el modelo económico (modelo original, cronograma real) arroja un total de US\$ 516.742.000.

• El 30% del ingreso bruto acumulado en dólares (modelo original, cronograma real) arroja un total de US\$ 155.023.000.

2. Se calcula el valor presente neto de los ingresos brutos en dólares realizados por Northern Telecom de Colombia durante los primeros 5 años del convenio C-0025-93 a partir de la suscripción de dicho convenio”.

• El valor presente neto a febrero 4 de 1994, de los ingresos realizados por Nortel Networks hasta el 31 de enero de 1999 según el sistema de administración telefónica (“SAT”) de Telecom, convertido a dólares, es de: US\$ 100.929.000.

3. “Este valor presente neto (punto 2) se resta del monto calculado en el punto 1 anterior para establecer el anticipo del valor de rescate que debe pagar Telecom a Northern Telecom de Colombia”.

• El 30% de los ingresos brutos (US\$ 155.023.000) menos el valor presente neto de los ingresos brutos realizados por Nortel Networks (US\$ 100.929.000) arroja un total de US\$ 54.093.000.

4. “El monto a pagar en calidad de anticipo al valor de rescate calculado en el punto 3 anterior, se lleva en dólares a valor futuro aplicándole una TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco (5) años, este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento”.

Si al valor futuro a febrero 4 de 1999, es decir, a la suma de US\$ 54.093.000 se le aplica la tasa acordada por cinco años, tenemos que $US\$ 54.093.000 \times (1.12)^5 = US\$ 95.331.000$, que es el monto del pago del quinto año”.

3.1.9. El pago correspondiente al quinto año debió hacerlo Telecom el 4 de marzo de 1999, según lo dispuesto en el parágrafo cuarto del artículo cuarto del anexo financiero, según el cual, “El valor futuro de la diferencia será remitido a Northern Telecom dentro de los 30 días subsiguientes a este ejercicio en las condiciones previstas en el artículo cuarto” (hecho 23).

3.1.10. El 24 de septiembre de 1999 los representantes de las partes suscribieron un acta denominada “reunión de presidentes convenio de asociación C-0025-93” en la que dejaron constancia sobre la falta de acuerdo en la interpretación de los textos contractuales (art. 4º del anexo financiero del convenio y los modificatorios 1 y 2 en las partes pertinentes) manifestando que lo procedente era resolver el asunto mediante arbitraje en virtud de la cláusula compromisoria (hecho 25).

3.2. Pretensiones

La parte convocante solicitó que mediante laudo arbitral que haga tránsito a cosa juzgada se profieran las siguientes declaraciones y condenas:

“Primera. Declarar que Telecom incumplió las obligaciones derivadas del convenio C-0025-93 para el desarrollo de un proyecto de telefonía local a nivel nacional celebrado el día 4 de agosto de 1993, modificado por el convenio modificatorio 1 de fecha 30 de junio (sic) de 1996 y por el convenio modificatorio 2 de fecha 22 de noviembre de 1996, celebrado inicialmente con Northern Telecom (Cala) Corporation, entidad esta que cedió sus derechos a Nortel Networks, toda vez que en la oportunidad y cuantía pactadas, Telecom no pagó a la convocante la cantidad de dinero que le correspondía a título de anticipo sobre el valor de rescate pactado en el convenio antes mencionado.

Segunda. Declarar que Telecom debió pagar a Nortel Networks, el día 4 de marzo de 1999, por concepto de anticipo sobre el valor de rescate del equipo, la cantidad de noventa y cinco millones trescientos diez mil dólares americanos (US\$ 95.310.000), o la suma superior que se demuestre dentro del proceso.

Tercera. Condenar a Telecom a pagar a la sociedad Nortel Networks, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero:

3.1. La suma de US\$ 95.310.000, o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por Nortel Networks bajo el convenio C-002593 asociación a riesgo compartido celebrado con Telecom, en razón del incumplimiento de Telecom mencionado en la pretensión primera.

3.2. El valor de los intereses causados por mora, liquidados en dólares de los Estados Unidos de América al 24% anual, correspondiente al doble de la tasa pactada (12% anual), causados desde el día 4 de marzo de 1999 y hasta cuando su pago total se efectúe.

... ordenar a la convocada hacer los pagos anteriores en moneda legal colombiana para la fecha en que

efectivamente se produzca el pago, para lo cual se hará la correspondiente conversión del capital y los intereses en dólares, a la tasa representativa del mercado vigente para el día en que se produzca el pago del capital y los respectivos intereses.

Tercera subsidiaria. En subsidio de la pretensión tercera anterior, solicito condenar a Telecom a pagar a la sociedad Nortel Networks, dentro de los cinco días siguientes a la ejecutoria del laudo que así lo disponga, las siguientes cantidades de dinero:

3.1. La suma de US\$ 95.310.000, o la suma superior que se demuestre en el proceso, correspondiente a las sumas dejadas de percibir por Nortel Networks bajo el convenio C-0025-93 asociación a riesgo compartido celebrado con Telecom, en razón del incumplimiento de Telecom mencionado en la pretensión primera, teniendo en cuenta la tasa representativa del mercado vigente para el 4 de marzo de 1999.

3.2. El valor de los intereses causados mora (sic) liquidados desde el 4 de marzo de 1999 sobre la suma anterior previa conversión a pesos, a una tasa igual a la que cobran los bancos por créditos ordinarios de libre asignación, incrementada en un cincuenta por ciento, teniendo en cuenta para tal efecto las diferentes tasas vigentes desde el día 4 de marzo de 1999 hasta cuando el pago total de los intereses se produzca.

Cuarta. Condenar a la convocada al pago de las costas”.

4. Síntesis de la contestación de la demanda

En su contestación, Telecom se opuso a todas las pretensiones de la demanda y sobre los hechos este fue su pronunciamiento:

- Son ciertos los hechos distinguidos como primero, tercero, cuarto, quinto, décimo cuarto, vigésimo cuarto y vigésimo quinto.
- Son ciertos en su contenido esencial, pero merecieron aclaración los hechos segundo, séptimo, sexto, noveno, décimo quinto, décimo séptimo, vigésimo.
- Son parcialmente ciertos, los hechos décimo tercero y décimo sexto.
- No son ciertos los hechos vigésimo segundo, vigésimo tercero y la afirmación inicial del hecho décimo segundo.
- Frente a los hechos distinguidos como octavo, décimo primero y décimo octavo, la convocada manifestó atenerse a lo que se pruebe.
- Es irrelevante el hecho décimo “pues la cláusula tercera fue modificada posteriormente y por lo tanto el texto resumido en el hecho que se contesta no es aplicable a la diferencia de que trata la demanda”.
- Al distinguido como vigésimo primero: “El texto transcrita corresponde a la cláusula 5^a modificadorio 2 del convenio, sin embargo la metodología es inaplicable por un error técnico grave en su concepción, como se demostrará en el presente proceso. Adicionalmente destaco que la obligación del pago de ajuste aún no ha nacido por hallarse sujeta al acaecimiento de la condición suspensiva prevista en el artículo 3º del convenio original y en el anexo financiero. Destacamos el hecho de que la cita corresponde exclusivamente a la metodología y se abstiene de transcribir el resto de la cláusula 3^a, que se halla vigente, lo cual saca de contexto la metodología a que se refiere el texto en cuestión”.

5. Excepciones de mérito propuestas

Como excepciones de fondo, propuso la apoderada de Telecom las que enunció así:

5.1. “Inexistencia de la obligación de aplicar la metodología por no darse el supuesto de la cláusula tercera del contrato original”.

5.2. “Error conceptual de la demanda en la comprensión de la metodología y de la no existencia de la obligación

del pago del ajuste, aun en el evento de aplicar la metodología”.

5.3. “La inconsistencia de la metodología, y del error a que puede conducir de no llenarse adecuadamente, de acuerdo con los correctos criterios financieros dada la naturaleza de la cosa”.

5.4. “La subordinación de la metodología a lo sustantivo, esto es al objeto, naturaleza y fines del contrato”.

5.5. “La imposibilidad legal para Telecom de aceptar la interpretación que hace el demandante de la metodología por contener un error conceptual que generaría pago injustificado”.

5.6. “La culpa del demandante respecto de la incertidumbre del monto de la obligación”.

5.7. “La inexistencia de la mora”.

6. Actuaciones surtidas

El 5 de julio de 2000 se llevó a cabo la primera audiencia de trámite (acta 2, fls. 175 a 188) en la que se leyó la cláusula compromisoria del convenio C-0025-93 que dio origen a este proceso arbitral. Mediante auto de esa fecha el tribunal asumió competencia para conocer y fallar en derecho las pretensiones formuladas por la convocante en los términos de la demanda y de las excepciones de mérito propuestas por la convocada, y decretó las pruebas pedidas por las partes y algunas de oficio.

Durante el trámite del proceso el tribunal sesionó en veinticuatro (24) audiencias, en las que practicó las pruebas decretadas. Agotada la instrucción, en la última audiencia, el tribunal oyó a los apoderados de las partes en sus alegatos de conclusión e instó a las partes a solucionar sus diferencias por la vía de la conciliación no habiéndose logrado acuerdo, ni aún parcial.

6.1. Término de duración del proceso

Como las partes no acordaron el término de duración del proceso arbitral, este se fijó en seis (6) meses contados a partir de la terminación de la primera audiencia de trámite (acta 2, jul. 5/2000) según lo dispuesto en las normas pertinentes.

El proceso se suspendió en varias oportunidades por solicitud conjunta de las partes, así:

	Días
• Desde el 31 de agosto de 2000 hasta el 19 de septiembre del mismo año (auto 8 del 30-IX-00, acta 8)	20
• Desde el 28 de noviembre de 2000 hasta el 15 de enero de 2001 (auto 14 de XI-28-00, acta 15)	48
• Desde el 1º de marzo de 2001 hasta el 5 del mismo mes y año (auto 25 del 20-II-01, acta 22).	5
• Desde el 10 de marzo de 2001 hasta el 14 del mismo mes y año (auto 27 del 9-III-01, acta 23)	5

Adicionalmente, el tribunal hizo uso de la facultad que le confiere el artículo 70 de la Ley 80 de 1993 y mediante auto 29 del 15 de marzo de 2001, amplió el término de duración del presente proceso arbitral en tres (3) meses con audiencia de las partes y sin oposición de estas. En consecuencia, el tribunal se encuentra en tiempo para proferir el presente laudo.

6.2. Pruebas decretadas y practicadas

Se relacionan las pruebas decretadas, practicadas e incorporadas al expediente, todas las cuales fueron analizadas para definir el asunto sometido a consideración de este tribunal.

6.2.1. Declaraciones de terceros: Se practicaron por el tribunal los testimonios de Alberto Millán Carvajal (acta 3, jul. 18/2000), Fernando Marín Lozano, Germán Octavio Alfonso Bautista, Gustavo Ramírez Galindo (acta 5, jul. 25/2000), Ornella Napolitano (acta 8, ago. 30/2000), Moisés León Rubinstain Lerner (actas 9, sep. 20/2000 y 23, mar. 9/2001), Sara Esther Baena Mejía y Ramiro Enrique de la Vega Angulo (acta 10, oct. 5/2000). El apoderado de Nortel desistió del testimonio de la doctora Natasha Garmendia, así como de todos los testimonios solicitados en la demanda, desistimientos que fueron coadyuvados por la procuradora arbitral de Telecom y admitidos por el tribunal mediante autos 3 del 5 de julio de 2000 (acta 2) y 26 del 9 de marzo de 2001.

6.2.2. Declaración de parte: Rindió declaración de parte en representación de la entidad convocada el doctor Mario Contreras Amador, vicepresidente financiero, quien para la fecha de la audiencia en que inició esta diligencia se encontraba encargado de la presidencia de Telecom (acta 10, oct. 5/2000) y para la oportunidad en que concluyó el interrogatorio (acta 11, oct. 23/2000) compareció en ejercicio de facultades delegadas por medio de la Resolución 00100000-0053 del 8 de febrero de 2000 proferida por el presidente de Telecom.

6.2.3. Inspecciones judiciales con exhibición de documentos e intervención de peritos: El tribunal practicó inspección judicial con exhibición de documentos e intervención de peritos en la sede de Telecom el 15 de agosto de 2000 (acta 7) y en la sede de Nortel el 30 de agosto de 2000 (acta 8), oportunidades en las que se recaudaron los elementos probatorios que se relacionan en las actas respectivas, los cuales fueron incorporados al expediente en cuadernos especiales.

6.2.4. Dictamen pericial: Se rindió dictamen pericial técnico por parte de los auxiliares de la justicia doctores María Edna González de Carrasco y Guillermo Alberto Orozco Hormaza. Los apoderados de ambas partes presentaron memoriales con solicitudes de aclaración y complementación al dictamen, las que fueron decretadas por el tribunal en los términos de que da cuenta el acta 18 del 29 de enero de 2001 y presentadas por los peritos en la oportunidad establecida por el tribunal. La apoderada de Telecom formuló objeciones parciales por error grave, que se resuelven en esta providencia.

6.2.5. Documentales: Se aportaron por los apoderados los documentos relacionados en la demanda y su contestación y los que de común acuerdo seleccionaron en desarrollo de la inspección judicial realizada en las instalaciones de Telecom. Igualmente se agregaron al expediente los entregados por algunos testigos en sus declaraciones y los ordenados de oficio por el tribunal.

B. Consideraciones del tribunal

Para proferir su decisión el tribunal encuentra que se han observado a cabalidad las reglas del debido proceso y el respeto al derecho de defensa, que no se da causal de nulidad en ninguna etapa o actuación procesal y que los presupuestos procesales de demanda en forma, competencia, capacidad para ser parte y capacidad procesal no admiten reparo alguno.

Igualmente encuentra el tribunal que se diligenció la totalidad de la solicitud probatoria de las partes y que, en lo que resultó necesario, el tribunal utilizó su facultad de decretar pruebas de oficio que igualmente fueron practicadas. Y para mayor seguridad y claridad, antes de la audiencia de alegatos el tribunal declaró concluida la instrucción del proceso y en esa misma oportunidad ambas partes manifestaron no estar pendiente, ni de decreto, ni de práctica, prueba alguna que ellas hubieran solicitado. Cfr., acta 24 del 15 de marzo de 2001.

1. Cuestiones probatorias de resolución previa

Debe el tribunal, en primer lugar, analizar las protestas que presentaron los apoderados a determinados medios probatorios.

1.1. Tacha de sospechoso de un testigo

El apoderado de Nortel tachó de sospechoso al testigo Moisés Rubinstain Lerner (CPC, arts. 217 y 218) en la audiencia en que se tomó su testimonio (acta 2, sep. 20/2000), tacha que mantuvo cuando por segunda vez el tribunal lo llamó a declarar (acta 23, mar. 9/2001) y que en lo esencial se contrae a lo expresado por el apoderado de Nortel en la primera ocasión: "... La persona del doctor Rubinstain más que un testigo imparcial de ambas

partes, ha sido un asesor cuya versión pido se califique en los términos del artículo 238, numeral 7º del Código de Procedimiento Civil, es decir como un alegato de parte” y lo anterior, por haber asesorado a la procuradora arbitral de Telecom, para lo que se adujo como prueba el concepto suscrito por el testigo, fechado el 16 de enero de 2000 sobre algunos aspectos de esta controversia, documento que se agregó al expediente en la audiencia del 20 de septiembre de 2000. Sobre esta tacha el apoderado de Nortel prometió volver a referirse en el alegato de conclusión para insistir en la severidad con que el tribunal debía valorar aquella declaración. Cfr., página 31 del testimonio.

Sea lo primero recordar que el juez debe apreciar “los testimonios sospechosos de acuerdo con las circunstancias de cada caso” (CPC., art. 218). En el presente debate arbitral el tribunal encuentra que el testigo tachado de sospechoso es persona que goza de un prestigio profesional y ético públicamente conocido y que la tacha se contrae a una asesoría que efectivamente ha dado el testigo tanto a la parte convocada (Telecom), como a su procuradora arbitral y para demostrar esta última circunstancia, en la misma diligencia en que rindió declaración por primera vez se aportó el documento ya referido; y sobre lo primero —asesoría a Telecom— es bien clara y expresa la declaración del testigo. El tribunal resuelve la tacha presentada por la parte convocante así:

- •En lo que corresponde al documento del 16 de enero de 2000, suscrito por el testigo, dirigido a la apoderada de Telecom, el tribunal lo apreciará en los términos del artículo 238, cardinal 7 del Código de Procedimiento Civil, esto es, como una alegación de la parte convocada.
- Y respecto de la declaración del testigo Moisés Rubinstain Lerner, tomada inicialmente como prueba decretada en la primera audiencia de trámite, y la segunda vez como prueba solicitada para demostrar el error grave del peritaje, el tribunal apreciará y valorará esta declaración como emanada de un profesional independiente, de reconocida prestancia en el medio en temas financieros y de banca de inversión, y apreciará la especial participación que tuvo en el diseño de lo que fue la concepción primigenia del esquema financiero que utilizarían las partes para soportar, en general, los convenios de asociación a riesgo compartido o joint ventures que suscribiría Telecom al amparo de la Ley 37 de 1993. Este testimonio cobra especial importancia para el tribunal ante la ausencia de otros terceros que hubieran participado efectivamente en la creación y ajustes de estos esquemas, modelos y matrices financieros. Sin embargo, también tendrá en cuenta el tribunal que el testigo fue asesor y activo intervintente en la formulación del modelo económico que sustenta este y otros contratos de asociación a riesgo compartido de Telecom, y que formó parte del grupo negociador de esta empresa frente al grupo de Nortel, para la decisión de algunos aspectos originales de este convenio.

Echa de menos el tribunal la insistencia de la parte convocante en la referida tacha, la que prometió efectuar en su alegato de conclusión para los fines de “la severidad que el caso requiere” (pág. 31 de la declaración de Moisés Rubinstain) y, al contrario, observa la forma reiterada en que aprovecha y utiliza la declaración del testigo tachado (págs. 4 y 5, 13, 20, 21, 26 y 27, y 32 de su alegato).

Con fundamento en lo anterior, el tribunal tomará en consideración las declaraciones del testigo Moisés Rubinstain Lerner, piezas probatorias que serán valoradas, obviamente, con el rigor que imponen las reglas de la sana crítica por las circunstancias en que el testigo tuvo conocimiento de algunos hechos que interesan a este proceso.

1.2. Objetiones al dictamen pericial

La apoderada de Telecom formuló objeciones parciales por error grave al dictamen pericial, en memoriales recibidos el 16 y el 23 de febrero de 2001 (fls. 1368 a 1406 y 1419 a 1423, cdno. ppal. 4), que se contraen a inconformidades “respecto de la conceptualización de la garantía y de la comparación que hacen los peritos para establecer la procedencia del pago al quinto año”; a inconformidades respecto de “la conceptualización misma del negocio … en lo relativo a la TIR (tasa interna de retorno)”; y por extralimitaciones en las funciones de los auxiliares de la justicia.

Para resolver las objeciones, este tribunal encuentra pertinente consignar las siguientes consideraciones generales:

En su carta remisoria del dictamen pericial, fechada el 7 de diciembre de 2000, los auxiliares de la justicia anotaron:

“Hemos considerado necesario no limitar nuestro trabajo a la simple contestación de las preguntas formuladas por las partes y sus respectivos apoderados —con excepción de aquellas sobre las cuales hubo desistimiento expreso de las mismas— y por ello incluimos una explicación detallada del marco conceptual que orientó nuestro trabajo. Dicho marco es la referencia por nosotros utilizada para dar contestación a las preguntas formuladas y el principal soporte para nuestro trabajo y comentarios”.

El marco conceptual del análisis efectuado por los peritos fue incorporado como anexo 2 del dictamen y de particular importancia para este tribunal ha sido el establecimiento, en la pericia, de dos opciones de interpretación sobre la forma de llevar a cabo la revisión que las partes acordaron efectuar al quinto año de ejecución del convenio C-0025-93, que se analizarán en su debido momento. Desde tal marco, posteriormente corregido en algunas de sus hojas y cuadros en el documento de “respuestas a las aclaraciones y complementaciones solicitadas por los apoderados de las partes y por el tribunal, con respecto al informe sobre el peritazgo financiero del convenio Telecom-Nortel” entregado el 12 de febrero de 2001, establecen los peritos dos posibilidades interpretativas, denominadas primera opción y segunda opción.

El surgimiento de estas dos opciones resulta, según los peritos, del hecho de que “de la lectura de los textos no se puede concluir si el artículo quinto del modificadorio dos reemplazó, total o parcialmente, en la porción relevante, a la cláusula tres del convenio original y al artículo cuarto del anexo financiero” (cfr., num. 9º del anexo 2, “Marco conceptual del análisis”, fl. 90 del dictamen pericial). Las opciones mencionadas se pueden caracterizar, según los términos del dictamen, así:

Primera opción de interpretación: “El artículo quinto del modificadorio dos reemplazó la totalidad del texto de la cláusula tres del convenio original en lo que se refiere a la revisión del quinto año” (cfr., fl. 91 del dictamen pericial).

Segunda opción de interpretación: “El artículo quinto del modificadorio dos reemplazó en la porción del texto de la cláusula tres del convenio original que hace referencia a la revisión del año quinto, solo la metodología para calcular el pago, pero no reemplazó la porción del texto que hace referencia a la determinación de si el pago procede o no procede” (cfr., fl. 91 del dictamen pericial).

De los textos transcritos se concluye que la llamada segunda opción de interpretación se diferencia de la primera opción de interpretación en la forma de determinar si el pago al quinto año procede o no, ya que el monto a pagar, en caso de que dicho pago proceda, se determina con la misma metodología en las dos interpretaciones puestas a consideración del tribunal por los peritos.

De igual manera registra el tribunal que la ilustración de una tercera opción que los peritos sugieren, y que según ellos habría sido su orientación del caso, es eso, una simple ilustración y así la tomará el tribunal (cfr., fls. 61, 96 del dictamen pericial).

1.2.1. Primera objeción: “Objeción parcial por error grave respecto de la conceptualización de la garantía y de la comparación que hacen los señores peritos para establecer la procedencia del pago al quinto año” (preguntas 12b del cuestionario de aclaraciones de Telecom y 1 y 2 del cuestionario del tribunal).

De conformidad con el memorial de fecha 16 de febrero de 2001, para la apoderada de Telecom el error de los peritos se precisa así: “el peritazgo es contraevidente en las respuestas 12b del cuestionario de aclaraciones formulado por la apoderada de Telecom y en la respuesta 1 al cuestionario de los árbitros” (cfr., fls. 1372, 1373, cdno. ppal. 4).

Para analizar la afirmación anterior es conveniente precisar la evolución de los hechos que rodearon la solicitud de aclaración 12b del memorial presentado por la apoderada de la convocada el 24 de enero del año en curso. Dicha solicitud de aclaración 12b, dice:

“En cuanto a la denominada “segunda interpretación”, respecto del tercer párrafo de la primera viñeta de la página 26 del dictamen, asumiendo el supuesto de que el monto mínimo tenga la naturaleza de garantía, sujeta a una condición, (tema este de carácter estrictamente jurídico), aclare cuál debería ser la conclusión, ante tal hipótesis jurídica, esto es que el monto mínimo posea la condición de garantía” (cfr., fl. 1294, cdno. ppal. 4). Negrilla del

tribunal.

- El apoderado de Nortel mediante memorial de fecha 29 de enero de 2001 (fls. 1304 a 1310, cdno. ppal. 4), solicitó a este tribunal “rechazar las solicitudes identificadas en el aparte II” del memorial de la apoderada de Telecom, entre ellas la que hace referencia a la aclaración 12b mencionada, indicando cómo (num. 5º, segundo párr. de la solicitud del apoderado de Nortel, fl. 1307, ibíd.) “en el literal (b) nuevamente la convocada, tal como lo hace en el numeral 3º de su memorial, plantea una hipótesis jurídica nueva y solicita a los peritos desarrollar un ejercicio matemático-financiero nuevo a partir de dicha hipótesis. No se trata de una aclaración ni de una complementación sino de una nueva pregunta de la convocada a partir de una nueva hipótesis que desarrolla”.
- Como consta en acta 18 del 29 de enero de 2001 (fls. 1351 a 1360, ibíd.), este tribunal originalmente negó la procedencia de la solicitud de aclaración y complementación del numeral 12 en su totalidad, al disponer que “los peritos se abstendrán de contestar lo solicitado en este numeral”.
- Contra esta decisión, contenida en el artículo segundo del auto 17 del 29 de enero de 2001, la apoderada de Telecom interpuso recurso de reposición, y refiriéndose a la aclaración 12b manifestó que “solicita aclaración dado que la respuesta de los peritos se basa en la descalificación jurídica que ellos hacen de la garantía al quinto año”.
- Al resolver el recurso, el tribunal, en lo pertinente a la solicitud de aclaración 12b, accede a que los peritos “suministren las aclaraciones y complementaciones a que se refieren los numerales 12b ...”.

Consigna el tribunal los hechos anteriores, en atención a que la solicitud de aclaración 12b, en la que se pide a los peritos contestar a partir de unas suposiciones y cuya respuesta la apoderada de Telecom califica como “contra evidente”, da lugar a la primera objeción por error grave.

La segunda opción de interpretación, de conformidad con el dictamen, se daría en el caso de que los modificatorios 1 y 2, en sus respectivas cláusulas quintas solo hayan modificado parcialmente 91 artículo 3º del convenio original, y siga vigente la estipulación que debería considerarse para establecer si el pago al quinto año es procedente o no. Bajo esta interpretación, los modificatorios 1 y 2 solamente habrían cambiado la forma de determinar el monto que debería pagarse, y todo lo anterior, según la manera de razonar de los peritos.

Al examinar los expertos el punto relacionado con los requisitos que dan lugar al pago al quinto año, indican que se deben comparar los valores presentes de dos cifras: (i) de los ingresos brutos recibidos por Nortel durante los primeros cinco años del convenio, y (ii) del 30% de los ingresos brutos acordados como su participación prevista en la duración del convenio en el modelo económico.

En consecuencia, considera el tribunal que la respuesta de los peritos, en su dictamen original, se ajusta a un determinado texto contractual estructurado por los peritos, cuya vigencia y fuerza normativa es asunto que debe resolver el tribunal. Ahora bien, lo que los peritos han hecho en sus aclaraciones y complementaciones es contestar una pregunta formulada por la apoderada de Telecom, cuyo texto expresamente instruye sobre lo que debe asumirse o suponerse para dar respuesta a dicha solicitud de aclaración 12b: “... asumiendo el supuesto de que el monto mínimo tenga la naturaleza de garantía, sujeta a una condición (tema este de carácter estrictamente jurídico), aclare cuál debería ser la conclusión, ante tal hipótesis jurídica, esto es que el monto mínimo posea la condición de garantía” (cfr., fl. 1294, cdno. ppal. 4).

Como puede observarse en el texto transcrto, la apoderada de Telecom solicita a los peritos contestar bajo los siguientes supuestos:

- Suponer que el mínimo tiene la naturaleza de garantía.
- Responder lo preguntado en relación con la segunda opción de interpretación.

Puede verse, en consecuencia, que desde la formulación de la pregunta se circunscribe la respuesta solo a la segunda opción de interpretación y se solicita a los peritos asumir, o suponer, que el mínimo es una garantía.

Al dar su respuesta los peritos siguen las anteriores instrucciones, es decir atienden la solicitud de la apoderada de

Telecom, y por lo tanto su respuesta constituye una contestación a una situación hipotética, sugerida o pedida por la apoderada de Telecom, e ilustra las consecuencias que la respuesta, o el caso, tendría bajo dicha hipótesis. Es por ello que no se puede afirmar, como lo hace la apoderada de Telecom (memorial de feb. 28/2001, ref.: respuesta de los peritos al memorial de Nortel, de feb. 23/2001, pág. 2, fl. 1443, cdno. ppal. 4) que: “Lo único que hicieron los peritos en sus aclaraciones a la pregunta 12b, extralimitándose gravemente en sus funciones de auxiliares de la justicia, fue crear un tercer escenario, totalmente equivocado y basado en premisas falsas, que ellos mismos corrigen después, al sustituir parte del texto de las aclaraciones, aunque no reconozcan su error”.

Debe destacar el tribunal cómo los peritos afirman que la conclusión hipotética a que dicha pregunta conduce, no modifica su dictamen original en el caso de la segunda opción de interpretación, ni aún con la sustitución del texto que solicitaron en su escrito dirigido al tribunal el 19 de febrero de 2001 (fl. 1410, cdno. ppal. 4).

Otra cosa es la conclusión a que se llega bajo el marco de suposición planteado por la apoderada de Telecom a los peritos en su solicitud de aclaración 12b. En dicho caso hipotético se daría la conclusión de que el pago procedería. Pero es una mera suposición, en concepto de los peritos y del tribunal, ya que dicho carácter lo adquiere desde la misma pregunta de la apoderada de Telecom, ya comentada, que solicita hacer el análisis bajo dicho supuesto: que el mínimo sea una garantía para fines de la segunda opción de interpretación.

Concluyen los peritos que la procedencia o no del pago solo depende de una condición, en caso de que ella siga vigente: que el valor presente de los ingresos realmente recibidos por Nortel se compare contra el valor presente del 30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo económico, con las consecuencias de ajustes previstas en el contrato: unas que efectúa el mismo modelo y otra que se hace en proporción a la inversión realizada y al cronograma de instalación.

De acuerdo con lo anterior, el tribunal considera que los peritos no han incurrido en error grave al dar respuesta a la pregunta 12b de las aclaraciones. Esa pregunta fue contestada a partir de una hipótesis formulada por la misma apoderada de Telecom: que el mínimo es una garantía para los fines de la segunda opción de interpretación y con ese alcance y dentro del contexto descrito, será tomada en cuenta por el tribunal si a ello hubiere lugar.

1.2.2. Segunda objeción: “Relacionada con la conceptualización misma del negocio que las partes, en lo relativo a la TIR” (sic), o tasa de retorno.

Manifiesta la apoderada de Telecom que cuando los peritos afirman que “En ese orden de ideas, cuando se pacta un valor de la TIR para un proyecto e implícitamente se pacta su dinámica de conformación ...” incurren en error grave por cuanto “no se puede sostener que cuando se pacta un valor de la TIR para un proyecto, implícitamente se ha pactado una dinámica de conformación de esa TIR”. (Cfr., última viñeta, pág. 26 del memorial de objeción parcial al dictamen pericial por error grave de feb. 16/2001, fl. 1393, cdno. ppal. 4).

Y a renglón seguido agrega la apoderada de Telecom (pág. 27 del mismo memorial, fl. 1394, ibíd.) que “esta afirmación no se puede generalizar pero, además en el presente caso es absolutamente falsa”.

Finalmente, anota la apoderada de Telecom (pág. 31 del memorial de objeción, fl. 1398, ibíd.) que es la “convicción personal” de los peritos la que da lugar a interpretar que “... las partes al pactar la TIR del 12%, pactaron implícitamente la conformación dinámica de la misma, lo que tal como está probado y como se demostrará en este momento del proceso, jamás fue pactado por las partes y constituye una ficción de la que parten los peritos para las conclusiones que se han cuestionado”.

El tribunal considera que cuando se pacta la rentabilidad de una determinada inversión están asociados con dicha rentabilidad los siguientes elementos: un plazo, unos flujos de caja y la respectiva ubicación de dichos flujos de caja en la duración del plazo. En consecuencia, si la TIR se conforma con esos tres elementos, la modificación de alguno de ellos puede dar lugar a un cambio en la TIR.

De igual manera, destaca el tribunal cómo en el anexo financiero del convenio de asociación C-0025-93 del 4 de agosto de 1993 (pág. 13, fl. 1329, cdno. ppal. 4), las partes indican que los resultados se calculan en el modelo “con el fin de asegurar el mayor valor presente neto, posible para Telecom sin afectar la rentabilidad esperada por Northern Telecom (12% anual)”.

En ese mismo convenio se expresó y acordó, que:

“El convenio se ha realizado con base en un modelo económico; el cual se detalla en el anexo financiero y será considerado parte integral de este convenio. Este modelo económico detalla los parámetros financieros que lo regirán e incorpora los retornos financieros que las partes han proyectado. Es el propósito del convenio que estos retornos financieros se realicen. Anualmente se hará una revisión del modelo económico. Esta revisión tendrá como objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico. Si el valor presente neto proyectado demuestra una variación en exceso de más/menos siete (+/- 7%) por ciento, el convenio de asociación se ajustará para asegurar que las partes mantengan los retornos financieros supuestos, y se restablezca el equilibrio económico inicialmente previsto, a los rangos antes señalados” (negrillas del tribunal).

En consecuencia, la TIR del 12% anual, en dólares, como rentabilidad esperada por Nortel, no es simplemente una rentabilidad anual para toda la duración del convenio, sino que tiene relación con el modelo económico, forma parte de la naturaleza del convenio y se constituye en un retorno que las partes han proyectado. Dichas proyecciones están en el modelo económico que forma parte del anexo financiero y del convenio original, y por ello la proyección de resultados se hizo buscando “asegurar el mayor valor presente neto posible para Telecom sin afectar la rentabilidad esperada por Northern Telecom (12% anual)”.

La rentabilidad del 12% anual en dólares se logra con unos ingresos en dólares, de acuerdo con su ubicación en la duración del plazo; las proyecciones consignadas en el modelo económico, parte integral del contrato, así lo previeron. Es por ello que para cualquier tipo de comparación de ingresos, entre efectivos y proyectados, y de rentabilidad, o valores presentes para las revisiones anuales, entre otros, se echa mano de las proyecciones originales, como expresión de lo que en ese momento se esperaba, con los mejores supuestos disponibles entonces para ambas partes.

De igual manera, se registra cómo, ante la imposibilidad de prever el futuro, se pactaron mecanismos de revisión y compensación, para el evento en que las cosas no se dieran de acuerdo con lo proyectado.

Así entiende el tribunal lo que constituye la dinámica de conformación de la rentabilidad esperada por Nortel, de conformidad con los acuerdos de las partes, y las anotaciones y comentarios de los peritos. En igual forma se destaca que para dar cumplimiento a lo anterior se previeron mecanismos que fueran asegurando el logro de dicha rentabilidad: las revisiones anuales y la revisión al quinto año.

- Las primeras tienen como finalidad compensar a Nortel, en alguna de las formas previstas en el convenio, para que la rentabilidad de su inversión de referencia fuera 12% anual al completarse la duración del contrato.
- La revisión del quinto año tiene como finalidad anticipar a Nortel una suma de dinero, a buena cuenta del valor de rescate, si se dan determinados requisitos. Dicho anticipo no modifica la rentabilidad o la TIR proyectada. No obstante, de haber lugar al pago se presenta un efecto sobre la dinámica de conformación de dicha rentabilidad y en algo se recupera, porque se obtendría un dinero, por parte de Nortel, con anticipación a la terminación del contrato y a la recepción del valor de rescate, si lo hubiere. De todas maneras se trata de un pago anticipado del valor de rescate que deberá pagarse a la terminación del contrato y no de un costo adicional para Telecom.

Por lo tanto encuentra el tribunal que no se trata de una afirmación “absolutamente falsa”, ya que las partes sí pactaron referencias muy concretas para describir cómo se esperaba obtener la rentabilidad, adicionadas de previsiones sobre qué hacer en caso de que las cosas no se dieran de conformidad con lo previsto en un modelo económico que forma parte integral del convenio.

El testimonio de Moisés Rubinstain Lerner confirma esta apreciación y conclusión del tribunal y sobre la conformación de la TIR pueden leerse sus apreciaciones en las páginas 5, 6, 8, 10, 17, 18, 22 y 23 de su declaración del 20 de septiembre de 2000, de la que destacamos:

Doctor Peña. “... Sírvase complementarle al tribunal ... qué más cargas de diligencia ... tenían las partes en esas revisiones anuales y qué debía o podía surgir de esas revisiones anuales.

Señor Rubinstain. Las revisiones anuales, yo diría que lo que procuraban —y vuelvo al concepto de riesgos de

rentabilidad— era aminorarle los riesgos al asociado. “página 8 de su declaración.

Doctor Peña. “¿... podría entender el tribunal que existiendo unas variables que podrían ser objeto de reconsideración en esas revisiones anuales, esa del precio ... era una o estaba excluida?

Señor Rubinstain. “... desde el punto de vista ... del modelo no era para sentarse a verlo una vez al año, el modelo lo tenía que andar mirando todo el mundo, todos los meses” página 10 ibidem.

Pero donde ya no puede quedar duda alguna sobre la conclusión del tribunal y la apreciación de los peritos cuestionada por Telecom, es cuando en la página 23 de su declaración este mismo testigo concluye:

“... yo creo que uno de los puntos clave de cómo se negociaron esos contratos es que no se pactó una rentabilidad flotante” (negrilla del tribunal).

En conclusión, el tribunal considera que los peritos no incurrieron en un error grave al considerar que las partes acordaron una determinada dinámica de conformación de la tasa interna de retomo, TIR, al contrario, encuentra que las partes pactaron, en forma expresa y reflexiva, la conformación dinámica de la TIR como un elemento del modelo económico del convenio que nos ocupa.

1.2.3. Tercera objeción: “Extralimitación de funciones al ilustrar un análisis incompleto de riesgos sin que haya sido desde el cuestionario original una pregunta formulada por ninguna de las partes ni por el tribunal”.

Dice la apoderada de Telecom, en su memorial de objeciones (pág. 31, fl. 1398, cdno. ppal. 4) lo siguiente:

“El tercer error grave en que incurren los señores peritos, extralimitándose totalmente en sus funciones, deciden espontáneamente ilustrarnos con un análisis de lo que según ellos son los riesgos que se pactaron en este contrato, sin que haya sido desde el cuestionario original una pregunta formulada por ninguna de las partes ni por el tribunal”.

Adiciona la apoderada de Telecom que:

“El análisis gratuito de los peritos desconoce que en este, como en todos los demás contratos de joint venture firmados por Telecom, existen otros riesgos que no son tenidos en cuenta por el dictamen, para mencionar algunos como: el riesgo de demanda, el riesgo de tarifas, el riesgo de tráfico. Por ello considero que su opinión peca por omisión”.

Y añade a continuación:

“Sin embargo por ser esta una afirmación potencialmente lesiva para los intereses del Estado, y particularmente de Telecom, me veo en la obligación de objetarla por error grave”.

Finalmente, consigna la apoderada una preocupante advertencia:

“Me veo en la obligación de advertir a los señores peritos que este tipo de afirmaciones puede ocasionar perjuicios a Telecom en el proceso de conversaciones que se adelantan con los diferentes asociados, pues la afirmación ligera y categórica que manifiestan, puede constituir, no solo una extralimitación en sus funciones, sino alentar reclamaciones económicas totalmente desproporcionadas que definitivamente atentan contra la estabilidad de Telecom. Reitero que la afirmación hecha por los peritos es irresponsable y constituye una violación de sus deberes de objetividad y ponderación, a más de implicar intromisión en el juzgamiento del tema jurídico del cumplimiento de los contratos y el alcance de las obligaciones de las partes”.

Bastaría para rechazar la objeción considerar que la misma carece de los requisitos y de la técnica que exigen la ley procesal y la jurisprudencia probatoria, esto es, que se trate de un verdadero error de acuerdo con las reglas de la lógica jurídica, que haya sido determinante de las conclusiones a que hubieren llegado los peritos, o que el error se haya originado en estas (CPC, art. 238).

Adicionalmente —y al margen de la técnica probatoria— la objeción contiene una serie de consideraciones

extrajurídicas y extraprocesales que el tribunal censuró en su momento⁽¹⁾, censura que se reitera en este laudo en la medida en que no puede el trabajo de los auxiliares de la justicia —ni mucho menos el de los jueces— acabar predisposto por razones comerciales o por los alcances de la eventual utilización o invocación que terceros pudieran hacer de una determinada decisión judicial, tal y como la apoderada de Telecom lo plantea en el texto de su memorial de objeciones que se acaba de transcribir.

Aunque lo anterior resulta suficiente para desestimar la objeción el tribunal la analiza a fondo, y en primer lugar observa que Telecom formuló originalmente a los peritos las siguientes preguntas:

1. ¿Cuál es el sentido financiero del artículo 3º del convenio original y del artículo 4º del anexo financiero, en términos económicos y financieros? (Cfr., memorial de fecha jul. 24/2000, fl. 224, cdno. ppal. 2).
2. ¿Qué diferencia, desde el punto de vista económico y financiero, existe entre el concepto y la finalidad del ajuste al quinto año y el concepto y finalidad del valor de rescate, a la luz del artículo tercero del convenio y del artículo 4º del anexo financiero? (Cfr., ibíd.).

En igual forma, en las preguntas adicionales formuladas por Telecom, se solicita a los peritos contestar esta pregunta:

3. Dada la existencia del monto mínimo garantizado contenido en el artículo 3º del convenio original y 4 del anexo financiero, así como de la cláusula 5ª de los modificatorios 1 y 2, sírvanse establecer ¿quién corre el riesgo financiero y económico en caso de que las líneas instaladas no se vendan oportunamente? (cfr., memorial de fecha jul. 31/2000, fl. 258, cdno. ppal. 2)

Y encontramos, adicionalmente, la pregunta 4 del memorial del 24 de julio de 2000:

4. ¿Contiene el artículo 3º del convenio C-0025 los mecanismos que garantizan que, al finalizar el convenio, el asociado obtendrá la TIR esperada? Sírvase describirlos (cfr., fl. 224, cdno. ppal. 2).

Finalmente, en la solicitud de aclaraciones al dictamen pericial, de la apoderada de Telecom (ene. 24/2001), en la página 8, numeral 19, al hacer referencia a la pregunta 8 del tribunal, dicha apoderada solicita a los peritos: “Sírvanse los peritos explicar ¿cómo se aplica el riesgo del 7% para Nortel?” (cfr., fl. 1298, cdno. ppal. 4).

Lo anterior resulta suficiente para concluir que a los peritos sí se les solicitó opinar sobre los riesgos y sobre los términos económicos y financieros del convenio.

Quiere señalar el tribunal cómo, desde el dictamen inicial, los peritos en la sección del marco conceptual, consignaron su punto de vista sobre los términos económicos y financieros del acuerdo y los riesgos inherentes al mismo (nums. 1.4, 1.5, 1.7, 1.8 y 1.10, fls. 76 y 77 del dictamen).

Es claro para el tribunal que para proyectos como el que se debate en este proceso existen los riesgos citados por la apoderada de Telecom, a saber: “el riesgo de demanda, el riesgo de tarifas, el riesgo de tráfico”, pero pueden existir otros riesgos como el riesgo de la inversión —cuánto finalmente valga la inversión— y los financieros, entre los que se destacan los riesgos de endeudamiento y el cambiario.

Pero una cosa son los riesgos del proyecto y otra la forma como las partes se distribuyen los riesgos en el acuerdo o contrato que suscriban. En el convenio de asociación C-0025-93 del 4 de agosto de 1993, artículo 16, las partes pactaron:

“Riesgo compartido: Las partes conocen y aceptan que los ingresos generados de los servicios dependen de la capacidad instalada, funcionalidad de los equipos y de la demanda de los servicios, por tal razón los ingresos no son fijos sino variables, y en consecuencia las partes asumen el riesgo de recibir las participaciones en proporción a los ingresos recibidos por el correspondiente mes de facturación y así sucesivamente, sin perjuicio de lo previsto en el artículo 3º del presente convenio” (negrillas del tribunal).

Nortel asumió el riesgo del costo de la inversión, ya que de haber costado más o menos de lo previsto, Telecom no pactó compensarle, o recibir, respectivamente, la diferencia entre lo planeado y realizado. De igual manera, al

establecer pagos en dólares se aisló a Nortel, desde el contrato original, de todo tipo de riesgo cambiario, el cual fue asumido por Telecom.

Es más, según consta en el acta del comité de coordinación 10 de noviembre 23 de 1995, en el mismo desarrollo del contrato se precisaron algunos detalles sobre la forma de compartir o distribuirse los riesgos entre las partes, a saber:

“En virtud de lo expuesto los socios acuerdan que por línea instalada se entenderá la que es apta para dar al servicio, conviniéndose igualmente un término de seis (6) meses para venderla, lapso durante el cual los socios asumen conjuntamente el riesgo, pues vencido tal período se incorporarán todas las líneas al modelo económico, estén vendidas o no” (cfr., fl. 92 de la carpeta 17 de los documentos recaudados en la diligencia de inspección judicial realizada en las instalaciones de Telecom. Resaltado del tribunal).

De igual manera, al pactar una TIR para Nortel, se la aisló del efecto del costo del dinero, garantizándole una rentabilidad del 12% en dólares, como se pactó desde un principio. Esto equivaldría, a juicio del tribunal, al pago de un costo del dinero al inversionista de unos fondos en equipos de comunicaciones, que bien podría haber sido una especie de préstamo que Telecom se obligó a cancelar a través de una participación de ingresos denominados en dólares, en un determinado lapso, de acuerdo con las proyecciones del modelo económico, en forma tal que dieran la rentabilidad esperada por el inversionista.

Sobre este particular se destaca lo dicho por los peritos en el anexo del marco conceptual del dictamen, numeral 2.1:

“El convenio se puede interpretar como un esquema de financiación para Telecom. Este esquema reemplazaría una financiación directa con bancos comerciales o con mercado de capitales, pero con riesgos asignados a las partes”.

Y a continuación comentan cómo,

“Las condiciones que definen un esquema de financiación directa, son el monto, la tasa de interés, el plazo y la garantía. Esta se hace efectiva cuando la fuente de pago no alcanza para honrar la obligación”.

A renglón seguido anotan, refiriéndose al contrato como forma de financiación de una inversión en equipos: “Elimina el riesgo asociado con posibles desfases en la inversión, lo traslada a la contraparte. Acomoda los pagos correspondientes a lo que correspondería a capital e intereses (servicio de deuda) al comportamiento efectivo del flujo de ingresos” (cfr., num. 2.2 ventajas para Telecom, fl. 78 del dictamen pericial).

Debe igualmente destacarse cómo, en el marco conceptual del dictamen, consignan los peritos lo siguiente:

“1.10. Riesgo para las partes

Para Telecom el riesgo está en que los ingresos recaudados por el convenio sean inferiores a los ingresos estimados. Es decir, que Telecom tenga que compensar la disminución de ingresos de Nortel, con algunos de los mecanismos previstos para ello.

Para Nortel el riesgo está en que el monto efectivamente desembolsado para proveer los equipos e infraestructura supere el monto inicialmente estimado y, que de ser así, los ingresos (aún garantizados) no sean suficientes para generar el retomo (sic) esperado sobre la inversión efectivamente ejecutada” (fl. 77 del dictamen).

En consecuencia, los peritos contestaron, desde un principio, lo relativo a los riesgos del proyecto y su forma de distribución entre las partes, tal y como quedó consignado en el contrato. Lo que han hecho en sus aclaraciones, es precisar lo relativo al manejo de la franja del 7%, más o menos, del valor presente, previsto para evaluar si hay lugar a las revisiones anuales o no.

Es criterio del tribunal que la variación del 7% es una tolerancia, de más o de menos, para evaluar si hay lugar a las revisiones anuales y solo hacerlas cuando la desviación de los valores presentes a comparar excede dicho margen. Pero es igualmente claro que dicho 7% no se refiere a un margen de la rentabilidad del contrato para ninguna de las partes, ya que desde el inicio (cláusula 3º del convenio original) se establece que:

“El convenio se ha realizado con base en un modelo económico; el cual se detalla en el anexo financiero y será considerado parte integral de este convenio. Este modelo económico detalla los parámetros financieros que lo regirán e incorpora los retornos financieros que las partes han proyectado. Es el propósito del convenio que estos retornos financieros se realicen” (negrilla del tribunal).

En virtud de lo anterior, para el tribunal la rentabilidad que el contrato pactó para Nortel fue del 12% (págs. 13 y 15 del anexo financiero, fls. 1329 y 1331, cdno. ppal. 4) y se estaría contrariando dicha voluntad de las partes si se le diera una rentabilidad menor, o mayor, en un 7% a dicho nivel convenido.

De igual manera, cabe recordar que las revisiones anuales previeron otros dos mecanismos compensatorios: una diferente distribución de los ingresos del proyecto entre las partes o una modificación en el tiempo de duración del convenio. En igual forma a lo anotado anteriormente —que el valor de rescate no se debe ajustar en un siete por ciento (7%) hacia abajo, y tampoco hacia arriba— puede afirmarse que, de conformidad con lo pactado entre las partes, tampoco se podrían ajustar, con ese parámetro del 7%, las nuevas proporciones para compartir ingresos o el tiempo de duración del convenio.

En consecuencia, considera el tribunal que los peritos tampoco incurrieron en error grave en relación con este punto y que ellos se limitaron a contestar las preguntas formuladas, entre las que se solicitaba indicar el sentido económico y financiero del contrato y, por ende de los riesgos inherentes al convenio y la forma en que ellos quedaron distribuidos entre las partes.

Por todo lo expuesto, no prosperan las objeciones por error grave formuladas por la parte convocada al dictamen de los peritos María Edna González de Carrasco y Guillermo Alberto Orozco Hormaza.

Para concluir, debe el tribunal advertir que tomará este peritaje como una prueba más que será valorada en conjunto y dentro de la totalidad del acervo probatorio recaudado y conforme a las reglas de la sana crítica. El peritaje no sustituye al laudo, ni lo anticipa, y este tribunal tiene bien claro el alcance de sus facultades y responsabilidades, razón por la cual el trabajo que se expone a continuación se fundamenta en todo el material probatorio que por iniciativa de las partes, o del mismo tribunal, se vinculó al proceso.

El tribunal cuenta con elementos suficientes para someter a crítica y valoración el dictamen pericial, en el que encuentra un trabajo serio, profesional, abundante en orientaciones y prevenciones para los árbitros, que serán aprovechadas en la medida de lo estrictamente necesario para fundar la decisión con que concluye este proceso.

2. Examen de las pretensiones de Nortel

Las pretensiones de Nortel tienen la siguiente estructura y naturaleza:

En la primera se solicita la declaración de un incumplimiento de Telecom. Ese incumplimiento se refiere a que “Telecom no pagó a la convocante la cantidad de dinero que le correspondía a título de anticipo sobre el valor de rescate”, “en la oportunidad y cuantía pactadas”, y se invoca como fundamento o fuente formal jurídica de esta solicitud, el “convenio C-0025-93 para el desarrollo de un proyecto de telefonía local a nivel nacional, celebrado el día 4 de agosto de 1993, modificado por el convenio modificatorio 1 de fecha 30 de julio de 1996 y por el convenio modificatorio 2 de fecha 22 de noviembre de 1996, celebrado inicialmente por Northern Telecom (Cala) Corporation, ... entidad que cedió sus derechos a Nortel Networks”.

La segunda pretensión es una pretensión de condena en la que se solicita que el tribunal declare “que Telecom debió pagar a Nortel Networks, el día 4 de marzo de 1999, por concepto de anticipo sobre el valor de rescate del equipo, la cantidad de noventa y cinco millones trescientos diez mil dólares americanos (US\$ 95.310.000), o la suma superior que se demuestre dentro del proceso”.

La tercera pretensión es otra pretensión de condena encaminada a que la suma anterior se acreciente con intereses moratorios, “líquidados en dólares de los Estados Unidos al 24% anual, correspondiente al doble de la tasa pactada (12% anual), causados desde el día 4 de marzo de 1999 y hasta cuando su pago total se efectúe”, sumas que solicita se ordene pagar (capital e intereses) “en moneda legal colombiana para la fecha en que efectivamente se produzca el pago” convertidas “a la tasa de mercado vigente para el día en que se produzca el pago del capital y los

respectivos intereses”.

La tercera pretensión subsidiaria, también de condena, propone al tribunal la siguiente opción:

- Que la suma de dinero a que se refiere la primera y segunda pretensión (US\$ 95.310.000 “o la suma superior que se demuestre”) se convierta a pesos “teniendo en cuenta la tasa representativa del mercado vigente para el 4 de marzo de 1999”.
- Que los intereses moratorios se liquiden desde el 4 de marzo de 1999 sobre la cifra en pesos que resulte de la conversión anterior, “a una tasa igual a la que cobran los bancos por créditos ordinarios de libre asignación, incrementada en un cincuenta por ciento, teniendo en cuenta para tal efecto las diferentes tasas vigentes desde el día 4 de marzo de 1999 hasta cuando el pago total de los intereses se produzca”.

La primera pretensión tiene la apariencia de una pretensión simplemente declarativa, puesto que busca poner fin a un estado de incertidumbre frente a un determinado derecho, pero ocurre que, en la realidad, la pretensión apunta a la constitución de una relación de derecho por sentencia judicial —la existencia y exigibilidad de un determinado pago— ante la imposibilidad de que las mismas partes pudieran hacerlo, y no se trata de un pago como contraprestación cierta, bilateral y comutativa (no es el precio de una compraventa, por ejemplo).

Se trata del subrogado de una suma que habría debido obtener la parte convocante si una determinada ejecución contractual hubiera resultado igual a como lo previeron las partes en un modelo económico contra el que debía contrastarse y revisarse periódicamente aquella ejecución, y sin que se trate de un pago total sino parcial y a buena cuenta de un valor final de salvamento o rescate que tendrá que pagar Telecom a Nortel al final del convenio C-0025-93, valor de rescate que se construye y acumula a lo largo de la ejecución contractual.

Y de resultar constituida esa obligación de pagar, por la que reclama Nortel, ese pago causaría un impacto en la rentabilidad convenida durante lo que reste de la ejecución contractual, y es por ello que las partes previeron que de llegar a constituirse y efectuarse este pago “el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta este anticipo” (art. 3º del convenio), que es un efecto típico de una pretensión constitutiva, que cuando las partes no lo han previsto, debe el juez ocuparse de sus consecuencias, aunque las partes no lo hayan solicitado y sin que ello afecte el principio de congruencia de la sentencia⁽²⁾.

No desconoce el tribunal que la sentencia también tendrá un efecto de certeza, sin que con ello cambie la naturaleza anteriormente referida, efecto que, en primer lugar, es connatural a toda sentencia pero que, además, en este caso recae fundamentalmente no tanto en la naturaleza misma de la declaración implicada en la pretensión, sino en la controversia que tienen las partes respecto de la fuente de las obligaciones y su interpretación, así como respecto de elementos financieros y económicos que no han podido verificar por su propia cuenta, o sobre los que tienen datos sensiblemente diferentes.

Las demás pretensiones son de condena, esto es, se dirigen “a obtener una sentencia por la cual se obligue al demandado al cumplimiento de determinada prestación a favor del demandante ... y se caracteriza(n) por el sentido eminentemente coercitivo que tiene el contenido de la declaración realizada en la sentencia, ya que ella le impone una prestación al demandado; y si este se niega a obedecer lo ordenado se le puede compelir por medios coercitivos a que lo haga”⁽³⁾, y es por ello que la sentencia de condena constituye el título ejecutivo por autonomásia (cfr., art. 509, cardinal 2º, CPC).

La anterior descripción y calificación de las pretensiones de Nortel orienta un tema en el que se ha detenido con especial preocupación la parte convocada en su alegato de conclusión (cfr., págs. 18 y 19), como es el de la congruencia de la sentencia. En efecto:

- En las pretensiones de Nortel queda bien clara la causa que podría justificar una eventual condena de Telecom, que es el incumplimiento de un determinado negocio jurídico (primera pretensión), sin perjuicio de la concurrencia de otras causas. Y este mismo marco señala desde ahora el límite a partir del cual podría incurrir el tribunal en un laudo *extra petita*.
- Y atentos a lo que enseña el derecho procesal, en estricto sentido solo tendrían el carácter de excepciones de

mérito de la parte demandada, las que se opongan “a las pretensiones del demandante, bien porque el derecho alegado en que se basan nunca ha existido, o porque habiendo existido en algún momento se presentó una causa que determinó su extinción o, también, cuando continuando vigente el derecho se pretende su exigibilidad en forma prematura por estar pendiente un plazo o una condición”⁽⁴⁾.

Y todo lo anterior juega, por supuesto, tanto para las excepciones que hubieren sido invocadas expresamente, como para las demás que el tribunal llegare a encontrar debidamente estructuradas y probadas.

3. Problema jurídico planteado

“En un proceso se dan una multiplicidad de problemas jurídicos, los que como tales se deben resolver en las fuentes formales de derecho debidamente interpretadas ... sin embargo, a pesar de la multiplicidad de problemas, solo hay uno por cada aspecto jurídico considerado ... pero puede ocurrir que con relación a un mismo aspecto jurídico se planteen varios problemas. Esto ocurre cuando quienes los formulan parten de supuestos de hecho diferentes”⁽⁵⁾.

Igualmente hay problemas jurídicos que giran dominantemente alrededor de una fuente formal de derecho, como cuando se debate si una norma o una estipulación contractual están o no vigentes.

En este proceso las partes no contienden, esencialmente, por desacuerdos en los hechos relevantes sino, especialmente, por la vigencia, entendimiento y alcances de unas determinadas estipulaciones del convenio C-0025-93 del que forman parte los denominados modificatorios 1 y 2 del 30 de julio y del 22 de noviembre de 1996.

Todo lo anterior, por elemental que pudiera parecer, es algo que debe tomarse en cuenta, pues de no ser así se corre el riesgo de que el tribunal distraiga su atención en temas aledaños, inconducentes para la definición de los problemas jurídicos que plantean la demanda y su contestación.

A la luz de las pretensiones de Nortel, bien podría enunciarse el problema básico jurídico así: ¿Bajo el artículo tercero del convenio C-0025-93, con las modificaciones que las partes acordaron, procede el pago de un anticipo al valor de rescate al quinto año de ejecución de ese convenio, a favor de Nortel y a cargo de Telecom, de acuerdo con los hechos relevantes probados?

Sin embargo, resolver el anterior problema jurídico que es el principal, el de fondo, y el que define si una determinada reflexión es útil o pertinente dentro de este proceso, implica una serie de definiciones previas que, igualmente, constituyen problemas jurídicos autónomos tan importantes como el primero y de igual rango, y el más evidente y conflictivo de todos gira alrededor de una de las fuentes formales de derecho aplicable en este caso esto es, del cabal entendimiento de la vigencia y alcances de las estipulaciones contractuales invocadas por las partes como fundamento de sus pretensiones y excepciones, controversia de la que da buena cuenta el dictamen pericial, hasta el punto de centrarse alrededor de dos posibles interpretaciones entre las que tendría el tribunal que escoger, sin percibir que en tema de interpretación del negocio jurídico bien puede surgir un *tertius genus* igualmente razonable, esto es, que pudiera encontrar suficientes y aceptables fundamentos jurídicos, lo que constituye el campo reservado a la actuación del juez.

La identificación de estos dos problemas jurídicos principales y dominantes tiene la utilidad de orientar el trabajo del tribunal, determinar los hechos relevantes y desestimar algunos debates inadecuadamente planteados. El más evidente de todos, que debe tratarse en este momento, es el relacionado con el hecho 10 y su contestación, que para mayor claridad se transcribe a doble columna:

Hecho 10. Nortel	Contestación de Telecom
“De acuerdo con esta misma cláusula (art. tercero del convenio, aclara el tribunal), si al finalizar el quinto año de suscrito el convenio resultara que Nortel Networks ha recibido un monto inferior al	“Es un hecho irrelevante pues la cláusula tercera fue modificada posteriormente y por lo tanto el texto resumido en el hecho que se contesta no es aplicable a la diferencia de que trata la demanda”.

30% de los ingresos brutos que según el modelo económico le corresponderían a Nortel Networks durante todo el convenio, medidos en valor presente, entonces Telecom pagará a Nortel Networks la diferencia entre estos dos valores, a título de anticipo sobre el valor de rescate del equipo.

La cláusula especifica además la forma de pago de este anticipo, y establece, además, que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos que según el modelo económico le corresponderían a Nortel Networks durante todo el convenio no podrá ser inferior a la suma de US\$ 105 millones (posteriormente incrementada a US\$ 155.202.900) o proporcionalmente al número de líneas instaladas, suma que será ajustada en proporción a la inversión realizada y de acuerdo con el cronograma de ejecución de la inversión”.

Si se observa lo que plantean ambas partes, ello está bien lejos de constituir confesiones como recíprocamente se lo imputaron y lo invocaron las partes en sus alegatos de conclusión, pues la materia del hecho 10 y de su contestación es la manera como cada una de ellas valora no un determinado hecho, sino la vigencia y alcances de una determinada fuente formal de derecho, y en el caso presente resulta inapropiado darle consecuencias de confesión a la interpretación del negocio jurídico efectuada unilateralmente por cada una de las partes, máxime cuando no habiéndose podido poner de acuerdo, han tenido que deferir a un tribunal de justicia la delimitación y el ámbito de aplicación de esa especial fuente formal de derecho.

El tema implicado en el hecho 10 y su contestación es, más bien, otra manera de enunciar, presentar o asumir uno de los problemas jurídicos que se han traído a este tribunal y, por ello mismo, la estimación que haga el tribunal —cualquiera que sea— nada tiene que ver con problemas de congruencia del eventual laudo, que como es bien claro se definen de cara a los hechos y a las pretensiones (cfr., CPC, art. 305).

Y es que si una norma o una fuente formal de derecho diferente se la enlista en el capítulo de los “hechos de la demanda”, ello no resulta suficiente para cambiar su naturaleza y, al mismo tiempo, las interpretaciones unilaterales que hayan hecho las partes de esa determinada fuente formal de derecho tampoco son mandatorias para el juez, especialmente cuando las partes le han encomendado a este tribunal establecer cuál es o debe ser —en vía jurisdiccional y para los solos y exclusivos efectos de este proceso— el entendimiento de unas determinadas estipulaciones contractuales.

En conclusión, el debate que traen las partes en sus “alegatos de bien probado”, alrededor del hecho 10, no se desarrolla frente a una circunstancia fáctica, esto es, lo expuesto en el hecho 10 no es un hecho. Y correlativamente, la contestación de Telecom tampoco puede tomarse como referida a un hecho, por supuesto. Así las cosas, mal pueden imputarse recíprocamente las partes confesión alguna, respecto de materias sobre las que no puede recaer la confesión, en este caso concreto, esto es, sobre la existencia y vigencia de la fuente formal de derecho aplicable, sin perjuicio de que ello pudiera ocurrir en otro caso, en otro escenario fáctico, diferente del que debe tomar en cuenta el tribunal.

Bien analizadas las cosas, Nortel resume en el hecho 10, en sus propios términos, las partes del artículo 3º del convenio C-0025-93, que considera conducentes para esta controversia, sin que con ello esté proponiendo la vigencia o fuerza normativa de ese texto porque, en esta misma parte de la demanda, más adelante, consigna las modificaciones que Telecom y Nortel introdujeron al convenio original (hechos 16, 17 y 22) y luego Nortel hace, por su propia cuenta, la liquidación de lo que reclama a la luz —ahora sí— de los textos contractuales que considera aplicables.

En principio, pues, se trata de temas de derecho sobre los que las partes disienten, razón por la cual han tenido que venir a este tribunal de justicia a establecer la fuente formal de derecho pertinente para decidir la procedencia del pago que reclama Nortel y al que se opone Telecom, sin perjuicio de los demás alcances que tiene la contestación de Telecom al hecho 10 de la demanda, especialmente respecto de la conducta que de manera concluyente e inequívoca mantuvo sobre el tema implicado en este hecho hasta el momento de la contestación de la demanda.

En este orden de ideas, la estructuración de la fuente formal de derecho aplicable al caso que nos ocupa, se constituye también en problema jurídico medular que debe dilucidar el tribunal el que, por su importancia, se desarrollará en un capítulo posterior de este laudo.

4. Naturaleza y características del convenio C-0025-93

En este capítulo se limita el tribunal a caracterizar el convenio C-0025-93, esto es, a fijar tanto las habilitaciones legales con que Telecom ingresó en esta clase de negocios, como la tipicidad o atipicidad del mismo, su finalidad y la naturaleza de las prestaciones a cargo de las partes asociadas.

Los contratos de joint venture —sostiene la doctrina— nacieron en los Estados Unidos de Norteamérica, USA, y allí han tenido el mayor desarrollo práctico y jurisprudencial, resultando de ello una cierta sistematización —judicial, por supuesto— rica en matices, distinciones y clasificaciones, propias de un sistema sensiblemente diferente del nuestro en la manera como se crea, interpreta y aplica el derecho⁽⁶⁾.

Así las cosas, este convenio C-0025-93 es de la clase de asociaciones de personas que acuerdan participar en un proyecto común, de carácter específico, en procura de una utilidad que puede ser de diferente naturaleza para cada una de ellas y no necesariamente equivalente, mediante la combinación de los recursos que ellas aportan, sin necesidad de crear una sociedad, ni fondo o patrimonio autónomo alguno con expresión sustancial y procesal.

Dentro de los anteriores perfiles, el convenio que nos ocupa tiene fundamento esencialmente contractual⁽⁷⁾ y es ese negocio jurídico, precisamente, el que revela sus características y contiene su reglamento y, en fin, el que determina su especificidad frente a cualquiera otra forma contractual de carácter asociativo y con fines de colaboración inter-empresarial.

Las primeras formas de joint venture en el derecho colombiano, o sus antecedentes más claros y directos, parecen encontrarse en algunos esquemas asociativos para la explotación minera, con la participación de empresas nacionales y extranjeras⁽⁸⁾.

Y para lo que nos interesa, en el año 1993, ante los diferentes retos que se planteaban al sector de las telecomunicaciones en Colombia como consecuencia de la apertura y la modernización del Estado y en virtud de haberse declarado nulo el Decreto 553 del 1º de abril de 1992, el Gobierno Nacional acudió al Congreso de la República con un proyecto de ley que regulaba, entre otros, los contratos de asociación a riesgo compartido.

Como consecuencia de lo anterior el Congreso de la República expidió la Ley 37 de 1993, que constituye el marco legal dentro del cual se suscribió este y otros convenios para fines determinados del sector de las telecomunicaciones. El tribunal considera conveniente tener como marco de referencia, en esta parte de su trabajo, la normativa específica de aquella ley, que se transcribe a continuación:

“ART. 9º—Otras formas asociativas en el sector de las telecomunicaciones. Las entidades adscritas y vinculadas al Ministerio de Comunicaciones y las entidades indirectas o de segundo grado pertenecientes al mismo, que presten servicios de telecomunicaciones, con excepción de Inravisión, quedan autorizadas para constituir entre sí o con otras personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras, sociedades o asociaciones destinadas a cumplir las actividades comprendidas dentro de sus objetivos, conforme a la ley de su creación o autorización y a sus respectivos estatutos.

Estas entidades se sujetarán a las reglas previstas en el Decreto-Ley 130 de 1976 y a las disposiciones que lo adicionen o modifiquen.

Así mismo, las entidades descentralizadas de cualquier orden, encargadas de la prestación de servicios de

telecomunicaciones, con el fin de asegurar los objetivos señalados en la Constitución Nacional, la ley y los estatutos, podrán celebrar contratos de asociación con personas jurídicas, nacionales o extranjeras, sin que en virtud de los mismos surjan nuevas personas jurídicas”.

“ART. 10.—A los procedimientos de contratación señalados en el artículo anterior, salvo lo dispuesto en la presente ley, se aplicarán las disposiciones del derecho privado y en los contratos se establecerán entre otras estipulaciones:

- a) Los mecanismos que permitan asegurar que la titularidad del servicio estará a cargo de la entidad pública contratante.
- b) Los bienes y los servicios específicos que el contratista particular pone a disposición para la ejecución del objeto del contrato y que constituye la infraestructura de propiedad exclusiva del mismo contratista.
- c) La proporción en que las partes contratantes participarán en las utilidades o pérdidas que genere la gestión conjunta, así como la forma de liquidación de las mismas.
- d) Las condiciones en que la entidad contratante puede adquirir; si a ello hubiere lugar, al término del contrato, los bienes que el contratista haya aportado para el cumplimiento de sus obligaciones contractuales”.

(...).

“ART. 13.—Los contratos a riesgo compartido se establecerán también en sectores rurales y municipios de baja densidad telefónica para la ampliación de la infraestructura en telefonía pública conmutada básica local y/o telefonía móvil celular”.

“ART. 14.—El término del contrato de asociación a riesgo compartido será hasta de diez años, al vencimiento del cual se revisará y podrá ser renovado por diez años más, siempre que el contratista no haya incurrido en sanciones durante su ejecución”.

Si se analizan los elementos que previó el legislador para tipificar un contrato de asociación a riesgo compartido, en este caso, se concluye que esa normativa coincide con lo que la doctrina identifica como los elementos de un joint venture. Un autor ya citado encuentra estas características:

- “a) Se produce la concurrencia de dos empresas.
- b) Existe un acuerdo que consiste en una declaración de voluntad común destinada a reglar sus derechos.
- c) Las empresas mantienen sus propias individualidades, lo que significa lo contrario de la fusión. Las empresas son preexistentes.
- d) Las aportaciones que deberán cumplir los contratantes, pueden consistir en dinero, bienes, tecnología, servicios, etc.
- e) El objetivo común, que debe explicitarse en el acuerdo.
- f) Determinar cómo se administrarán los bienes y recursos (humanos, tecnológicos, financieros, etc.), para el logro de la finalidad propuesta.
- g) Se trata de una inversión de riesgo y no de una inversión financiera”^⑨.

El convenio C-0025-93 se ajusta tanto a la Ley 37 de 1993, como a lo que recomienda la doctrina, y si bien el aporte económico de Nortel no puede ser calificado como una inversión financiera, también es cierto que ese asociado no asume la totalidad de los riesgos de esa inversión, pues como bien lo revela el texto contractual y lo explicaron los peritos, el convenio morigera o limita algunos de ellos (el cambiario y el de rentabilidad, por ejemplo) a favor de la sociedad extranjera, lo que se comprende perfectamente dentro de los equilibrios de los que partía la negociación, así como por la necesidad —convenida contractualmente— de que los retornos financieros y

los flujos estimados se realizaran efectivamente. “Para que un joint venture sea tal, debe existir un cierto grado de incertidumbre respecto de los beneficios y costos que derivarán para las partes. Este riesgo existe aun cuando haya una limitación en las pérdidas, pues se lo corre en virtud de los distintos niveles de utilidad que pueden resultar para cada participante según sea el éxito de las actividades comunes, o como consecuencia de créditos incobrables, inversiones no rentables y costo de oportunidad”⁽¹⁰⁾.

Analizada la autorización con que actuó la presidencia de Telecom (cfr., acta 1640 del 29-VII-93), el objeto del contrato (art. 2º), su alcance (art. 4º), la relación de las partes entre sí (art. 23), la responsabilidad de cada asociado (art. 22), las prestaciones de cada uno de ellos (arts. 5º y 7º), la duración del convenio (art. 24), la titularidad y destino final de la infraestructura que aporta y costea Nortel (arts. 5º y 14), la manera como participan los asociados en determinados ingresos, así como la asunción y mitigación de riesgos, el tribunal no tiene duda alguna respecto de la clase de contrato que suscribieron Telecom y Nortel bajo el convenio C-0025-93, sus anexos y los negocios jurídicos modificatorios del mismo. Se trata de un contrato de asociación a riesgo compartido, o joint venture contractual, de las características claramente delineadas por la doctrina mercantil, recogidas como fuente legal habilitadora de estos negocios en la Ley 37 de 1993, para las entidades y los sectores allí mismo indicados.

5. La estructuración de la fuente formal de derecho aplicable a la controversia

La fuente formal de derecho que debe servir de fundamento a la decisión del tribunal, es simultáneamente la fuente de las obligaciones que discuten las partes en este proceso, esto es, el negocio jurídico identificado como el convenio de asociación C-0025-93, correspondiéndole al tribunal —al no haber podido hacerlo las partes— establecer su contenido y alcances para los efectos de esta controversia exclusivamente, pues es bien sabido que les está prohibido a los jueces proveer por vía general o reglamentaria, principio que constituye la base de la imprevisibilidad e irrepetibilidad de la sentencia en nuestro sistema jurídico.

Entra pues el tribunal a exponer su entendimiento sobre la manera como se estructuró la fuente de las obligaciones que sustentaría o no el pago que reclama Nortel a Telecom, y su raciocinio corresponderá estrictamente al que requiere un laudo en derecho: Será una decisión fundamentada “en el derecho positivo vigente” según lo que preceptúa el artículo 115 del Decreto 1818 de 1998.

5.1. Acta 1640 del 29 de julio de 1993, de la junta directiva de Telecom.

Para finales de julio de 1993 la fase de formación del contrato estaba por concluir, si se tiene en cuenta que el convenio C-0025 se firmó el 4 de agosto de 1993.

Según la declaración de Moisés Rubinstain para finales de julio de 1993 estaban prácticamente convenidas todas sus estipulaciones y es en ese momento, precisamente, donde aparece una solicitud de última hora de Nortel, de la que dan cuenta este testigo y la misma junta directiva de Telecom.

Declaración de Moisés Rubinstain

Según la declaración de Moisés Rubinstain, el planteamiento original solo comprendía una fórmula encaminada a asegurarle a Nortel que en todo caso recibiría, al quinto año, por lo menos el 30% del valor presente de los ingresos brutos acordados como su participación prevista en la duración del convenio, según el modelo económico.

Referir la suma mínima anterior a una cifra fija fue algo que se agregó al artículo 3º y efectivamente se incorporó a su texto, por solicitud de Nortel. Sobre este particular dice el testigo Moisés Rubinstain.

“El punto de los ciento cinco millones de dólares vino como una solicitud en el proceso de negociación con Northern Telecom cuando ya estábamos bastante adelantados e inclusive yo diría que casi completamente cuadrados en todos los demás elementos y asumo que por situación de los bancos, ¿por qué lo aceptamos así? Porque es que la probabilidad de ocurrencia de ese evento era prácticamente mínima, ¿por qué digo que era mínima? ...” Cfr., página 15 de su declaración.

En su misma declaración el testigo explica por qué “la posibilidad de ocurrencia de ese evento era prácticamente mínima” (pág 15, ibíd.), pues “por simples derechos de conexión ... los chances de que la cifra recaudada hasta ese

momento hubiera estado por debajo de 105 millones de dólares era nula ...” (pág. 15, ibíd.), circunstancia que él mismo expuso, personalmente, a la junta directiva de Telecom como se verá a continuación.

La junta directiva de Telecom

El acta 1640 del 29 de julio de 1993, de la junta directiva de Telecom, da cuenta de esta “propuesta adicional presentada por la compañía Northern” tal y como puede leerse en el texto recaudado en la inspección judicial efectuada en las instalaciones de la convocada:

“Propuesta de la compañía Northern: Informó la señora presidente sobre la propuesta adicional presentada por la compañía Northern, consistente en revisar el modelo al finalizar el quinto año, y si resultare que a esa fecha Northern Telecom ha recibido un monto inferior al 30% de los ingresos brutos correspondientes a su participación estimada en el modelo económico, medidos en valor presente, Telecom anticipará el valor de rescate, pagando la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados hasta esa fecha por Northern Telecom. En este caso, el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta el anticipo cancelado.

A continuación, se hicieron presentes en la reunión el vicepresidente financiero de Telecom y el asesor de la presidencia, doctor Moisés Rubinstain, quien explicó mediante gráficas, la simulación efectuada acerca del comportamiento esperado de los ingresos ...

El valor nominal del 30% de los ingresos brutos de acuerdo con la propuesta de Northern, no debe ser inferior a US\$ 105 millones, las gráficas indican que desde el año de 1996, los ingresos proyectados exceden la suma de US\$ 105 millones. Por lo anterior, en opinión del asesor financiero, puede aceptarse la propuesta, adicionando que el 30% no será inferior a US\$ 105 millones o proporcionalmente al número de líneas instaladas.

Conocida la propuesta presentada por Northern, así como los resultados del análisis financiero efectuado, la junta directiva expresó su acuerdo con la misma y autorizó a la señora presidente para celebrar el contrato con esta compañía, incluyendo la propuesta sometida a su consideración en la presente sesión”.

Con estos antecedentes, incluida “la propuesta adicional presentada por la compañía Northern”, se suscribió el texto original del convenio C-0025-93 compuesto de dos cuerpos normativos que analizamos por separado a continuación.

5.2. El artículo 3º del convenio

Las estipulaciones contractuales que interesan directamente para los fines de esta controversia fueron suscritas así, en el texto del convenio C-0025-93:

“ART. 3º—Modelo económico. El convenio se ha realizado con base en un modelo económico el cual se detalla en el anexo financiero y será considerado parte integral de este convenio. Este modelo económico detalla los parámetros financieros que lo regirán e incorpora los retornos financieros que las partes han proyectado. Es el propósito del convenio que estos retornos financieros se realicen. Anualmente se hará una revisión del modelo económico. Esta revisión tendrá como objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico. Si el valor presente neto proyectado demuestra una variación en exceso de más/menos siete (+/- 7%) por ciento, el convenio de asociación se ajustará para asegurar que las partes mantengan los retornos financieros supuestos y se restablezca el equilibrio económico inicialmente previsto, a los rangos antes señalados. El convenio de asociación será ajustado en uno o varios de los aspectos siguientes dentro del marco de las disposiciones legales vigentes y por escogencia del comité coordinador, a efecto de asegurar la realización de los resultados previstos: 1. Nivel de participación en los ingresos brutos. 2. Duración del convenio de asociación. 3. Establecimiento de un valor de rescate para el equipamiento aportado por Northern Telecom. Las revisiones y las enmiendas necesarias se realizarán anualmente siempre y cuando el valor presente neto proyectado varíe en exceso de más/menos siete por ciento (+/- 7%). El comité de coordinación establecerá las enmiendas que se requieran al convenio de asociación. Si al finalizar el quinto (5º) año de suscrito el convenio, resultare que Northern Telecom ha recibido un monto inferior al 30% de los ingresos brutos acordados como su participación prevista en la duración del convenio en el modelo económico, medidos en valor presente, Telecom pagará como anticipo del valor de rescate, la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados por Northern Telecom a la fecha. Este anticipo

por parte de Telecom se denominará en moneda local y será equivalente al monto faltante de dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado en ese momento. En este caso, el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta este anticipo. Las partes reconocen que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos acordados como participación de Northern Telecom previstos para la duración del convenio, no será inferior al equivalente en dólares de los Estados Unidos de América de ciento cinco millones (US\$ 105 millones) o proporcionalmente al número de líneas instaladas. Este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma”.

Este texto, sin embargo, no sería el único llamado a servir de fuente de las obligaciones que reclama Nortel en este proceso, porque el convenio C-0025-93 comprende originalmente un texto adicional denominado “anexo financiero”—en el que reposa, precisamente, el “modelo económico”—cuyas estipulaciones, para lo que interesa a la controversia que nos ocupa, se transcriben a continuación:

ART. 4º—Si al finalizar el quinto (5º) año de suscrito el convenio, resultare que Northern Telecom ha recibido un monto inferior al 30% de los ingresos brutos acordados como su participación, previstos para la duración del convenio en el modelo económico, medidos en valor presente, Telecom pagará como anticipo del valor de rescate, la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados por Northern Telecom a la fecha. Este anticipo por parte de Telecom se denominará en moneda local y será equivalente al monto faltante de dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado en ese momento. En este caso, el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta este anticipo. Las partes reconocen que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos acordados como participación de Northern Telecom previstos para la duración del convenio, no será inferior al equivalente en dólares de los Estados Unidos de América de ciento cinco millones (US\$ 105 millones) o proporcionalmente al número de líneas instaladas. Este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.

El procedimiento para determinar al quinto (5º) año este anticipo será el siguiente:

1. Los flujos de ingresos brutos realizados serán calculados a valor presente a la fecha de la firma del convenio. La tasa de descuento que se utilizara será del 12% anual.
2. Los ingresos brutos denominados en moneda local serán convertidos a dólares de los Estados Unidos de América utilizando la tasa promedio ponderada representativa del mercado de dicho período.
3. La diferencia entre el flujo realizado, a valor presente en dólares de los Estados Unidos de América, y el 30% de los ingresos brutos totales previstos para la duración del convenio, será llevada a valor futuro al final del quinto (5º) año utilizando la tasa de 12% anual.
4. El valor futuro de la diferencia será remitido a Northern Telecom dentro de los treinta días subsiguientes a este ejercicio en las condiciones previstas en el artículo 4º”.

Lo que el intérprete —quien aplica el derecho— debía esperar era que el artículo 3º del convenio y el artículo 4º del anexo financiero conformaran una unidad sin reiteraciones innecesarias y sin contradicción alguna, que pudiera servir de fundamento claro para resolver el problema jurídico básico que han traído las partes a este tribunal, esto es, que allí se encontrara una fuente de obligaciones que propiciara soluciones inequívocas, satisfactorias para las partes asociadas, compatibles con los fines contractuales expresamente consignados en esta y en otras partes del convenio.

Sin embargo, desde sus orígenes encuentra el tribunal que ello no fue así, por lo menos en lo que tiene que ver con la controversia que debe resolver el tribunal, pues estos textos presentan desde su suscripción una contradicción que se pone en evidencia al confrontar los siguientes apartes:

Artículo 3º del convenio	Artículo 4º anexo financiero
“Si al finalizar el quinto (5º) año de suscrito el convenio, resultare que Northern Telecom ha recibido un monto	“El procedimiento para determinar al quinto año este anticipo será el siguiente:

inferior al 30% de los ingresos brutos acordados como su participación prevista en la duración del convenio en el modelo económico, medidos en valor presente, Telecom pagará como anticipo del valor de rescate, la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados por Northern Telecom a la fecha. Este anticipo por parte de Telecom se denominará en moneda local y será equivalente al monto faltante de dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado en ese momento”.	<ol style="list-style-type: none"> 1. Los flujos de ingresos brutos realizados serán calculados a valor presente a la fecha de la firma del convenio. La tasa de descuento que se utilizará será del 12% anual. 2. Los ingresos brutos denominados en moneda local serán convertidos a dólares de los Estados Unidos de América utilizando la tasa promedio ponderada representativa del mercado de dicho período. 3. La diferencia entre el flujo realizado, a valor presente en dólares de los Estados Unidos de América, y el 30% de los ingresos brutos totales previstos para la duración del convenio, será llevada a valor futuro al final del quinto (5º) año utilizando la tasa de 12% anual. 4. El valor futuro de la diferencia será remitido a Northern Telecom dentro de los treinta días subsiguientes a este ejercicio en las condiciones previstas en el artículo 4º”.
--	--

De lo anterior concluye el tribunal:

El artículo 3º del convenio contiene una estipulación suficiente, plena, para definir la procedencia de un pago y determinar su cuantía. En otros términos, si no existiera el artículo 4º del anexo financiero el problema jurídico planteado se habría podido resolver totalmente bajo este texto contractual (art. 3º), y para ello los elementos o factores de comparación (ingresos recibidos por Nortel al quinto año v. 30% de los ingresos brutos proyectados en el modelo económico) se medían, ambos, en valor presente.

No es cierto que en el artículo 3º solamente se hubiera previsto la existencia de una condición suspensiva, pues es evidente que con esta cláusula se puede decidir la procedencia del pago y liquidar nítidamente su cuantía. En otras palabras, la estipulación referida habría resultado suficiente para resolver el problema jurídico planteado, sin que el tribunal encuentre bases razonables para concluir que en el artículo 3º se trataban temas sustanciales o materiales y que en alguna otra parte habría que encontrar lo adjetivo o procedural. Esta distinción carece de fundamento y validez a la luz de lo que acabamos de analizar.

El artículo 4º del anexo financiero contiene, también, una estipulación suficiente, plena, para definir la procedencia de un pago y determinar su cuantía, solo que bajo otro parámetro de comparación diferente del que trae el artículo 3º del convenio, pues ahora, bajo la preceptiva del artículo 4º del anexo financiero, los factores que deben compararse (ingresos recibidos por Nortel al quinto año v. 30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo económico) ya no se miden, ambos, en valor presente, pues este artículo 4º claramente establece:

- Que los ingresos recibidos por Nortel durante los primeros cinco años se calculan a valor presente;
- Que el otro elemento, contra el que se compara el anterior, es “el 30% de los ingresos brutos totales previstos para la duración del convenio”.

En conclusión, el artículo 4º del anexo financiero entra en contradicción con el artículo 3º del convenio en la parte que acabamos de contrastar, y si el caso sometido a este tribunal tuviera que resolverse con fundamento en estas estipulaciones exclusivamente, el tribunal tendría que definir, con base en las reglas de la hermenéutica jurídica, cómo se integran, o si es que prevalece una de ellas, o si una subsume a la otra; en fin, habría que desarrollar un ejercicio interpretativo para fijar el alcance de esta fuente de obligaciones, para los fines exclusivos de la determinación de la procedencia y cuantificación del pago tantas veces mencionado en este capítulo.

Sin embargo, el ejercicio anterior es improcedente porque existen otros textos contractuales que modifican parcialmente el convenio C-0025-93, y porque en el proceso se registran unos determinados comportamientos de

las partes que el tribunal considera que pueden resultar determinantes para la clarificación e interpretación —en derecho— de la fuente de obligaciones que debe tomarse en consideración para proferir una sentencia de mérito.

Todo lo anterior ocurrió el 4 de agosto de 1993, y si bien los acuerdos modificatorios 1 y 2 son de 1996 (de tres años más tarde), alguna inquietud tuvieron que plantearse las partes en relación con las contradicciones de los textos que acabamos de revisar, y el tribunal encuentra conducentes para su trabajo los siguientes episodios vinculados al proceso desde la presentación de la demanda, que revelan inequívocamente que no había tranquilidad, ni seguridad alguna, respecto de unas estipulaciones contractuales encaminadas a definir y reglar un acontecimiento financiero muy importante para ambos asociados.

5.3. El acta 10 del comité coordinador del convenio, del 23 de noviembre de 1995.

La contradicción o falta de claridad de los textos anteriores fue analizada por el comité coordinador del convenio en su reunión del 23 de noviembre de 1995 (acta 10, cdno. 17, inspección judicial en Telecom, fls. 87 a 93), en la que estuvieron presentes las siguientes personas, según el acta respectiva:

Por Telecom	Por Nortel
Jesús Arturo Valencia Arango.	Pat Ostaszewski.
José Padilla Pacheco.	Gerardo Méndez Salazar.
Víctor Arbeláez, invitado.	José Mazariegos, invitado.

En el acta 10 mencionada se encuentra, según su propio texto, “la interpretación que tiene la vicepresidencia financiera sobre el artículo tercero del convenio”, que es la siguiente:

“El doctor Valencia manifiesta que en su opinión, de acuerdo con el convenio, para el quinto año se tiene previsto un flujo de caja que no puede ser menor a US\$ 105 millones, de suerte que si es menor, Telecom debe pagarla o asumirlo. Agrega que la interpretación que tiene la vicepresidencia financiera sobre el artículo tercero del convenio, es la siguiente:

Se calcula el 30% de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico. Esta cantidad no podrá ser inferior a US\$ 105.000.000 (ciento cinco millones de dólares), a menos que la misma fuera ajustada proporcionalmente por el número de líneas instaladas, este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.

Se calcula el valor presente neto de los ingresos brutos en US\$ realizados por Nortel durante los primeros cinco años del convenio a partir de la suscripción del convenio.

Este valor presente neto (punto 2) se resta del monto calculado en el punto anterior para establecer el anticipo del valor de rescate que debe pagar Telecom a Nortel.

El monto a pagar en calidad de anticipo al valor de rescate calculado en el punto 3 anterior, se lleva en US\$ a valor futuro aplicándole un TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco años, este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento”.

Como puede observarse, Telecom planteó en el seno del comité coordinador la manera como entendía el compromiso previsto en el artículo 3º del convenio y en el artículo 4º del anexo financiero, mediante la combinación de aspectos de ambas estipulaciones, pero con una evidente inclinación por lo previsto en el artículo 4º del anexo financiero, ya que se consigna que el valor correspondiente al 30% de los ingresos brutos proyectados en el modelo económico —que no pueden ser inferiores a US\$ 105 millones— se toma en valor nominal y no en valor presente.

En los términos y en la secuencia del acta 10, encuentra el tribunal que esta interpretación no fue resistida por Nortel, y todo parece indicar que había sido asumida por ambas partes, y en esta oportunidad fue invocada no como un tema autónomo —no se estaba discutiendo directamente esa materia— sino en cuanto se vinculaba con la

cifra mínima de referencia que debía servir para una comparación —primero US\$ 105 millones y finalmente US\$ 155.202.900— precisamente como consecuencia del “planteamiento de Telecom de eliminar la parte del numeral 3º del artículo 3º del convenio ...”, cuyo texto se transcribe en esa parte del acta 10 a continuación, y justamente cuando Nortel acababa de sentar las razones que le impedían aceptar lo que proponía Telecom.

Finalmente, advierte el tribunal que ninguna inquietud adicional se registra en las reuniones del comité de coordinación de este convenio, lo que resulta evidente si se tiene en cuenta que la siguiente reunión, de la que da cuenta el acta 11 (fls. 72 a 77, ibíd.) se llevó a cabo casi un año después de la interpretación que se acaba de registrar (en nov. 7/96), cuando ya se había suscrito el acuerdo modificadorio 1 del 30 de julio de 1996.

El tribunal hace la anterior observación porque el comité de coordinación (art. 11 del convenio) era contractualmente el órgano pertinente para registrar las posiciones o el pensamiento de los asociados al respecto, y nada de ello informan las actas que se han traído a este proceso. Cfr. cuaderno 17, inspección judicial en Telecom.

5.4. Una comunicación de Telecom a Nortel del 11 de diciembre de 1995

El siguiente episodio, luego de la reunión del comité de coordinación del 23 de noviembre de 1995, que encuentra relevante el tribunal para la estructuración de la fuente formal de derecho aplicable y para su razonable interpretación, es una comunicación del 11 de diciembre de 1995 dirigida por el vicepresidente financiero de Telecom, Arturo Valencia Arango a Ornella Napolitano, de Nortel, cuyo texto es el siguiente:

“Con el fin de dar respuesta a sus inquietudes relacionadas con el convenio de asociación C-0025-93 entre Nortel y Telecom, deseo expresarle la interpretación que tiene esta vicepresidencia sobre la cláusula tercera.

1. Se calcula el treinta por ciento (30%) de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico. Esta cantidad no podrá ser inferior US\$ 105.000.000 (ciento cinco millones de dólares), a menos que la misma fuera ajustada proporcionalmente por el número de líneas instaladas, este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.
2. Se calcula el valor presente neto de los ingresos brutos en US\$ realizados por Nortel durante los primeros cinco años del convenio a partir de la suscripción del convenio.
3. Este valor presente neto (punto dos) se resta del monto calculado en el punto 1 anterior para establecer el anticipo del valor de rescate que debe pagar Telecom a Nortel.
4. El monto a pagar en calidad de anticipo al valor de rescate calculado en el punto 3 anterior, se lleva en US\$ a valor futuro aplicando un TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco años, este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento.

Anexo le estamos enviando el informe financiero de 1994, cualquier aclaración adicional gustosamente la atenderé” (cfr., fls. 487 y 488, cdno. ppal. 2).

Con relación a esta comunicación, el tribunal destaca algunos apartes de la declaración de Ornella Napolitano:

“Doctor Peña: Se ha referido en varias ocasiones una carta suya dirigida a algún funcionario de Telecom en donde usted haría una serie de observaciones sobre la manera como debería interpretarse o aplicarse ese modelo económico, ¿recuerda esa comunicación y si la recuerda le podría referir al Tribunal la materia de esas comunicaciones?

Señora Napolitano: Cuando yo entré como le decía para seguir con la financiación del proyecto, para entender el proyecto empecé a mirar todos los documentos de la financiación y era un paquete bastante grande que tenía copia del convenio con el anexo financiero, una traducción al inglés del convenio y el anexo financiero y el prospecto que fue preparado por los banqueros y Nortel para la financiación, que fue un documento que se presentó a los inversionistas para que ellos entendieran la estructuración del proyecto y la financiación y empecé a leer todos estos documentos para seguir con la financiación y me di cuenta que había posibilidad de que no eran tan claros los varios documentos, había el anexo, el convenio y el anexo y la traducción y el prospecto. Entonces para

asegurar que todas las partes Nortel, Telecom, los banqueros tendrían todos la misma interpretación del contrato, yo le pedí al vicepresidente financiero de Telecom que me explicara la interpretación de Telecom para asegurarnos que la posición de Telecom e interpretación del pago al quinto año que él me explicara la interpretación de Telecom que era igualita a la que tenían todas las partes.

Doctor Peña: Quiere referir al tribunal ¿cuál fue esa interpretación en ese momento en que usted dice que todas las partes parecieran estar conformes?

Señora Napolitano: Bueno, la explicación es la que está en la carta que me mandó el vicepresidente financiero que tendría que leerlo punto por punto, ¿quiere que lo lea?" folios 465-466 del cuaderno principal 2.

Lo que se acaba de transcribir significa para el tribunal que Nortel buscaba una interpretación útil del contrato, no meramente académica, con consecuencias financieras y económicas inevitables que no podían ser ignoradas por Telecom al momento de responder, y más adelante agrega esta misma declarante:

"Cuando yo ... le pregunté la aclaración, yo no le dije esta es mi interpretación, por favor me puede confirmar cómo usted la interpreta, yo nada más le pedí la interpretación de Telecom.

(...).

Yo le dije nada más que por favor si me podría poner en carta la interpretación de Telecom ..." página 6 de su declaración.

Esta comunicación reitera lo que se consignó en el acta 10 del comité de coordinación y nuevamente echa de menos el tribunal las distinciones y precisiones entre aspectos supuestamente sustanciales y adjetivos de la obligación que se analiza, tal y como los presentó Telecom en su alegato de conclusión (cfr., pág. 44, por ej.). Al contrario, lo que encuentra el tribunal es la conformación de una conducta contractual interpretativa, bilateralmente consentida, ya que en el proceso no se registra —como varias veces lo ha dicho el tribunal— salvedad ni protesta alguna de Telecom contra este entendimiento de las estipulaciones que se analizan.

5.5. Modificadorio 1 del 30 de julio de 1996

El 30 de julio de 1996 se suscribió lo que las partes denominaron "convenio modificadorio 1 al C-0025-93", del que forma parte "el acta 10 del comité de coordinación ..." (cláusula segunda del modificadorio) fechada ocho meses atrás, convenio modificadorio que si bien se refiere a la adición de 60.296 líneas, contienen otras materias y una de ellas, que interesa a este debate, la que se recoge en su cláusula quinta que se transcribe para mayor claridad:

"Quinta. Las partes acuerdan modificar el monto mínimo establecido en el artículo 3º del convenio C-0025-93 de ciento cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 105.000.000) a ciento treinta millones novecientos treinta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 130.930.000). La metodología a utilizar para el pago al quinto año será la siguiente: 1. Se calcula el treinta por ciento de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico. Esta cantidad no podrá ser inferior a ciento treinta millones novecientos treinta mil dólares (US\$ 130.930.000), a menos que la misma fuera ajustada proporcionalmente por el número de líneas instaladas, este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma. 2. Se calcula el valor presente neto de los ingresos brutos en US\$ realizados por Northern Telecom de Colombia durante los primeros cinco años del convenio C-0025-93 a partir de la suscripción de dicho convenio. 3. Este valor presente neto (punto dos) se resta del monto calculado en el punto uno anterior para establecer el anticipo del valor de rescate que debe pagar Telecom a Northern Telecom de Colombia. 4. El monto a pagar en calidad de anticipo al valor de rescate calculado en el punto tres anterior, se lleva en US\$ a valor futuro aplicándole un TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco años, este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento".

Nada más dice este modificadorio al respecto, y lo primero que se advierte es que este texto coincide totalmente con el que obra en el acta 10 del comité de coordinación del 23 de noviembre de 1995, así como con el texto enviado por Telecom a Nortel en comunicación del 11 de diciembre de 1995 a que se refieren los números 5.3 y

5.4 anteriores sin que, nuevamente, encuentre el tribunal salvedad alguna de Telecom o la advertencia de requisitos o condiciones adicionales a los que contiene la cláusula quinta de este modificadorio, razón por la cual este texto constituye una estipulación suficiente y plena para establecer la procedencia del pago que nos ocupa, así como para liquidarlo, esto es, llevar a cifras concretas su cuantía.

En este negocio jurídico (modificadorio 1) encuentra el tribunal que las partes le dieron fuerza normativa a una manera de determinar y liquidar el anticipo del quinto año imputable al valor de rescate, en un texto que no puede considerarse sorpresivo ni impuesto unilateralmente por ninguna de las dos partes, pues según los precedentes de esta modificación ese texto fue el resultado tranquilo de las clarificaciones que al respecto procuró Nortel y suministró Telecom, que al contrario de lo que escuchó el tribunal sigue conservando un punto de partida inevitable como es una suma mínima de referencia por la que luchó Nortel desde antes de la suscripción del convenio (cfr. declaración de Moisés Rubinstain y acta 1640 del 29-VII-93 de la junta directiva de Telecom), que no permitió excluir del esquema financiero acordado y que se fue incrementando a medida que se incrementaba el número de líneas que debía instalar Nortel.

Pero además de este punto de partida, la cláusula quinta del modificadorio 1 contiene la fórmula o pasos que deben observarse para obtener la suma concreta del anticipo que se discute, de tal manera que esa estipulación tiene plenitud normativa, esto es, resulta suficiente y expresa para unos determinados fines del convenio.

5.6. Modificadorio 2 del 22 de noviembre de 1996

Esta modificación invoca como precedente el acta 11 del comité coordinador del convenio del 7 de noviembre de 1996 y sigue el mismo esquema del modificadorio 1, esto es,

- Establece una adición de 42.000 líneas al convenio C-0025-93 (cláusula primera).
- El acta 11 del comité coordinador del 7-XI-96 y sus anexos “forman parte integrante del presente modificadorio 2” (cláusula segunda).
- Y la cláusula quinta, salvo en lo relativo al aumento del monto mínimo (ahora es US\$ 155.202.900) es exactamente igual a la cláusula quinta del modificadorio 1. Se transcribe para mayor claridad:

“Quinta. Las partes acuerdan modificar el monto mínimo establecido en el artículo 3º del convenio C-0025-93 de ciento treinta millones novecientos treinta mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 130.930.000) a ciento cincuenta y cinco millones doscientos dos mil novecientos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 155.202.900). La metodología a utilizar para el pago al quinto año será la siguiente: 1. Se calcula el treinta por ciento de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico, durante la duración del convenio. Esta cantidad no podrá ser inferior a ciento cincuenta y cinco millones doscientos dos mil novecientos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 155.202.900), a menos que la misma fuera ajustada proporcionalmente por el número de líneas instaladas, este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma. 2. Se calcula el valor presente neto de los ingresos brutos en US\$ realizados por Northern Telecom de Colombia durante los primeros cinco años del convenio C-0025-93 a partir de la suscripción de dicho convenio. 3. Este valor presente neto (punto dos) se resta del monto calculado en el punto uno anterior para establecer el anticipo del valor de rescate que debe pagar Telecom a Northern Telecom de Colombia. 4. El monto a pagar en calidad de anticipo al valor de rescate calculado en el punto tres anterior, se lleva en US\$ a valor futuro aplicándole un TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco años, este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento”.

Este negocio jurídico reitera lo que ya habían acordado las partes en el modificadorio 1 razón por la cual el tribunal encuentra pertinentes las razones ya expuestas en las que, de todas maneras, insiste:

1. Lo que convinieron las partes en los modificatorios 1 y 2 nada tuvo de sorpresivo habida cuenta de los antecedentes que se registraron en los números 5.3 y 5.4 de esta parte del laudo, sin que el tribunal encuentre salvedad alguna de Telecom que, conforme a un laudo en derecho, lo pudiera llevar a otra conclusión.
2. La cláusula quinta de los modificatorios 1 y 2 tiene plenitud normativa para definir la procedibilidad del pago

que reclama Nortel a Telecom y establecer su monto exacto.

3. El tribunal observa una ruptura parcial del esquema originalmente convenido por las partes y ello no constituye una percepción solitaria ni excepcional. En efecto, Moisés Rubinstain, testigo que participó en la definición del modelo económico de este convenio consignó así su autorizada opinión:

“En mi opinión existe al revisar el contrato original, frente al anexo financiero que forma parte del mismo, una coincidencia de redacción en su primera parte. Sin embargo, a mi criterio, el procedimiento señalado en el mismo anexo financiero contra la redacción inicial que se refiere en el artículo 4º del mismo anexo, no coinciden y se contradicen”⁽¹¹⁾.

Lo anterior confirma la contradicción de los textos originales (art. 3º del convenio y art. 4º del anexo financiero) advertida igualmente por el tribunal. Y este mismo testigo, en el documento que acabamos de citar, agrega:

“Las redacciones y aclaraciones referidas en el modificadorio y firmado por el doctor José Blackburn el día 22 de noviembre de 1996 estarían dejando una fórmula que sería diferente a la que se refiere el contrato y que además coincide con lo referido en la demanda con la siguiente variación que se refiere el numeral siguiente”.

Y sobre este mismo particular, en su declaración del 29 de septiembre del 2000, Moisés Rubinstain manifestó:

“...Los modificatorios solamente los he venido a conocer recientemente ... hay cosas que le llaman a uno la atención, como curiosidades...” (pág. 12).

(...).

“...No parecería claro que quien redactó los modificatorios hubiera entendido perfectamente ni el concepto, ni la mecánica misma, ni las implicaciones financieras...” (pág. 26).

(...).

Si uno lee las dos cosas, diría que cuando lee el modificadorio le queda una duda sobre la interpretación de si se estaba o no siguiendo exactamente lo que dice el documento original, inclusive diría que desde el mismo anexo contra el contrato, entonces casi en la medida en la cual empiezan a aparecer unos modificatorios le queda a uno como quien dice la posibilidad de una mayor duda de cómo debe interpretarse la cláusula, para mí la cláusula original del contrato la que leímos esa es clara, lo otro en mi opinión puede prestarse para interpretaciones, así como para mí la primera es absolutamente clara, digamos en los tres elementos que ha citado el doctor Gilberto y casi yo diría que en la mecánica, cuando uno mira lo otro, como que uno puede quedar un poquito confuso en el sentido en que la mecánica se cambió o se presta para interpretaciones” (págs. 32 y 33).

En conclusión, las partes desde un comienzo se enfrentaron a textos contractuales contradictorios. Sin embargo, mediante interpretaciones acordadas por ellas mismas, por conductas expresas, y por negocios jurídicos interpretativos de su propio convenio, las partes procuraron superar esa incertidumbre y, a juicio del tribunal, lo lograron.

5.7. Consecuencias de los modificatorios 1 y 2 sobre el contenido del artículo 3º del convenio y sobre el artículo 4º del “anexo financiero”

Para concluir este capítulo debe el tribunal integrar los efectos de los modificatorios 1 y 2 en el texto del convenio C-0025-93, puesto que las partes nada dijeron al respecto. Al contrario, de acuerdo con lo que ahora se debate, Telecom guardó un silencio que contradice la carga de claridad y precisión que tienen las partes en cualquier negocio jurídico, denominada también por la doctrina “carga de adecuada formulación del precepto contractual”⁽¹²⁾, la que resulta extrema cuando se trata de un contrato de carácter asociativo como el que nos ocupa, en el que las prestaciones de las partes no pueden enfrentarse bilateralmente, en forma estrictamente comutativa, sino que tienen que concebirse y analizarse como concurrentes y útiles para los fines de la asociación según el preciso objeto de cada negocio jurídico.

Y si bien el silencio tiene efectos no solo en la gestión estatal (silencio administrativo) sino también en el derecho

privado⁽¹³⁾, en primer lugar debe el tribunal establecer qué significa jurídicamente que en cuatro ocasiones Telecom haya fijado la interpretación de una determinada prestación a su cargo, y que en dos de ellas lo haya hecho mediante la suscripción de negocios jurídicos modificatorios del convenio original.

El asunto es bien sencillo y para ello no necesita el tribunal extenderse innecesariamente. Las partes fijaron, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, primero mediante conductas interpretativas vertidas en escritos que obran en el proceso (cfr. puntos 5.3 y 5.4 de este capítulo), y luego mediante negocios jurídicos (cfr. puntos 5.5 y 5.6 de este capítulo) que han llegado al proceso bajo las presunciones de validez y eficacia normativa, el entendimiento de los factores o elementos económicos que deben compararse para establecer y fijar la procedibilidad y el *quantum* de un anticipo al valor de rescate que debe pagar Telecom a Nortel al finalizar el quinto año de ejecución del convenio, entendimiento o interpretación que por cuarta vez fue recogido en el negocio jurídico rotulado “modificadorio 2 al convenio C-0025-92”, suscrito por Telecom y Nortel el 22 de noviembre de 1996.

Y es que de la misma manera que el legislador tiene la posibilidad de dictar leyes simplemente interpretativas del sentido o alcance de otras (C.C, art. 14), también las partes tienen imperio, en ejercicio de la autonomía de la voluntad, para fijar o precisar el entendimiento de los términos de sus propios negocios jurídicos.

En el caso presente no podría admitirse que los modificatorios 1 y 2 nada hubieran agregado, aclarado o modificado a las estipulaciones que ya habían convenido las partes, solución que nos llevaría a contrariar el principio de la utilidad normativa de los modificatorios 1 y 2, así como el principio que ordena interpretar los negocios jurídicos en el sentido en que puedan producir algún efecto, de preferencia “a aquel en que no sea capaz de producir efecto alguno” (C.C., art. 1620).

El artículo 3º del convenio tiene una preceptiva muy rica y variada, esto es, se ocupa de algo más que el anticipo al valor de rescate previsto al quinto año de ejecución del contrato, y esta sola circunstancia —la variedad de materias— es suficiente para prevenir al intérprete contra cualquier metodología simplista, pues las cosas en derecho no son totalmente blancas, ni totalmente negras (claras o confusas), de tal manera que resulta inadecuado establecer líneas fronterizas rígidas para fijar los alcances del modificadorio 2⁽¹⁴⁾.

Lo que corresponde es identificar la materia interpretada con autoridad por las partes y analizar cómo afecta los textos primigenios, puesto que el modificadorio 2 estableció la manera como deben entenderse o tomarse los factores o elementos de comparación previstos en el artículo 3º del convenio y en el artículo 4º del anexo financiero. Y es con estos parámetros que debe identificarse, estructurarse o integrarse la fuente de obligaciones que servirá, igualmente de fuente formal de derecho, para proferir la decisión con que termina este proceso.

Así las cosas, el “artículo 3º del convenio C-0025-93” y el “artículo 4º del anexo financiero” quedarán así, por fuerza de los negocios jurídicos de interpretación denominados modificatorios 1 y 2 del 30 de julio y del 22 de noviembre de 1996, respectivamente:

“ART. 3º—Modelo económico. El convenio se ha realizado con base en un modelo económico; el cual se detalla en el anexo financiero y será considerado parte integral de este convenio. Este modelo económico detalla los parámetros financieros que lo regirán e incorpora los retornos financieros que las partes han proyectado. Es el propósito del convenio que estos retornos financieros se realicen. Anualmente se hará una revisión del modelo económico. Esta revisión tendrá como objeto incorporar el comportamiento real de los parámetros del modelo económico. Si el valor presente neto proyectado demuestra una variación en exceso de más/menos siete (+/- 7%) por ciento, el convenio de asociación se ajustará para asegurar que las partes mantengan los retornos financieros supuestos y se restablezca el equilibrio económico inicialmente previsto, a los rangos antes señalados. El convenio de asociación será ajustado en uno o varios de los aspectos siguientes dentro del marco de las disposiciones legales vigentes y por escogencia del comité coordinador, a efecto de asegurar la realización de los resultados previstos: 1. Nivel de participación en los ingresos brutos. 2. Duración del convenio de asociación. 3. Establecimiento de un valor de rescate para el equipamiento aportado por Northern Telecom. Las revisiones y las enmiendas necesarias se realizarán anualmente siempre y cuando el valor presente neto proyectado varíe en exceso de más/menos siete por ciento (+/- 7%). El comité de coordinación establecerá las enmiendas que se requieran al convenio de asociación. Si al finalizar el quinto (5º) año de suscrito el convenio, resultare que Northern Telecom ha recibido unos ingresos brutos medidos en valor presente por un monto inferior al 30% de los ingresos brutos acordados

como su participación, previstos para la duración del convenio en el modelo económico ... Telecom pagará como anticipo del valor de rescate, la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados por Northern Telecom a la fecha, llevada a valor futuro aplicándole un TIR (una tasa) del 12% por año (la tasa acordada) por cinco años. Este anticipo por parte de Telecom se denominará en moneda local y será equivalente en dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado en ese momento. En este caso, el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta este anticipo. Las partes reconocen que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos acordados como participación de Northern Telecom previstos para la duración del convenio, no será inferior al equivalente en dólares de los Estados Unidos de América de ciento cincuenta y cinco millones doscientos dos mil novecientos dólares (US\$ 155.202.900) o proporcionalmente al número de líneas instaladas. Este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma”.

Por su parte, el artículo 4º del anexo financiero debe leerse así, de acuerdo a las modificaciones ya referidas:

“Artículo 4º. Si al finalizar el quinto (5º) año de suscrito el convenio, resultare que Northern Telecom ha recibido unos ingresos brutos medidos en valor presente por un monto inferior al 30% de los ingresos brutos acordados como su participación, previstos para la duración del convenio en el modelo económico, ... Telecom pagará como anticipo del valor de rescate, la diferencia entre este monto y el total de ingresos brutos recaudados por Northern Telecom a la fecha. Este anticipo por parte de Telecom se denominará en moneda local y será equivalente al monto faltante de dólares de los Estados Unidos de América a la tasa representativa del mercado en ese momento. En este caso, el convenio de asociación será redefinido teniendo en cuenta este anticipo. Las partes reconocen que el valor nominal del 30% de los ingresos brutos acordados como participación de Northern Telecom previstos para la duración del convenio, no será inferior al equivalente en dólares de los Estados Unidos de América de ciento cincuenta y cinco millones doscientos dos mil novecientos dólares (US\$ 155.202.900) o proporcionalmente al número de líneas instaladas. Este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.

El procedimiento para determinar al quinto (5º) año este anticipo será el siguiente:

1. Los flujos de ingresos brutos realizados serán calculados a valor presente a la fecha de la firma del convenio. La tasa de descuento que se utilizará será del 12% anual.
2. Los ingresos brutos denominados en moneda local serán convertidos a dólares de los Estados Unidos de América utilizando la tasa promedio ponderada representativa del mercado de dicho período.
3. La diferencia entre el flujo realizado, a valor presente en dólares de los Estados Unidos de América, y el 30% de los ingresos brutos totales previstos para la duración del convenio, será llevada a valor futuro al final del quinto (5º) año utilizando la tasa de 12% anual.
4. El valor futuro de la diferencia será remitido a Northern Telecom dentro de los 30 días subsiguientes a este ejercicio en las condiciones previstas en el artículo 4º”.

Así las cosas, ¿Qué fue lo que hicieron Telecom y Nortel? Lo que hicieron los asociados bajo este convenio fue desarrollar un procedimiento interpretativo de su propio negocio jurídico, “tratando de poner al desnudo el mandato jurídico, actuando sobre las fuentes del mismo derecho”⁽¹⁵⁾, esto es, desarrollaron una interpretación auténtica del convenio C-0025-93 en el punto concreto de la procedencia y cuantificación de un anticipo al valor de rescate al quinto año, motivados por la confusión y contradicción de los textos originales.

Esa interpretación auténtica según la doctrina, es la “emanada de las partes mismas en forma conjunta”, que “se transforma en un negocio de fijación de criterios que será vinculante y que no admitirá ninguna interpretación en contrario”⁽¹⁶⁾.

Este es un tema pacífico y bien claro en el derecho. “ La interpretación hecha por las partes puede adoptar la forma de una nueva declaración complementaria y el valor de interpretación auténtica , apta para vedar toda inteligencia del negocio distinta a la expresada con su modificación”. El negocio jurídico interpretativo constituye “un negocio de constatación y podrá desplegar eficacia retroactiva entre las partes, siempre que el negocio interpretado lo

consienta”⁽¹⁷⁾.

“Se admite sin discusión que las partes pueden dar la *interpretación auténtica* del contrato, la que será materia de un *negocio* denominado de *determinación*⁽¹⁸⁾ tiende precisamente a establecer en qué sentido debe entenderse el contrato , quedándole excluido, al menos en las relaciones entre las partes, cualquier significado diferente”⁽¹⁹⁾ (Itálicas del texto original. negrillas del tribunal).

Por fuerza de lo anterior, los negocios jurídicos rotulados modificatorios 1 y 2 son interpretaciones auténticas, esto es, efectuadas por las partes sobre un preciso punto del convenio C-0025-93, suficientemente identificado en las páginas anteriores, cuyos destinatarios fueron las partes, en primer lugar, y los jueces ahora, atentos a que forman parte de la normativa interpretativa de carácter sustancial llamada a servir de fundamento de un laudo en derecho⁽²⁰⁾

6. ¿Procede el pago reclamado por Nortel, al quinto año, al amparo del convenio C-0025-93?

En este punto debe el tribunal resolver el problema jurídico planteado, efecto para el cual tiene ya establecida la fuente formal de derecho que debe aplicar en forma directa, asunto que se precisó en el número 5 anterior.

El tribunal debe estimar las pretensiones de la demanda —o las excepciones si a ello hubiere lugar— con fundamento en el derecho positivo vigente (D. 1818/98, art. 115) y, además, basado en los hechos relevantes que se encuentren probados.

En el número 3 de este laudo se precisó el problema jurídico que ha traído la parte demandante, que conviene transcribir para fijar los límites del cometido de esta parte del laudo:

“¿Bajo el artículo tercero del convenio C-0025-93, con las modificaciones que las partes acordaron, procede el pago de un anticipo al valor de rescate al quinto año de ejecución de ese convenio, a favor de Nortel y a cargo de Telecom, de acuerdo con los hechos relevantes probados?”

6.1. Hechos relevantes probados

Para decidir si procede o no el pago reclamado por Nortel a Telecom, el tribunal encuentra probados los siguientes hechos relevantes:

6.1.1. El negocio jurídico. En el proceso se encuentra probado el convenio C-0025-93, sus anexos, otrosí y las dos modificaciones acordadas por las partes en 1996, con elementos documentales que conforman un negocio jurídico de la naturaleza y características indicadas bajo el número 4 anterior, que las partes no han cuestionado y que llega a la sentencia bajo las presunciones de validez y eficacia normativa, de tal manera que a voces del artículo 1602 del Código Civil es una ley para los contratantes, lo que significa que Telecom y Nortel autorregularon sus intereses y conductas bajo esas estipulaciones, y que ese negocio jurídico constituye una fuente de obligaciones a la que se le aplica el derecho privado según lo que preceptúa el artículo 10 de la Ley 37 de 1993, esto es, en la parte en que regla las asociaciones a riesgo compartido o joint ventures, tipo al que pertenece el convenio C-0025-93.

6.1.2. El vencimiento de un término. La obligación que reclama Nortel a Telecom estaba evidentemente sometida a un plazo (C.C., art. 1551) para que se pudiera establecer su procedibilidad, de tal manera que de haberse exigido antes de que se cumpliera el término acordado, seguramente Telecom hubiera invocado la inexigibilidad de la obligación. Nada de lo anterior ocurre en este proceso. El contrato ordena la verificación de unos determinados eventos económicos al quinto año de su ejecución para definir el pago que reclama la parte convocante, y si bien es cierto que el convenio C-0025-93 fue suscrito el 4 de agosto de 1993, también lo es que las partes convinieron tomar como fecha efectiva de iniciación de la ejecución el día 4 de febrero de 1994 (cfr., aclaratorio al otrosí 2 del convenio), razón por la cual de haberse dado los requisitos para que procediera el pago que reclama Nortel, esa obligación debería quedar fechada el 4 de marzo de 1999, atentos a lo que dispone el número 4 del artículo 4º del anexo financiero (cfr., num. 5.7 anterior), o en la fecha que establezca este laudo.

6.1.3. La existencia y cuantificación de unos determinados factores económicos. Para que el tribunal pueda decidir

la procedibilidad del pago y su eventual tasación es necesario, a la luz de la correspondiente fuente de obligaciones, que se encuentren probados determinados elementos de carácter económico y financiero, que se acrediten determinados ajustes que el mismo contrato prevé para estos efectos, que se traigan del modelo económico determinadas cifras y porcentajes de ingresos estimados, por ejemplo, y todo ello lo encuentra el tribunal debidamente acreditado, bien porque en eso consistió esencialmente el trabajo de los peritos, o porque las partes conciliaron dentro del proceso el monto de determinadas cifras críticas para la determinación de la prestación que reclama Nortel, y esto último ocurrió precisamente con el monto de los ingresos recibidos por Nortel durante los cinco años a que se refiere el artículo 3º del convenio y demás estipulaciones concordantes o, finalmente, porque esos elementos financieros o económicos los encuentra el tribunal acreditados por otros medios probatorios que, de ser necesario, referirá puntualmente en cada caso.

6.1.4. La legitimación de Nortel. Nortel se encuentra legitimado para reclamar la prestación, tanto desde el punto de vista sustancial como procesal, y esa legitimación se funda en los mismos términos del negocio jurídico que sirve de fuente de estas obligaciones, como en el cumplimiento del plazo a que se refiere el numeral 6.1.2 anterior.

6.2. ¿Procede el pago?

A la luz de lo que se encuentra probado este tribunal concluye que hay lugar al pago que reclama Nortel a Telecom, y a esa convicción llega con fundamento en el negocio jurídico denominado convenio C-0025-93, cuyos alcances, para este preciso tema, fueron aclarados o más exactamente interpretados con autoridad por las mismas partes, tanto por conductas concluyentes suficientemente analizadas bajo los números 5.3 y 5.4 de este laudo, como mediante negocios jurídicos válidos y eficaces igualmente estudiados bajo los números 5.5 y 5.6 ibídem.

Al tribunal se le ha exigido que profiera su laudo en derecho y, además, estando de por medio un ente estatal, esa sola circunstancia le impediría dictar una sentencia en conciencia, y todo ello lo obliga a tener que aplicar la fuente formal de derecho correspondiente (el negocio jurídico), tal y como deliberada y profesionalmente las partes la convinieron⁽²¹⁾, y como ellas la modificaron en los actos interpretativos varias veces mencionados.

Al estar obligado el tribunal a dictar un laudo en derecho no puede limar, mitigar o soslayar el peso y las consecuencias de una determinada fuente de obligaciones (el negocio jurídico) cuya existencia y alcances son de la exclusiva responsabilidad de las partes, y no puede hacer carrera que deban los jueces ser señalados como los responsables de las improvidencias de las partes, o de que no hayan ejecutado debidamente sus prestaciones, o de que no hayan hecho uso de las llamadas cargas de diligencia que, como ya lo aclaramos, se ejercitan en su propio provecho pero si no las utilizan corren las consecuencias de su negligencia (cfr., cita de pie de pág. 12 de este mismo laudo). Cuando la sentencia es en derecho debe el juez hacer su trabajo con los elementos normativos que imponga imperativamente el derecho positivo y con los que hayan acordado las partes, y tal y como ellas mismas los hayan determinado o aceptado.

6.3. La aplicación de las estipulaciones contractuales

Para determinar si se deben despachar favorablemente la primera y la segunda pretensiones de Nortel, se debe observar el siguiente trámite, todo él de carácter sustancial, pues no encuentra el tribunal fundamento alguno para entrar en distinciones de aspectos sustanciales o materiales frente a otros supuestamente procedimentales, y como lo advirtió en oportunidad anterior, también encuentra el tribunal que estas estipulaciones tienen plenitud normativa, esto es, no hay vacío alguno que lo obligue a efectuar un trabajo integrador del negocio jurídico⁽²²⁾. Así las cosas, el ejercicio que en derecho debe efectuarse es el siguiente:

1. Se determinan los ingresos brutos de Nortel durante los primeros cinco años. El peritaje informa lo siguiente, sobre este particular: "Según acta 14 del día 22 de noviembre de 2000, las cifras de ingresos brutos recibidos efectivamente por Nortel que se utilizarán en el análisis son: \$ 173.949.970.900 y \$ 170.114.702.585".

¿Y por qué tiene el tribunal dos cifras para su consideración? Una de ellas (\$ 173.949.970.900) corresponde a la cifra estimada en la demanda por Nortel (cfr., hecho vigésimo segundo, 2), y la otra (\$ 170.114.702.585), es la cifra de que da cuenta el acta 14 de las audiencias de este tribunal (págs. 4 a 6), cuando las partes conciliaron las diferencias que las enfrentaban respecto del monto de los ingresos brutos de Nortel durante los cinco primeros

años, habiendo declarado Telecom estar a lo que Nortel confesó en la demanda respecto de este hecho concreto (cfr., hecho vigésimo segundo, 2), de tal manera que ambas partes aceptaron la suma de \$ 173.949.970.900.

Nortel, sin embargo, hizo la reserva de dejar a consideración del tribunal como monto de los ingresos brutos recaudados en los cinco primeros años, la suma de \$ 170.114.702.585, cifra a la que denominó “ingresos conciliados en el memorial de fecha septiembre 12 de 2000 presentado por el apoderado de la convocante y que reposa a folios 439 y 440 del cuaderno principal 2”. Sobre este punto volverá el tribunal un poco más adelante.

2. Se deben establecer y medir en valor presente (fecha acordada de iniciación del convenio) los ingresos brutos recibidos por Nortel durante los primeros cinco (5) años de ejecución del convenio, operación que arroja las siguientes cifras:

- US\$100.929.000, “que es el valor presente neto de los ingresos recaudados por Nortel según la cifra presentada en la demanda”, en pesos colombianos \$ 173.949.970.900 (dictamen pericial, pág. 46 *in fine*).
- US\$ 99.071.000, “que es la cifra ... correspondiente al memorial de septiembre 12 de 2000”, o en moneda colombiana \$ 170.114.702.585 (dictamen pericial, pág. 46 *in fine*).

3. Se debe establecer el 30% de los ingresos brutos acordados como la participación de Nortel, según el modelo económico, durante toda la duración del convenio, y esta suma es la que debe ajustarse proporcionalmente al número de líneas instaladas, en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.

Según el dictamen pericial, “El 30% de los ingresos brutos proyectados según el modelo económico con el cronograma real, con las variables macro actualizadas y con valor de rescate corresponde a: US\$ 153.006.000”. Igualmente para llegar a establecer la suma anterior, en el mismo dictamen pericial previamente se había establecido que “Los ingresos proyectados por el modelo económico con el cronograma real, con las variables macro actualizadas y con valor de rescate son: US\$ 510.020.000” (pág. 46 *ibid*). En otros términos, aquella cifra corresponde al 30% de esta.

El proceso da cuenta de una controversia sobre la cifra sometida a ajuste según los términos del convenio:

- O es la cifra mínima de referencia, denominada en forma reiterada por Telecom “monto mínimo garantizado” que según el convenio modificatorio 2 es de US\$ 155.202.900.
- O es el 30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo económico, debidamente ajustados.

El tribunal considera que la cifra sometida a ajuste es la segunda, porque a esa convicción lo llevan los términos expresos (lits.) de la estipulación contractual y, además, porque la otra cifra (mínimo de referencia) es un dato estático y ahistorical. Y a esa misma conclusión lo llevan otros elementos de convicción agregados al proceso en debida forma:

El testimonio de Moisés Rubinstain recibido el 20 de septiembre de 2000, que se transcribe en su parte pertinente:

“Señor Rubinstain: Los 105 millones de dólares en mi opinión, es un término nominal, que es simplemente como una cifra de chequeo después de que usted chequeó en los porcentajes a valor presente, o sea, lo que estamos haciendo es comparando cuánto recaudé ya, al cabo del final del año 5 todo descontado a valor presente, y entonces lo que estoy mirando es si yo ya, en base a esto recuperé el 30% o no, si no tengo el 30% lo que tengo que chequear es si de alguna manera no ha recaudado los 105 millones, lo primero es hacer un chequeo en valores presentes, después de eso es simplemente una comparación contra un valor nominal, simplemente para asegurar que este señor, Nortel al cabo de los 5 años dentro de lo que ya recaudó por lo menos también recaudó 105 millones de dólares valores nominales.

Doctor Mendoza: ¿Esos 105 millones de dólares según su criterio no era necesario llevarlos a valor presente?

Señor Rubinstain: No señor” (cfr., pág. 22).

Y los peritos, por su parte, manifestaron al respecto:

“¿Qué monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma?

El 30% de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico, durante la duración del convenio. El modelo genera el valor ajustado de los ingresos brutos en US\$ proyectados, proporcionalmente al número de líneas instaladas y al cronograma de ejecución. Dicho valor es de US\$ 153.006.000. A pesar de que la inversión como tal no afecta los ingresos brutos proyectados, como se acordó que el monto se ajustara acorde a la inversión, se requiere multiplicar el valor de ingresos brutos proyectados ajustado por el modelo por el factor de comportamiento de la inversión, en este caso 1. A este resultado se le calcula el 30%.

En resumen lo que se ajustaría sería el 30% de los ingresos brutos en dólares proyectados por el modelo económico durante la duración del convenio y por el factor de inversión. Una vez ajustados sí podrían ser inferiores a los US\$ 155.202.900” confróntese página 49 del dictamen.

Y en otra parte, con motivo de las aclaraciones y complementaciones, manifestaron:

“En repetidas ocasiones a lo largo del informe de peritazgo, se indica que, en opinión de los peritos, el monto mínimo no debe ser ajustado. La cifra que se ajusta para efecto de las comparaciones es la correspondiente a los ingresos brutos proyectados durante todo el período. Esta opinión continúa en firme para efectos de los análisis aquí solicitados”. Confróntese página 14 del documento de aclaraciones al dictamen.

4. Se procede a establecer si la cifra que resulta de la operación 2 es menor que la que arroja el 3, y es en este punto donde el tribunal tiene dos cifras para su consideración:

- O US\$ 100.929.000, valor presente de los ingresos que tomó en consideración Nortel en el hecho vigésimo segundo, 2 de la demanda, equivalentes a unos ingresos brutos de \$ 173.949.970.900 percibidos durante los cinco primeros años de ejecución del convenio.
- O US\$ 99.071.000, valor presente neto de otra cifra de ingresos de Nortel establecida dentro del proceso, equivalente a unos ingresos brutos en pesos de \$ 170.114.702.585, percibidos durante los cinco primeros años de ejecución del convenio.

Y es que según la cifra que se tome, el resultado de este paso de la liquidación es diferente.

— Porque si se toma la cifra de ingresos brutos de Nortel según la demanda y se la lleva a valor presente la operación sería US\$ 153.006.000 (30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo y ajustados) menos US\$ 100.929.000	US\$ 52.077.000.
— Pero si se toma la cifra de ingresos brutos de Nortel que ella misma rotuló “ingresos conciliados” llevados a valor presente, la operación sería: US\$ 153.006.000 (30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo y ajustados) menos US\$ 99.071.000	US\$ 53.935.000.

5. El anterior es entonces —una de esas dos cifras— el valor de lo que Telecom debe pagar a Nortel a título de anticipo al valor de rescate, al quinto año de ejecución del convenio, suma que debe proyectarse y liquidarse como se indicará en el punto 6 siguiente.

Debe en este momento el tribunal decidir cuál de las dos sumas establecidas es la que tiene que pagar Telecom a Nortel y ello depende, por supuesto, del diminuendo que se haya utilizado: o US\$ 100.929.000 que es la cifra del Hecho vigésimo segundo 2 de la demanda, o US\$ 99.071.000, que es una cifra obtenida dentro del proceso, que Nortel denominó “ingresos conciliados”, de cuya conformación da cuenta el acta 14 de las audiencias de este tribunal.

El tribunal considera que debe darle efectos a la primera cifra, esto es, a US\$ 100.929.000 (Hecho vigésimo segundo, 2 de la demanda) no solo por haberla aceptado expresamente Telecom (cfr., acta 14 del tribunal) sino, adicionalmente, por constituir confesión y ser, frente a la otra cifra, la que en términos relativos perjudica a Nortel al establecer un diminuendo mayor y dar como resultado un anticipo menor al valor de rescate que se discute. Por esta razón, el tribunal toma como valor establecido hasta este momento para los fines de la segunda pretensión de Nortel, la suma de US\$ 52.077.000.

6. ¿Y es la suma anterior la que debe pagar Telecom a Nortel? Sí, pero proyectada o liquidada en la forma que el mismo convenio establece, esto es, “llevada a valor futuro al final del quinto año utilizando la tasa de 12% anual”. Según el dictamen pericial (pág. 51), “US\$ 52.077.000 corresponden en valor futuro a US\$ 91.777.648 según demanda” y esta suma se paga “en moneda colombiana a la tasa representativa del peso colombiano con respecto al dólar americano, del momento al cual se calculó el valor futuro” (dictamen pericial, pág. 51). Con fundamento en lo anterior, tenemos:

US\$ 91.777.648 multiplicado por \$ 1.873.8 tasa representativa del dólar USA al día en que terminaron los cinco primeros años de ejecución del contrato, arroja una cifra en moneda colombiana de \$ 171.972.619.500, tal y como los peritos lo establecieron en la página 51 del dictamen.

En conclusión, esta es la suma de dinero que por la causa invocada en la primera pretensión y bajo el título jurídico invocado en la segunda pretensión, ha debido pagar Telecom a Nortel el día 4 de marzo de 1999 (fecha expresada en la segunda pretensión) según liquidación que ha efectuado el tribunal con fundamento en la fuente de obligaciones que debe aplicar para proferir un laudo en derecho que, en este caso, es el convenio C-0025-93 interpretado de la manera como las partes lo hicieron en forma auténtica, y tal y como el tribunal lo ha consignado en el número 5 de este laudo, sin perjuicio de la fecha que el tribunal señale para otros fines del convenio.

Si la anterior suma debe devengar intereses moratorios, tal y como se solicita en las pretensiones tercera, 3.1 principal y tercera, 3.1 subsidiaria, es asunto sobre el que el tribunal proveerá más adelante.

6.4. ¿Y a qué título jurídico decretará el tribunal el pago de la suma anterior?

El convenio es bien claro al respecto. Esa suma “Telecom (la) pagará como anticipo al valor de rescate”, artículo 3º del convenio, institución que se encuentra mencionada en los artículos 5º L y 14 del contrato y que cumple la importante función, según el pacto expreso de las partes, de procurar que los retornos financieros se realicen efectivamente a favor de Nortel según lo proyectado.

Sobre este particular Telecom le preguntó a los peritos: “¿Qué diferencia, desde el punto de vista económico y financiero, existe entre el concepto y la finalidad del ajuste al quinto año y el concepto y finalidad del valor de rescate, a la luz del artículo tercero del convenio y del artículo 4º del anexo financiero?” A lo anterior respondieron los peritos:

“La finalidad del valor de rescate es restablecer la rentabilidad pactada para el asociado, ya que el mismo se constituye en un ingreso compensatorio, al final del convenio, de ingresos dejados de recibir a lo largo del período de vigencia (negrilla del tribunal).

Por su parte, tanto a la luz del artículo tercero del convenio y del artículo 4º del anexo financiero, la finalidad del ajuste al quinto año es la de compensar parcialmente las desviaciones ocurridas, en el flujo de caja de los ingresos del asociado, durante los primeros cinco años. Esto, si se dan las condiciones previstas en tales artículos” (destaca igualmente el tribunal) cfr., página 2 del dictamen pericial.

Lo anterior significa que esta suma no constituye un sobrecoste sino el restablecimiento de un equilibrio económico en los términos pactados en este convenio, relativo a la realización de unos determinados retornos financieros y a la construcción de una rentabilidad específicamente acordada por las partes.

Oficiosamente el tribunal solicitó a los peritos que determinaran “el efecto económico que se produciría ... en el caso en que se acceda, de manera total o parcial, a la suma pedida en la demanda”. Los expertos contestaron:

“Los efectos que se producirían, en caso de acceder de manera total o parcial a la suma pedida en la demanda serían:

Compensación del deterioro del flujo de caja de ingresos de Nortel, sufrido durante los primeros cinco años del convenio. Esta compensación restituiría la dinámica de conformación que, según el modelo, debería tener la TIR durante la duración del convenio hasta llegar al 12% anual en dólares, al final del mismo.

Esta compensación, por ser un anticipo al pago del valor de rescate, programado para el final del convenio, no incrementa el valor de la TIR del 12% anual en dólares.

Estos efectos compensatorios estaban previstos en el espíritu del contrato, Otra cosa es que la interpretación jurídica de los textos lo confirme o no.

Este pago, en la proporción adecuada, no produciría efectos adicionales”. Confróntese página 60 del dictamen.

Y desde el punto de vista jurídico, ¿qué significa el pago que decretará el tribunal? atentos al principio de la congruencia de la sentencia, ese pago se decretará como el efecto de un incumplimiento contractual de Telecom (primera pretensión de Nortel), que de ninguna manera constituye un sobrecosto —como ya lo sentó el tribunal— puesto que se trata de una suma de dinero que forma parte de la contraprestación —no es exactamente un precio— de la infraestructura que a su costa se comprometió a instalar Nortel (308.046 líneas telefónicas en distintos lugares del país) y que debe pagar Telecom, solo que por virtud de la fuente de obligaciones analizada bajo el número 5 anterior parte de ese pago ha debido anticiparse y honrarse el 4 de marzo de 1999, siendo claro que esa suma de dinero debe imputarse al valor de rescate que resulte deberle Telecom a Nortel al finalizar el convenio. En términos más sencillos, el tribunal no hace otra cosa que decretar el pago de lo debido por Telecom a Nortel.

Tan claro es esto que Telecom, el 29 de diciembre de 1999, cuando ya había sido presentada la demanda arbitral por Nortel, “en reuniones sostenidas con la asesora jurídica de la empresa doctora Marcela Monroy, Germán Alfonso Bautista ... Fernando Marín y el suscripto” (Jorge Alberto Millán Carvajal, aclara el tribunal), llegaron a la siguiente conclusión, entre otras:

“Si el tribunal llegase a fallar a favor de Telecom simplemente se estaría desplazando el pago del valor de rescate al año 2003; en caso contrario se deberá pagar un valor por encima de los 70 millones de dólares”. (Cfr., memorando de fecha 29 de dic. de 1999, dirigido a los vicepresidentes ejecutivo y financiero de Telecom por Jorge Alberto Millán Carvajal, profesional IV de la vicepresidencia financiera de Telecom)⁽²³⁾.

Lo anterior no obsta para que este pago deba ser considerado como un daño emergente, tal y como lo define el artículo 1614 del Código Civil, pero de la naturaleza y con los alcances que acaba de explicar el tribunal.

La relación de causalidad entre la conducta de Telecom y el daño se encuentra perfectamente establecida dentro del proceso, y tratándose de una responsabilidad contractual no es del caso entrar en el estudio de la culpa, ni en el análisis de eximiente alguna de responsabilidad que no aparece, ni alegada, ni probada dentro del proceso.

Por todo lo anterior, la resolución condenatoria que proferirá el tribunal guarda correspondencia absoluta con el título jurídico bajo el cual Nortel reclama la suma de dinero ya establecida por el tribunal (primera pretensión de Nortel).

Y hasta aquí estaría cubierto lo relacionado con el daño emergente de acuerdo con el artículo 1614 del Código Civil, las pretensiones y los hechos de la demanda. Lo que pueda corresponder al lucro cesante queda comprendido bajo el estudio del punto siguiente.

6.5. Intereses moratorios

En el convenio C-0025-93 las partes se impusieron la obligación de verificar la constitución de una prestación cuya procedibilidad —no su exigibilidad— sometieron a un término (el fin de los cinco primeros años de la ejecución contractual), a diversas condiciones financieras, a unas pautas que literalmente resultaron confusas desde el comienzo, y a diversos modos especialmente respecto de la moneda del pago y de la tasa de cambio, y no puede

perderse de vista que se trataba de un pago anormal, que en buena parte venía a subsanar un defecto en el nivel de ingresos que debía percibir Nortel al final de los cinco primeros años de ejecución contractual.

Igualmente, atentos a la conformación dinámica de la tasa interna de retorno, TIR, y a la duración del convenio, especialmente, el carácter extraordinario de este pago anticipado debía producir algunos impactos en el convenio y es por ello que las mismas partes previeron que de estructurarse el pago de este anticipo, tendrían que redefinir el convenio de asociación (art. 3º del convenio), circunstancia que ayuda a confirmar el carácter dominante constitutivo de la primera pretensión de Nortel (cfr., núm. 2 de este laudo).

Para verificar todo lo anterior esto es, para estructurar o constituir aquella obligación y determinar su *quantum*, las partes se impusieron un determinado reglamento normativo, terreno en donde acabó siendo más aguda la controversia entre ellas.

La naturaleza del convenio imponía a los asociados unos especiales deberes de colaboración que iban hasta los aspectos administrativos y contables, y solo con una eficaz colaboración de las partes, de manera concurrente y concertada, era posible lograr la adecuada administración de este negocio jurídico y contar con la información necesaria para tomar decisiones que aproximarán la vida real del contrato a un modelo económico que se propusieron interpretar, único lugar en donde las cosas no tenían traumatismo alguno y en donde, por ejemplo, el valor de rescate debía ser cero (0) al final del convenio. Pero las cosas no ocurrieron así. El tribunal echa de menos las revisiones periódicas, la claridad en las cuentas, la agilidad en los pagos, la diligencia en casos que pueden parecer minucias de la ejecución pero que acumulados y postergados acabaron produciendo confusión y hasta desconfianza entre los asociados, siendo esto último lo más contradictorio con la propia naturaleza del contrato.

Tal y como están consignadas las previsiones contractuales, las partes debían estar preparadas para que al final del quinto año, sin necesidad de verificadores adicionales ni de rendiciones de cuentas, hubieran tenido a la mano los datos, de toda clase, necesarios para decidir la constitución o no del anticipo que reclama Nortel, pero la realidad resultó bien distinta hasta el punto de haber admitido el representante de Telecom que este tema solo les creó inquietud a partir del cobro de Nortel momento en el que “nos despertamos”⁽²⁴⁾. La mejor prueba de lo anterior es que, originalmente, las preguntas más críticas que ambas partes les formularon a los peritos estaban encaminadas a que los expertos les hicieran las cuentas que ellas mismas no habían tenido el cuidado de procurarse, y aún dentro del proceso, para la cuenta que constituía el punto de partida de las verificaciones, Nortel no pudo asumir inequívocamente una cifra cierta de sus propios ingresos y dejó dos cifras a consideración del tribunal (cfr., núm.6.3. de este laudo), mientras que Telecom, que debía tener la misma claridad que el tribunal esperaba de Nortel, igualmente vino a admitir aquel monto crítico de los ingresos ya referidos, mediante la conciliación de que da cuenta el acta 14 de las audiencias del tribunal.

Adicionalmente a lo anterior, Nortel solamente expuso con claridad el monto de su reclamación con la presentación de la demanda, y es bien sabido que ello constituía una carga contractual suya (“sino lo hace nada le puede exigir la otra parte, pero corre las consecuencias de su negligencia”) razón por la cual su dilación y falta de claridad debe tener consecuencias en su contra y no en contra de Telecom, y en el proceso quedó demostrado:

- Que Nortel presentó una reclamación extrajudicial, clara y argumentada el 25 de septiembre de 1998, esto es, antes de tiempo y por un valor diferente del que aparece consignado en su demanda, como era apenas obvio. Confróntese comunicación de Nortel, suscrita por Jaime Ramos Ramírez, director financiero y administrativo dirigida a Telecom de la fecha que se acaba de indicar, en folios 512 a 514 cuaderno de pruebas 2.
- No existe en el proceso prueba alguna de que Nortel hubiera presentado a Telecom una reclamación extrajudicial con corte al 4 de febrero o al 4 de marzo de 1999, fechada antes del 16 de diciembre de 1999, que es el día en que presentó su demanda al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, salvo una escueta comunicación del 23 de abril de 1999 firmada por Claudio Morfe, vicepresidente jurídico de Nortel Cala Inc., sin anexos, en la que se limita a recordarle al vicepresidente financiero administrativo de Telecom que la convocada “deberá efectuar un pago equivalente a US\$ 94.000.000”. Confróntese folio 661 del cuaderno de pruebas 3.
- Solo en la demanda arbitral del 16 de diciembre de 1999 encuentra el tribunal una reclamación completa,

definitiva, sometida por supuesto a la verificación que se ha efectuado dentro de este proceso, en la que Nortel puso punto final a sus propias cuentas —aunque después, dentro del proceso, propuso una nueva cifra— y en la que mantuvo la fundamentación del 25 de septiembre de 1998 y la coherencia y unidad de causa y justificación del reclamo.

Entre las partes se manejaba tal cantidad y variedad de cifras que sobre el punto bien vale la pena reproducir la respuesta que con fundamento en documentos sometidos a Telecom le daba la convocada a Nortel unos pocos días antes de la presentación de la demanda arbitral: “lo anteriormente expuesto da como resultado que la información que maneja Nortel no sea la oficial y que además sea muy variable, específicamente en lo que tiene que ver con el ajuste del quinto año, dando lugar a que Nortel presente valores de ajuste diferentes como son US\$ 82.3, US\$ 94.0, US\$ 95.1, US\$ 106.3 y US\$ 118.2 millones de dólares” (cfr., fl. 694 del cdno. pruebas 3)⁽²⁵⁾.

Que Nortel hubiera sido improvidente en el manejo de las cuentas en ninguna forma exonera a Telecom de su carga de diligencia para procurar la claridad, certeza y actualización de los aspectos contables del convenio y así, por ejemplo, si Nortel no tenía claros sus propios recaudos, Telecom tenía cómo establecerlos mes a mes, fehacientemente, desde el mismo momento en que era el asociado encargado de la recaudación de los ingresos totales siendo del caso, por supuesto matizar esta posibilidad con la colaboración que en forma útil debía disponer y prestar Nortel, punto en el que ambas partes fueron negligentes.

Todo lo anterior resulta suficiente para que el tribunal concluya que atentos al carácter dominante constitutivo de la primera pretensión de Nortel (que no puede inducirse de su simple formulación literal), así como a la vista del concurrente desgreño de ambas partes en la administración del convenio, especialmente en lo que tiene que ver con el manejo de las cuentas, las revisiones anuales, la frecuencia y periodicidad de las reuniones del comité de coordinación y las colaboraciones para actualizar y ajustar el modelo económico, es evidente que ambas partes contribuyeron a que los parámetros económicos a partir de los cuales debía concluirse la constitución de la obligación de pagar el anticipo que reclama Nortel, solo adquirieron certeza dentro de este proceso y buena prueba de ello es que el dictamen pericial estuvo encaminado a efectuar las comprobaciones y valoraciones que las mismas partes no pudieron efectuar durante la ejecución del convenio, como ya lo advertimos en páginas anteriores.

Así las cosas, mal puede pretender Nortel unos intereses moratorios respecto de una prestación que solo adquirirá existencia y certeza, respecto de sus elementos constitutivos y liquidatorios, con la ejecutoria de este laudo arbitral. Y por lo expuesto, simultáneamente prosperarán —de manera parcial y dentro de este contexto— las correspondientes excepciones de Telecom, sin perjuicio de la convicción que permanentemente tuvo la parte convocada de deberle algo o mucho a Nortel, tal y como da cuenta el número 7.2 de este laudo, en donde se consignan más elementos probatorios de otras circunstancias que sumieron en la incertidumbre el *quantum* de esta obligación, lo que no exonera a Telecom de su obligación de mantener unas cuentas transparentes, actualizadas y útiles para los fines del tema que se debate en este proceso, de tal manera que ella misma, por su propia iniciativa, hubiera suministrado con la claridad deseada, el *quantum* de la prestación a pagar.

En conclusión, no existirá declaración ni condena alguna por intereses moratorios, sin perjuicio de los que puedan llegar a causarse una vez que el laudo alcance fuerza ejecutiva y se venza el término que el tribunal fijará para el pago de la condena que se decretará por daño emergente solamente.

7. La razonabilidad de la decisión del tribunal

Un tribunal de justicia debe fundamentar su decisión en “los razonamientos legales, de equidad y doctrinarios estrictamente necesarios...” (CPC., art. 304), de tal manera que lo expuesto bajo el número 6 anterior resulta suficiente, tanto para cumplir las exigencias de la ley procesal, como para convencer a las partes.

A pesar de lo anterior, el tribunal presenta a continuación una serie de razones adicionales para dejar mucho más claro que ha llegado a una conclusión totalmente fundada en derecho pero, además, totalmente razonable y coherente con el comportamiento de las partes, así como con otras metodologías posiblemente más ortodoxas.

7.1. Sobre supuestos vacíos e incongruencias del texto contractua I

Tardíamente Telecom pretextó o invocó supuestos vacíos e incoherencias en la forma acordada para determinar la procedibilidad y la liquidación de un eventual pago al quinto año de ejecución del convenio C-0025-93, y bajo aquel supuesto planteó al tribunal la necesidad de reconstituir el contrato, invitándolo a efectuar un ejercicio innecesario porque al no existir vacío alguno en las estipulaciones pertinentes, lo que proponía era inconducente; y porque, además, el resultado de aquel ejercicio habría consistido en modificar la voluntad expresa de las partes, y hasta esos extremos no puede llegar el arbitrio *iudici*, máxime cuando dentro del proceso se acreditaron negocios jurídicos interpretativos de los supuestos vacíos o incongruencias invocados al contestar la demanda.

7.2. La decisión del tribunal no puede resultar sorpresiva para Telecom

De acuerdo con lo que ha sido probado, el tribunal concluye que su decisión no puede resultar sorpresiva para Telecom, ya que desde el momento en que Nortel presentó su primera petición formal de pago de este anticipo y hasta la contestación de la demanda, Telecom ejecutó conductas concluyentes que apuntaban hacia la convicción de deberle algo a Nortel bajo el título jurídico al que se contraen las pretensiones de la demanda, de tal manera que la discusión se centraba esencialmente en el monto del pago y no en el acaecimiento de los requisitos de procedibilidad del mismo, o en la legitimación de Nortel para reclamar, y para llegar a esta conclusión resultan suficientes los siguientes elementos probatorios:

7.2.1. Los modificatorios 1 y 2 no contienen salvedad alguna. La contestación de Telecom a la demanda de Nortel contiene una serie de argumentos que jamás fueron invocados ante Nortel, y si bien los modificatorios 1 y 2 valen para el tribunal por lo que expresan y aclaran, también son importantes por lo que no manifiestan, esto es, por el silencio absoluto respecto de unas determinadas argumentaciones que solo aparecen, por primera vez, en la contestación de la demanda en febrero del año 2000, que si iban a ser tan determinantes de los alcances de la prestación que se debate, han debido formar parte de aquellos acuerdos modificatorios.

7.2.2. En documento de fecha 8 de septiembre de 1998 rotulado “informe sobre la situación actual de Telecom, solicitado por la Comisión Sexta del Senado, proposición 03 de agosto 21 de 1998”, se lee:

“4. Joint venture

(...).

En 1993 se celebraron tres contratos: ... El segundo con Nortel para la instalación de 309.970 líneas, en 117 localidades ... con una inversión de US\$ 245 millones...

De los anteriores proyectos existe a 31 de diciembre de 1997 los siguientes desfases de los ingresos reales con respecto a los proyectados: ... con Nortel US\$ 65.3 millones ... los cuales de no poder ajustarlos mediante renegociación de los contratos estarían a cargo de Telecom (cfr., fls. 485, 486 del cdno pbas. 2).

7.2.3. El 25 de septiembre de 1998 en comunicación dirigida al doctor Eduardo Pizano de Narváez, para entonces presidente de Telecom, Nortel le informó a Telecom los resultados de sus cálculos, que arrojaron un pago al quinto año por valor de US\$ 82.310.000, por concepto de anticipo al valor de rescate (cfr., fls. 512 a 514 cdno. pbas. 2).

7.2.4. Ante la Comisión Sexta Constitucional permanente de la Cámara de Representantes, en sesión del 27 de octubre de 1998, como consta en acta 9 allegada a folios 551 y siguientes del cuaderno de pruebas 2, el doctor Eduardo Pizano de Narváez, Presidente de Telecom, en relación con los joint ventures suscritos por esta empresa, manifestó:

“...hay que pensar qué fue lo que se firmó, cómo se firmó y cómo vamos a tratar de arreglar eso hacia el futuro porque el pago de esos equipos hacia el futuro hay un plazo para que el asociado se pueda hacer unos recursos para obtener un retorno para la inversión que hizo inicialmente y si al final del período en algunos contratos en la mitad del contrato no ha recuperado la inversión que está proyectada de acuerdo al plan de negocios, Telecom tiene que sacar un cheque y entregárselo a él, el caso por ejemplo de ese contrato Nortel-Cala el 025 del 93 ya recibimos una cuenta de cobro de 80 millones de dólares de Nortel para tener que entregarles el año entrante esa plata; entonces la pregunta es qué se puede hacer para tratar de enmendar una serie de errores que se cometieron.

Yo creo que es un tema muy delicado, estamos en un proceso de evaluación de todos estos contratos y de mirar lo que se pueda hacer jurídicamente para modificar o reformar estos contratos lo haremos, pero la gran realidad es que la firma del presidente de Telecom está en esos contratos como está la del contratista y Telecom tiene la obligación de honrar esos contratos, pero vamos a tratar de modificar los términos hasta donde nos sea posible y hasta donde nos permita las circunstancias”.

7.2.5. En acta 16 del comité de coordinación, correspondiente a la sesión realizada el 1º de marzo de 1999, la posición de Telecom fue:

“Telecom considera necesario la modificación del texto de la cláusula 5ª del convenio modificatorio 2, por cuanto es conceptualmente inconsistente y por ende inaplicable por las razones que a continuación se exponen:

El convenio modificatorio 2 al C-0025-93 en su cláusula quinta establece:

(...).

Telecom considera que en términos generales el espíritu de esta cláusula, es comparar el 30% de los ingresos brutos acordados durante el convenio con los ingresos brutos recibidos por Northern Telecom, al finalizar el quinto año.

Como puede observarse en los puntos anteriores, cuando se resta de ingresos brutos nominales proyectados al final del convenio, ingresos brutos en valor presente neto a partir de la suscripción del convenio, no existe una correlación entre los valores a restar; ya que mientras el 30% de los ingresos proyectados se calculan en valor nominal al final del convenio, los ingresos efectivos de Nortel se llevan a valor presente al inicio del convenio, lo cual financieramente no es comparable.

Visto de otra forma significa que mientras los ingresos brutos proyectados se mantienen a valores corrientes, los ingresos brutos recibidos por Nortel se llevan a valor presente, es decir se disminuyen los valores brutos recaudados, aumentando así el valor que Telecom debe pagar o asumir.

(...).

En general Telecom considera que para el cálculo del valor de anticipo del valor de rescate deben contemplarse los siguientes aspectos:

1. Los valores de impuestos realmente causados.
2. Líneas instaladas e inversión realizada acorde con su ejecución.
3. Resultado de conciliaciones.

(...).

Nortel manifiesta que estudiará la posibilidad de efectuar una revisión de la metodología del cálculo del anticipo al valor de rescate al quinto año del convenio, después de la presentación de la metodología propuesta por Telecom y un estudio de impacto de dicha metodología en las responsabilidades a los inversionistas del proyecto.

Telecom antes del 5 de marzo de 1999 presentará a Nortel una propuesta sobre la metodología a utilizar; junto con los demás aspectos a contemplarse en este ejercicio”.

A través de la comunicación 00150000-000274 del 5 de marzo de 1999 dirigida por los vicepresidentes financiero (e) y ejecutivo de Telecom al director de operaciones y al gerente financiero de convenios de Nortel, visible a folios 685 y 686 del cuaderno de pruebas 3, fue propuesta por Telecom una nueva metodología, en los siguientes términos:

“Referencia propuesta metodología revisión quinto año convenio C-0025-93

Dando cumplimiento a lo acordado en numeral 5º del acta 16 del comité de coordinación celebrado el 1º de marzo

de 1999, relacionado con el “análisis anticipó al valor de rescate al quinto año de convenio”, a continuación nos permitimos proponer la siguiente metodología:

1. Se calcula el 30% de los ingresos brutos en US\$ proyectados por el modelo económico, durante la duración del convenio. Esta cantidad no podrá ser inferior a ciento cincuenta y cinco millones doscientos dos mil novecientos dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 155.202.900), a menos que la misma fuera ajustada proporcionalmente por el número de líneas instaladas, este monto se ajustará en proporción a la inversión realizada y acorde con el cronograma de ejecución de la misma.
2. Al monto calculado en el numeral 1º se le resta los ingresos brutos en US\$ recibidos por Northern Telecom de Colombia durante los primeros cinco (5) años del convenio C-0025-93 a partir de la suscripción del convenio y la diferencia será el valor del anticipo al valor de rescate que debe pagar Telecom a Northern Telecom de Colombia. Este monto se cancelará en moneda local a la tasa representativa del mercado en ese momento.

Las cifras definitivas para calcular este monto estarán acorde a lo considerado por Telecom en el numeral 4º del acta en mención y se efectúe la conciliación de ingresos del año 1998 y enero de 1999”.

Obsérvese cómo en este momento, marzo de 1999, ya se habían cumplido los cinco primeros años de ejecución del convenio, momento en el cual se definía la procedibilidad del pago que reclama Nortel, y es bien clara la posición de Telecom en el sentido de pretender cambiar los términos contractuales, porque de no ocurrir ese cambio, tendría que pagarle un determinado anticipo al valor de rescate, tal y como ya se lo había planteado Nortel el 25 de septiembre de 1998. En resumen, esta es la misma posición expuesta por el presidente de Telecom ante la comisión sexta constitucional de la Cámara de Representantes: Si Telecom no logra renegociar (entiéndase modificar) los contratos de *joint venture*, tendrá que anticipar a los asociados el pago de unas altas sumas de dinero.

Nortel, como consta en comunicación de abril 8 de 1999 dirigida a la vicepresidente ejecutiva de Telecom por el gerente financiero de convenios y el asesor legal de Nortel (fl. 689 del cdno. pbas. 2), no aceptó la modificación presentada por Telecom.

7.2.6. En acta de fecha 24 de septiembre de 1999 correspondiente a la reunión de presidentes de las partes del convenio C-0025-93, se consignaron las siguientes manifestaciones:

“6. Nortel manifestó que su interpretación de la metodología y el cálculo del anticipo del valor de salvamento al quinto año ha sido presentada a Telecom en diversas oportunidades, incluyendo la reunión del comité citada en el numeral primero de la presente acta (se refiere a la reunión del comité de coordinación realizada el 24 de ago. de 1999) y que básicamente se resume en el hecho de que Telecom, según Nortel, le debe a esta la suma de noventa y cinco millones cien mil dólares de los Estados Unidos de América (US\$ 95.100.000) que debieron ser pagados por Telecom a Nortel de acuerdo con el anexo financiero del convenio.

7. Telecom manifestó que de acuerdo con su interpretación de los textos contractuales aplicables para el cálculo del anticipo del valor de salvamento al quinto año, Telecom obtiene como resultado una cifra muy diferente” (cfr., fl. 3 de la carpeta 17 de los documentos recaudados en la inspección judicial realizada en las instalaciones de la convocada).

Para el tribunal esta reunión tiene una importancia especial, en primer lugar porque ella constituía la ejecución de un requisito de habilitación para que las partes pudieran acudir a la instancia arbitral, (art. 30 del convenio), de tal manera que ese resumen que hicieron de su controversia no puede constituir un simple ejercicio académico o una noticia meramente social. Ahí estaban los presidentes de ambas instituciones, esto es, los representantes de quienes ahora son las partes procesales de este arbitraje determinando el objeto y el alcance de la materia arbitrable que, en los propios términos del representante de Telecom, “de acuerdo con su interpretación de los textos contractuales aplicables para el cálculo del anticipo del valor de salvamento al quinto año, Telecom obtiene como resultado una cifra muy diferente”, obviamente, de la que obtenía Nortel y que ya estaba en sus manos puesto que desde el 25 de septiembre de 1998 Nortel se la había hecho conocer.

7.2.7. A folios 442 y 443 de la carpeta 2 de los documentos recaudados en la inspección judicial realizada en las

instalaciones de la convocada el 15 de agosto de 2000, obran apartes del documento emanado de Telecom rotulado “proyecto de presupuesto 2000” de fecha noviembre de 1999, en el cual se lee:

“Ajustes convenios telefonía local y local extendida:

En este rubro se contemplan los convenios de asociación a riesgo compartido realizados con:

(...).

Nortel convenio de asociación a riesgo compartido C-25-93, este convenio tiene un valor garantizado al quinto año, fecha que se cumplió en febrero de 1999; el valor del ajuste según las pretensiones de Nortel es de US\$ 98 millones; sin embargo, Telecom ha planteado que la metodología para el cálculo utilizada por Nortel no es la establecida contractualmente y ha llevado el caso ante un Tribunal de Arbitramento para que conceptúe sobre el asunto. Telecom ha realizado varios ejercicios sobre el valor del ajuste y ha estimado un valor mínimo en caso de que la decisión del árbitro le sea favorable equivalente a US\$ 22 millones y de US\$ 76.3 millones si la decisión es contraria...” (negrilla del tribunal).

7.2.8. En memorando de fecha 29 de diciembre de 1999 (Nortel presentó su demanda el 16 de dic. de 1999) dirigido a los vicepresidentes ejecutivos y financiero de Telecom por Jorge Alberto Millán Carvajal, profesional IV de la vicepresidencia financiera de Telecom, se lee:

“Asunto: Informe gestión convenios de asociación año 1999

De la manera más atenta me permito informarles el estado financiero actual de los convenios de asociación que se relacionan a continuación:

C-025/93 Nortel

(...).

3. En reuniones sostenidas con la asesora jurídica de la empresa doctora Marcela Monroy, Germán Alfonso Bautista profesional de la vicepresidencia ejecutiva, Fernando Marín, gerente del convenio y el suscripto, se analizó conjuntamente los aspectos relacionados con la interpretación de la metodología del Tribunal de Arbitramento, llegándose a las siguientes conclusiones:

••• Es claro que el convenio presenta desajustes en la proyección de ingresos lo ha (sic) generado un incremento importante en el valor de rescate, cifra que de acuerdo a cálculos preliminares supera los 200 millones de dólares.

• Si el tribunal llegase a fallar a favor de Telecom simplemente se estaría desplazando el pago del valor de rescate al año 2003; en caso contrario se deberá pagar un valor por encima de los 70 millones de dólares.

• Además de los costos que demandarían los árbitros, el hecho de diferir el pago del valor de rescate implica incrementar su valor ya que se actualiza con una tasa de interés en dólares del 12% (tasa interna del modelo económico).

• Se concluyó que es conveniente para la empresa plantear a Nortel una modificación de la cláusula 5^a del modificatorio 2 y establecer pagos anticipados al valor de rescate anuales, buscando para Telecom minimizar el impacto de un pago grande al quinto año o al final del convenio, subsanar las limitaciones presupuestales que se tienen, disminuir el incremento del valor de rescate por efecto de la tasa de actualización y de otro lado, darle liquidez a Nortel.

• Renegociar el convenio considerando las siguientes variables:

- Impuestos reales
- Inflación externa
- Inversiones reales

El grupo conformado para evaluar estos convenios inicia a mediados de enero del 2000 el análisis financiero para plantear la renegociación del convenio” (cfr., fls. 224-223 de la carpeta 18 de los documentos recaudados en la inspección judicial realizada en las instalaciones de Telecom).

En este texto es bien claro, pero especialmente en los párrafos que ha resaltado el tribunal, que Telecom no veía más opción estratégica que plantear una modificación del contrato, esto es, renegociarlo con fundamento en unos nuevos parámetros financieros y en unos nuevos supuestos de ejecución, porque tal y como estaban convenidas las estipulaciones contractuales ellas le imponían a Telecom el pago de una determinada suma de dinero a cuenta de un valor de rescate final, en el caso que nos ocupa.

7.2.9. La declaración del representante de Telecom ofrece algunas contradicciones, originadas, al parecer del tribunal, en la conveniencia de insistir en los argumentos presentados en la contestación de la demanda. Sin embargo, de esta declaración de parte el tribunal obtiene los siguientes elementos pertinentes para el punto que se analiza.

7.2.9.1. Telecom sí tenía la convicción de deberle algo a Nortel en la época y bajo el título jurídico que se invocan en las pretensiones de la demanda

“Doctor Contreras: Dentro del cálculo ... nosotros habíamos visto ... la posibilidad de un pago a Nortel, encontramos ... que ese pago o ese ajuste del quinto año no era cero ... fue la intención de Telecom acercarse a Nortel para proponerle en un momento determinado un avance para el valor de salvamento, del valor de rescate final, que hubiera podido ser del orden de los 20 a 22 millones de dólares que se están mencionando” página 6 de su declaración del 5-X-2000.

7.2.9.2. Telecom había establecido que el valor de rescate que tendría que pagar a Nortel al final del convenio sería muy alto

“Doctor Contreras: No, insisto en que el ofrecimiento de Telecom fue una cifra que pudo ser entre 20 y 25, en este momento no recuerdo, no como un cálculo financiero sino que fuéramos ... haciendo algunos pagos parciales para llegar a que no tuviéramos que pagar un valor tan elevado en el último año. Eso fue lo que se trató de hacer” página 7 de su declaración del 5-X-2000.

(...).

Doctor Peña: ¿Si esa era la situación que visualizaba Telecom en ese momento ... hoy, a comienzos de octubre de 2000, siguen visualizando esa misma situación al final de Ios joint venture?

Doctor Contreras: A futuro se tiene contemplado un valor de rescate bastante grande ... Entonces hay que reestructurarlos de manera que podamos acomodarnos al flujo de caja. Así como lo vamos a hacer con Nortel, vamos a hacerlo con todos los socios. Página 15, ibídem.

(...).

Doctor Mendoza: ... En el documento Informe sobre la situación actual de Telecom solicitado por la Comisión Sexta del Senado ... Telecom hace las siguientes afirmaciones: ... De los anteriores proyectos existe a 31 de diciembre de 1997 los siguientes desfases de los ingresos reales respecto a los proyectados: ... con Nortel US\$ 65.3 millones ... los cuales de no poder ajustarlos mediante renegociación de los contratos estarían a cargo de Telecom”. ¿Usted qué sabe de esto?

Doctor Contreras: ... Los desfases existen, los hablamos la vez anterior ... entonces no estamos desconociendo el desfase que existe en este convenio ... lo que estamos desconociendo es la aplicación de una metodología para un pago en el año quinto, pero sabemos que esto en el 2003 tendrá que tener un valor de salvamento y que seguramente con las proyecciones que se tienen vamos a tener que cubrir el valor ... nosotros somos conscientes de que tenemos un valor a futuro, lo que somos conscientes es que no lo vamos a pagar ahora, esa es un poco la situación que tenemos nosotros, pero el desfase existe.

“Doctor Mendoza: ¿Esa suma menor que en la anterior oportunidad manifestó que se le había ofrecido a Nortel, sería como una especie de abono a esta partida estimada de US\$ 65.3?”.

Doctor Contreras: ... nosotros lo que pretendíamos era que teniendo los recursos ir amortizando, no dejar todo para el 2003 para hacer un pago completo, sino tratar que con base en los ingresos que pudiéramos tener ir amortiguando lo que nos esperaba en el 2003...” página 6 de la continuación de la declaración 23-X-2000.

7.2.9.3. Telecom fue negligente en las revisiones, en el seguimiento de este convenio y en las previsiones presupuestales

“Doctor Contreras: ... Nosotros no teníamos por qué presupuestar algo que no íbamos a pagar. Página 5 declaración del 5-X-2000.

(...).

Doctor Contreras: Lamentablemente las revisiones como están previstas en el contrato no se hicieron por ninguna de las partes ... yo creo que no hubo seguimiento en el caso de estos contratos, y creo que el seguimiento llegó cuando se encontró la cláusula del pago al quinto año y ahí nos despertamos...” página 16, ibidem.

7.2.9.4. Al presentar Nortel al quinto año la solicitud de pago, la estrategia de Telecom se orientó a renegociar los contratos, esto es a buscar su modificación

“Doctor Contreras: ... Cuál fue la intención o el objetivo de pagar esos 20 o 25 millones de dólares que nosotros estábamos pensando. La intención era dar ese anticipo porque la disponibilidad de presupuesto lo permitía y posteriormente dentro del lapso del momento de pago hasta donde nos encontramos, hacer una revisión del 100% de los contratos joint ventures y poderlos reestructurar a futuro con el objeto de que tanto Telecom pudiera asumir esos compromisos como que el socio pudiera recibir los ingresos por parte de Telecom ... Era básicamente un tema de supervivencia de la empresa para efectos de posteriormente reestructurar todos los convenios y ponerlos en orden que es un poco el proceso en el cual nos encontramos en este momento ... y poder cumplir por parte de Telecom unos compromisos que a tres años no los puede cumplir ... básicamente es un tema de decisión estratégica empresarial y adicionalmente no haberle dejado a una persona que lo sucediera a uno posteriormente, un problema de cerca de US\$ 250 millones ...” página 13 declaración del 5-X-2000.

(...).

Doctor Peña: ¿Lo que buscaba Telecom era una renegociación del contrato desde el punto de vista integral, no esos ajustes que prevé el contrato al interior?

Doctor Contreras: La intención y lo que pretende uno hacer es replantear las condiciones del contrato. Cambiarle la esencia a los contratos”. Página 14 ibidem. negrilla del tribunal.

En resumen, esta declaración confirma una secuencia de comportamientos de Telecom, respecto de la reclamación de Nortel, y que la estrategia de la parte convocada correspondía a sus dificultades financieras, razón por la cual Telecom pretendía diluir o subsumir estos pagos en unos procesos de renegociación o modificación del convenio porque, tal y como estaba concebido, sus flujos de caja no resultaban suficientes para atender los compromisos que este y otros *joint ventures* imponían a Telecom.

7.3. De cómo con otra metodología se llega a la misma conclusión

El tribunal se ha limitado a aplicar las estipulaciones contractuales tal y como Telecom y Nortel las concibieron pero, además, tal y como ellas mismas las interpretaron de manera auténtica o con autoridad para establecer la forma como debía decidirse este pago y su consecuente liquidación, y el tribunal habría excedido sus facultades si so pretexto de interpretar el negocio jurídico hubiera desconocido su texto claro, sin vacíos, y hubiera entrado en indebidas modificaciones de lo que las partes acordaron.

Alega Telecom contradicciones en los textos e incoherencias desde el punto de vista financiero que el tribunal encuentra que fueron pactadas en forma reflexiva por profesionales de ambas partes, y también encuentra el

tribunal que mediante negocios jurídicos de interpretación (modificatorios 1 y 2), las partes fijaron el alcance de aquellas incongruencias, de tal manera que no puede el tribunal desconocer lo que ellas determinaron como interpretación auténtica de su propio negocio jurídico.

Y como ya se demostró, a pesar de todas las incongruencias esas estipulaciones contractuales llevan a un resultado útil para los fines del contrato y para la preservación de su equilibrio económico tal y como expresamente quedó pactado en el artículo 3º del convenio. En efecto, en el proceso quedó bien demostrado que al finalizar el quinto año la ejecución contractual era sensiblemente distinta de la proyectada y que ese desfase debía ser cubierto —así fuera en parte— con el pago de un anticipo a buena cuenta de un valor de rescate, compensatorio del nivel de ingresos y, en general, de los retornos financieros convenidos. Y ante esta circunstancia, para el tribunal es claro que el convenio C-0025-93, considerado integralmente e interpretado como las partes lo dispusieron, cumple la útil función de que los retornos financieros se realicen, tal y como está previsto en el artículo 3º.

Y si lo anterior se logra con una metodología inadecuada o incoherente según las calificaciones de Telecom, al mismo resultado se llega con una metodología ortodoxa, coherente y adecuada. En el anexo 2 del dictamen pericial, folios 96 y 97, los auxiliares de la justicia hicieron un ejercicio adicional, simplemente ilustrativo, con lo que ellos denominaron “la metodología adecuada”, esto es, depurando la fórmula por ellos analizada de sus incoherencias financieras y procediendo, por supuesto, de *iure condendo*, ejercicio en el que también resulta, al quinto año, un pago a cargo de Telecom y a favor de Nortel como anticipo al valor de rescate que si bien es menor que el establecido por el tribunal, igualmente confirma la situación económico-financiera en que se encontraban las partes al terminar el quinto año de ejecución del convenio.

7.4. ¿Puede un tribunal de justicia tomar en cuenta elementos o factores incoherentes desde el punto de vista financiero?

El tribunal tiene bien claros los alcances de su deber de interpretar las fuentes formales de derecho, así como los límites del arbitrio *iudici*, que no pueden ir hasta el desconocimiento de lo que válidamente hayan acordado las partes para, en cambio, entrar a estructurar nuevas estipulaciones modificatorias del negocio jurídico, arrasando lo que las partes válidamente convinieron, y sin que medie acción alguna de impugnación.

En el caso presente, si bien pueden observarse incoherencias financieras en la comparación de ciertos elementos (valores nominales con valores presentes, por ejemplo), lo cierto es que desde el punto de vista jurídico así lo pactaron, admitieron e interpretaron las partes, y esto último en dos ocasiones, mediante nuevos negocios jurídicos. Así las cosas, jurídicamente no existe incongruencia alguna porque bajo el imperio de la autonomía de la voluntad esto fue lo que convinieron las partes en el marco de unas negociaciones que, como lo declaró Moisés Rubinstain, se efectuaron entre profesionales, no entre amateurs (cfr., pág. 5 de su declaración del 20-IX-2000).

El derecho es un bien cultural en donde la realidad fáctica se reelabora, se transforma, y la que muchas veces se opone la norma como cuando están de por medio propósitos sociales, culturales o éticos de especial valor para una determinada sociedad, y su método no es la comprobación fáctica (el experimento) sino la interpretación, de tal manera que con mucha frecuencia una fuente formal de derecho riñe con las leyes o reglas de una realidad biológica, histórica, cultural o simplemente financiera, puesto que la normatividad del derecho consiste en “una peculiar manera de pensar o conceptualizar ciertos datos, la manera imputativa, que no los presenta enunciativamente —como algo que es—, sino imputativamente —como algo que debe ser—”⁽²⁶⁾.

Tampoco encontró el tribunal vacío alguno en las estipulaciones contractuales que forzosamente ha tenido que aplicar. Como varias veces lo ha expresado en páginas anteriores, esas estipulaciones tienen plenitud normativa, esto es, resultan eficaces y suficientes para alcanzar el fin determinado que con ellas se propusieron las partes, y mal hubiera hecho el tribunal en forzar las cosas y desconocer el negocio jurídico para propiciar una interpretación bajo la cual no produjeran efecto alguno ni procurara los fines expresamente deseados por las partes⁽²⁷⁾.

En conclusión, el tribunal aplicó unas determinadas estipulaciones contractuales a pesar de sus incoherencias financieras, porque así fueron acordadas e interpretadas por las partes, y porque esa interpretación auténtica le permite a los jueces resolver en derecho el problema jurídico que las partes han traído, procurando la realización efectiva de los fines a los que estaba encaminado aquel pago al quinto año de ejecución del contrato.

8. Análisis de las excepciones

Procede ahora el tribunal a analizar las excepciones formuladas por la parte convocada, en su escrito de contestación de la demanda.

8.1. Inexistencia de la obligación de aplicar la metodología por no darse el supuesto de la cláusula tercera del contrato original

Para la procuradora arbitral de la convocada, la obligación de pagar un anticipo al valor de rescate, prevista en el artículo 3º del convenio C-0025-93, está sometida a una condición suspensiva consistente en que al finalizar el quinto año de ejecución del contrato, Nortel obtenga menos del 30% de los ingresos brutos acordados como su participación prevista para la duración del convenio, medidos en valor presente, condición que, afirma no ha acaecido, porque efectuados los cálculos correspondientes utilizando mediciones tanto en valores constantes o presentes como en valores corrientes o nominales, resulta que Nortel, al finalizar el quinto año, recibió ingresos en cuantía superior al mínimo garantizado ajustado.

El monto mínimo garantizado, equivalente a US\$ 105.000.000 según el convenio original, aumentado a la suma de US\$ 130.930.000 por el modificadorio 1, para quedar finalmente en cuantía de US\$ 155.202.900 (modificadorio 2), es, para Telecom “un valor de referencia” para el evento de que la totalidad (100%) de las líneas telefónicas se hubiera instalado en la fecha prevista en el cronograma original, supuestos que, según la convocada, no se dieron en la ejecución real del convenio (existió desfase entre el cronograma original y el real), por lo que el monto mínimo debe ajustarse proporcionalmente, considerando la inversión realizada (número de líneas efectivamente instalado) y el momento de instalación de cada paquete de líneas (convenio original, modificadorio 1, modificadorio 2).

Las operaciones realizadas por la convocada para ajustar el mínimo garantizado arrojan como resultado que “el ingreso mínimo que debe servir de referencia para la comparación del 5º año es \$ 144.462.995 dólares corrientes” y este valor, “es inferior a los \$ 146.440.119 dólares corrientes recibidos por Nortel”. Confróntese página 20 de la contestación, folio 46 del cuaderno principal 1.

Por lo anterior, concluye que “al no acaecer la condición descrita en el artículo 3º del convenio original, la obligación de pago del ajuste no ha nacido aún”. Confróntese página 27, ibidem.

El tribunal considera: En este proceso se ha aclarado que el “monto mínimo garantizado” no es materia de reajuste alguno porque dejaría de serlo. Lo que se reajusta es el monto de los ingresos brutos estimados, con base en los factores que se leen claramente en el mismo texto contractual, interpretación que igualmente acogen los peritos.

Así las cosas, aún razonando dentro de la excepción propuesta, y siendo aquel monto mínimo intangible (US\$ 155.202.900), si se vuelven a observar las cifras de ingresos con que razona la parte convocada, sí habría acaecido la “condición descrita en el artículo 3º del convenio original”.

Por esta y las demás razones expuestas sobre este mismo punto en otras partes del laudo, no prospera la primera excepción.

8.2. Error conceptual de la demanda en la comprensión de la metodología y de la no existencia de la obligación del pago del ajuste, aun en el evento de aplicar la metodología

Sostiene la apoderada de Telecom que el demandante no ha comprendido la “cabal y correcta aplicación” del artículo 3º del convenio C-0025-93 y de las cláusulas quintas de los modificatorios 1 y 2 porque al aplicar la metodología para el cálculo del valor del anticipo al quinto año, omite “ajustar el monto de la garantía en proporción a la inversión realizada y al cronograma de ejecución de la misma”.

Para la convocada, las estipulaciones contractuales referidas imponen el ajuste del monto de la garantía, tanto para establecer si se halla obligada al pago del anticipo, como para determinar el monto del posible anticipo, ajuste que, considerando el número de líneas instaladas y el cronograma de ejecución, da como resultado:

“Para el paquete inicial, \$ 105 millones de dólares.

Para el paquete del convenio modificatorio 1, sobre el incremento garantizado de US\$ 25.930.000 al quinto año, proporcionalmente a los 2.5 años, le corresponde el monto de US\$ 12.965.000 como garantía proporcional (Recordemos que el modificatorio 1 se firmó en jul. 30/96).

Para el paquete del convenio modificatorio 2, sobre el incremento garantizado de US\$ 24.272.900 al quinto año, proporcionalmente, a los 2.2 años, le corresponde el monto de US\$ 10.680.076 como garantía proporcional. (Recordemos que el modificatorio 2 se firmó en nov. 22/96)”.

Si se estimasen las pretensiones en los términos propuestos por Nortel, se afirma en la contestación de la demanda, “se estaría generando un pago de lo no debido ... en tanto que se obligaría a Telecom a pagar un valor de ajuste como si Northern hubiese cumplido con sus obligaciones al 100% y en los tiempos previstos, cuestiones que ... no se dieron y además se estaría omitiendo la distribución de riesgo contractualmente pactada del 7%”.

El tribunal considera: Con una simple regla de tres Telecom modifica o reajusta a su manera “el monto mínimo garantizado”, que ahora le da US\$ 128.645.076, suma bien diferente del “monto mínimo reajustado” que le propuso al tribunal en la primera excepción (US\$ 144.462.995). El tribunal no encuentra base alguna para atender esta excepción y para rechazarla son suficientes las razones expresadas al desestimar la primera excepción.

8.3. La inconsistencia de la metodología, y del error a que puede conducir de no llenarse adecuadamente, de acuerdo con los correctos criterios financieros dada la naturaleza de la cosa

Para formular esta excepción, se soporta la convocada en el “peritazgo” rendido por la corporación financiera del Valle, Corfivalle, con base en el cual concluye que está “técnicamente acreditado que la metodología consagrada en los modificatorios 1 y 2 contiene una inconsistencia, que financiera y matemáticamente la hace ilógica”. Según el referido documento,

“la metodología presenta una inconsistencia (o al menos una falta de precisión) en el paso 1 ya que se establece que se debe calcular el 30% de los ingresos brutos proyectados en el modelo económico para toda la duración del proyecto sin precisar, como se hace en el artículo 3º del convenio original que este monto está medido en valor presente. Esto lleva a que en el paso tres se dé una inconsistencia, al establecer una resta entre un monto nominal (el definido en el paso 1) y un valor presente (el definido en el paso 2). Esta resta no se puede llevar a cabo ya que las unidades de ambos términos son diferentes. De un lado si se considera que el 30% de los ingresos brutos corresponde a su valor nominal, este monto estará en dólares nominales del período febrero del 94 a agosto del 2003, mientras que el valor presente de los ingresos brutos de los cinco primeros años es un monto en dólares de febrero de 1994”.

Para la convocada, la comprensión de la metodología para el cálculo del quinto año que hace el actor “es parcializada a su favor” ya que calcula en valores nominales el 30% de los ingresos brutos proyectados en el modelo económico “a pesar de que posteriormente interviene en la operación aritmética de resta de valores presentes”, con lo que logra “aumentar la diferencia y con ello el monto a pagar por parte de Telecom y a favor de Northern”, desfigurando la estructura financiera del convenio.

El tribunal considera: No prospera esta excepción por el valor interpretativo que el tribunal le ha dado a varios actos de las partes (cfr., núms. 5.3 y 5.4 de este laudo) pero, especialmente, a los negocios jurídicos denominados modificatorios 1 y 2 en los que las partes interpretaron en forma auténtica el convenio C-0025-93 para los efectos del pago al quinto año, que se debate en este proceso (cfr., núms. 5.5. y 5.6 de este laudo) y como lo sentó el tribunal en otra parte, Telecom y Nortel válidamente acordaron una fórmula financiera que es clara y tiene eficacia para servir una determinada prestación convenida por las partes: la procedibilidad y liquidación de un determinado pago al quinto año, como anticipo al valor de rescate. En consecuencia, no prospera la excepción.

8.4. La subordinación de la metodología a lo sustantivo, esto es al objeto, naturaleza y fines del contrato

“Este argumento se resume en el hecho de que, tal como se explicó en la excepción anterior, la metodología contiene una inconsistencia, que debe ser corregida con base en el artículo tercero del convenio original y en el

artículo 4º del anexo financiero. Es claro que la metodología, como mero procedimiento para la determinación del monto del ajuste, posee una naturaleza adjetiva, y que por lo tanto, para llenar cualquier vacío o inconsistencia en la redacción de la fórmula, debe acudirse a la norma contractual sustantiva, esto es, al artículo 3º del convenio y a su anexo financiero, artículo 4º". Confróntese página 41 de la contestación, folio 73 del cuaderno principal 1.

Para Telecom, en el artículo 5º de los modificatorios 1 y 2 no se expresó cómo debía medirse el 30% de los ingresos brutos en dólares proyectados por el modelo económico, durante la duración del convenio, lo cual no significa que deba entenderse que se mide en valores nominales. A su juicio, debe medirse en valores presentes, por las siguientes razones:

Una interpretación sistemática de los textos contractuales impone que cualquier vacío en la metodología consignada en los modificatorios 1 y 2 debe llenarse acudiendo a la parte sustantiva del artículo 3º del convenio original, que para determinar la procedencia del pago del 5º año establece que se reste, medidos en valor presente, tanto el 30% de los ingresos brutos acordados como los ingresos brutos recaudados.

Una interpretación técnica daría el mismo resultado, por la naturaleza de la operación matemática de resta que impone la aplicación del principio de homogeneidad de los factores. Como en los modificatorios 1 y 2 se prevé que para calcular el monto del anticipo los ingresos brutos en dólares realizados por Nortel durante los 5 primeros años se miden en valor presente para restarlos del 30% de los ingresos brutos acordados, estos últimos también deben expresarse en valores presentes.

Finalmente, el concepto financiero allegado determina que "no es técnicamente aceptable restar montos expresados en valor presente de montos expresados nominalmente".

El tribunal considera: La excepción parte de una distinción artificial que no encuentra fundamento alguno en los textos contractuales y a la que el tribunal ya se refirió, como es pretender que se puede distinguir una parte supuestamente sustancial o material de otra estrictamente procedural o adjetiva, y para efectos de esta excepción sostiene Telecom que "la norma contractual sustantiva" es el artículo 3º del convenio y "su anexo financiero", sin tomar en consideración que es precisamente, en estos mismos textos donde existe la misma contradicción o incoherencia que alega.

Para desestimar esta excepción es suficiente invocar los mismos actos de las partes, que en comportamientos (cfr., núms. 5.3 y 5.4 del laudo), y en negocios jurídicos válidamente celebrados (cfr., núms. 5.5. y 5.6 del laudo), interpretaron de manera auténtica el convenio C-0025-93.

No sobra agregar que con frecuencia el mundo de lo normativo difiere del mundo de lo financiero, desde el mismo momento en que sus objetos y sus métodos son diferentes, y en el caso presente a algo que puede ser ilógico en el mundo de lo financiero, las partes decidieron, conscientemente, entre profesionales, darle las consecuencias jurídicas ya expuestas por el tribunal.

8.5. La imposibilidad legal para Telecom de aceptar la interpretación que hace el demandante de la metodología por contener un error conceptual que generaría pago injustificado

Bajo esta excepción Telecom plantea que siendo su presupuesto público, solo puede realizar pagos que correspondan a obligaciones claras, expresas y actualmente exigibles, debidamente presupuestadas, condiciones que no reúne el anticipo pretendido por Nortel, por estar sometido a una condición que no ha acaecido.

Telecom, afirma la apoderada, "no ha encontrado contractualmente causa y título para acceder a la pretensión de pago del demandante". De pagarse el anticipo, "se generaría un detrimento patrimonial del que serían responsables sus actuales administradores que, en forma razonada han presentado su posición al demandante".

Dada la diferencia entre las partes por razón de la interpretación del artículo 3º del convenio y de sus modificatorios, "la administración de Telecom requiere de un título adicional al contrato, de una sentencia que dirima el conflicto interpretativo y declare o no la existencia de la presunta obligación".

El tribunal considera: Esto no constituye técnicamente una excepción sino la invocación de razones extrañas a las

pretensiones para oponerse a un pago, y si Telecom afirma que “no ha encontrado contractualmente causa y título para acceder a la pretensión de pago del demandante”, el tribunal sí los ha encontrado y esta suma de dinero está muy lejos de tener que producir un detrimiento patrimonial porque se trata de “la prestación de lo que se debe” (C.C., art. 1625), que es en lo que consiste el pago. En consecuencia, no prospera la excepción.

8.6. La culpa del demandante respecto de la incertidumbre del monto de la obligación

Telecom afirma que Nortel no le ha entregado la información correspondiente a los ingresos recibidos para llevar a cabo la revisión del modelo económico “con lo que ella misma ha causado la imposibilidad de entrar al examen correspondiente para saber si hay o no lugar al ajuste y eventualmente, establecer su monto. En consecuencia, al pretender el pago del ajuste está pasando por alto el hecho de que nadie puede sacar provecho de su culpa”.

El incumplimiento de Nortel en el suministro de la información, destaca la apoderada, ha hecho imposible la revisión de los modelos económicos por parte del subcomité financiero y la consecuente aprobación de resultados por parte del comité de coordinación del convenio.

“Esta actitud omisiva y el hecho de que sea determinante, en tanto que sin dicha información es imposible proceder a conciliar las cifras que se requieren para aplicar el segundo, tercer y cuarto paso de la metodología prevista para calcular el monto del ajuste, nos coloca ante una omisión culposa. Así que de una parte tenemos la mora del demandante en presentar la información requerida para la correcta ejecución del contrato, circunstancia esta que está purgando la supuesta mora de Telecom, (mora purga mora) en razón de lo cual en ningún caso podrían causarse intereses de mora a cargo de Telecom”.

Finalmente, manifiesta la apoderada que esta renuencia culposa de Nortel “deslegitima cualquier pretensión indemnizatoria, como es la pretensión al pago de intereses, pues no es lícito que nadie saque provecho de su propia culpa”.

El tribunal considera: Esta excepción prospera parcialmente, pues no tiene aptitud para enervar la obligación que reclama Nortel, es decir, los hechos relatados por Telecom en esta excepción no fueron constitutivos de una imposibilidad absoluta para “entrar al examen correspondiente para saber si hay lugar al ajuste y eventualmente establecer su pago”, como lo afirma Telecom.

En el número 6.5 de este laudo, el tribunal examinó las consecuencias de que la primera pretensión de Nortel tenga un carácter dominante constitutivo y esa razón, más el comportamiento contractual de ambas partes igualmente censurado por el tribunal, fue lo que en conjunto llevó a desestimar la solicitud de intereses moratorios y no parece apropiado, ni puede hacer carrera, que una falta de colaboración útil para los fines del contrato de una de las partes acabe siendo purgada por el mismo comportamiento negligente de la otra, especialmente cuando se trata de un contrato de prestaciones concurrentes, como es el caso de un contrato de asociación a riesgo compartido como el que nos ocupa.

Por estas razones y por las expuestas adicionalmente bajo el número 6.5 anterior, prospera esta excepción, dentro del estricto marco de efectos indicado en aquella parte del laudo.

8.7. La inexistencia de la mora

Reiterando lo ya expresado bajo las anteriores excepciones, la apoderada de la convocada destaca que para Telecom no existe obligación de pagar, porque está sujeta a una condición que no ha acaecido y en el supuesto de que existiera, la mora del demandante en el cumplimiento de la obligación de conciliación de cifras purgaría la supuesta mora de Telecom.

El tribunal considera: Esta excepción prospera parcialmente y para esos efectos el tribunal hace la siguiente distinción dentro del argumento de la convocada:

- Telecom parte de la base de la inexistencia de la obligación, puesto que al no haberse dado la condición suspensiva determinante para que ella nazca a la vida jurídica, mal podría predicarse una supuesta mora. Este argumento debe ser desestimado en la medida en que el tribunal llegó a otra conclusión, bien diferente, pues como

queda claro en otras partes de este laudo, encontró la constitución efectiva de la obligación que ahora afirma Telecom no habría nacido.

- Prospera parcialmente la excepción, para los solos efectos de enervar el lucro cesante reclamado en la tercera pretensión de Nortel, por las razones indicadas en el número 6.5 de este laudo, y por las que acaba de indicar el tribunal al despachar la excepción anterior número 8.6.

No encontró el tribunal que se hubieran dado los presupuestos del artículo 306 del Código de Procedimiento Civil, razón por la cual no hay lugar a la consideración oficiosa de ninguna otra excepción de mérito.

9. Costas

Las costas, como lo viene afirmando la doctrina reiteradamente, pretenden que el derecho del contendiente procesal que resulte vencedor, es decir, que el derecho jurisdiccionalmente reconocido, no se vea mermado por la necesidad de acudir a la heterocomposición, ante la negativa de su contraparte para reconocer voluntariamente este mismo derecho. En otras palabras, que quien haya dado lugar al proceso asuma las consecuencias de esta conducta.

En el caso presente ha prosperado parcialmente la demanda de Nortel, en cuantía significativa y, a la vez, han tenido prosperidad mínima las excepciones de Telecom, razón por la cual es del caso atender el cardinal 5º del artículo 392 del Código de Procedimiento Civil, y con fundamento en esa norma el tribunal encuentra procedente condenar parcialmente en costas a Telecom, siendo aquella consideración —la prosperidad parcial de las pretensiones de la convocante—, el fundamento esencial para que la condena en costas no sea plena.

Así las cosas, el tribunal condena a Telecom a reembolsarle a Nortel las sumas de dinero que hubiere tenido que pagar a título de honorarios de los árbitros y la secretaría del tribunal, excluidos los cargos que esos honorarios hubieren tenido por razón del IVA. En consecuencia, de acuerdo con las sumas ordenadas en la audiencia de instalación, oportunamente consignadas por las partes, por mitades, Telecom pagará a Nortel a título de costas la suma de los siguientes valores:

1. 50% Honorarios de los árbitros: \$ 300.000.000

2. 50% Honorarios de la secretaria: \$ 50.000.000

Total de la condena en costas: \$ 350.000.000

La anterior condena tiene carácter parcial en la medida en que otros gastos del proceso a los que tuvo que contribuir Nortel quedan excluidos de estas consideraciones y en la medida igualmente, en que no procede condena alguna por agencias en derecho.

10. Conclusiones del tribunal respecto de la demanda de Nortel y las excepciones de Telecom

De conformidad con el análisis efectuado, es del caso declarar la prosperidad de la primera y segunda pretensiones de Nortel, desestimar la tercera pretensión principal (intereses moratorios) y la tercera pretensión subsidiaria (intereses moratorios) y declarar la prosperidad parcial de la cuarta pretensión (costas).

Igualmente, el tribunal ha encontrado fundamento suficiente para que prosperen parcialmente las excepciones de Telecom analizadas bajo los números 8.6 y 8.7 de este laudo, dentro de los límites expresamente indicados allí mismo.

11. Otros efectos de la sentencia

Retoma en este momento el tribunal el carácter parcialmente constitutivo que tiene esta sentencia —derivado a su vez del carácter preponderantemente constitutivo que tiene la primera pretensión de Nortel— para precisar algunos efectos de su decisión que deben ser advertidos ahora y consignados en la parte resolutiva, aunque Nortel no los hubiera pedido y sin que ello constituya incongruencia alguna de la sentencia con las pretensiones.

En este punto, el tribunal no hace otra cosa que seguir lo que tiene bien sentada la jurisprudencia de la Sala de

Casación Civil de nuestra Corte Suprema de Justicia, que un autor resume así:

“Hemos dicho que en los casos en que el fallador decide sobre cuestiones no pedidas o sobre más de lo pedido, incurre en el vicio de inconsonancia. Sin embargo, como también lo ha sostenido la Corte exhaustivamente, tal fenómeno no se configura, y por ende no es, en esos casos procedente acusar la sentencia por incongruencia, cuando el fallador toma decisiones que, pese a no estar pedidas; expresamente en la demanda, esta sí las deduce implícitamente, las que, por constituir un complemento obligado y necesario de lo suplicado expresamente, deben ser también materia de pronunciamiento judicial”⁽²⁸⁾.

Los efectos que el tribunal debe advertir, o fueron previstos expresamente por las partes, o son de la propia naturaleza del convenio, o se imponen por fuerza de nuestro derecho positivo y son los siguientes:

1. En primer lugar, el pago del anticipo al valor de rescate quedará fechado el día trigésimo hábil siguiente a la ejecutoria de este laudo, para los efectos que debe producir en la conformación de una rentabilidad de la inversión de Nortel del 12%, verificación y cuentas que deben efectuar las partes a la terminación del convenio.
2. Si Telecom no paga la suma que decretará el tribunal a título de anticipo al valor de rescate, en la oportunidad que señalará expresamente. Se causarán intereses moratorios según lo que corresponda de acuerdo con la normativa que se encuentre en vigencia. Esos intereses moratorios no deben ser objeto de cómputo alguno para establecer la rentabilidad de la inversión de Nortel, en la franja que constituya una diferencia con la tasa interna de retorno, TIR.
3. En el momento en que ocurra el pago efectivo de la suma de dinero que decretará el tribunal a título de anticipo al valor de rescate, las partes redefinirán el convenio teniendo en cuenta este anticipo, tal y como lo “previeron en el artículo 3º del mismo.

C. Parte resolutiva

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitraje instalado para dirimir las controversias suscitadas entre Nortel Networks de Colombia S.A. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, sobre precisos aspectos del convenio C-0025-93, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

1. Negar las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.1 a 8.5 inclusive y, en consecuencia, declarar la prosperidad de la primera y segunda pretensiones de Nortel Networks de Colombia S.A., en la forma indicada en las consideraciones de este laudo arbitral.
2. En consecuencia, condenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom apagar a Nortel Networks de Colombia S.A. a los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de ciento setenta y un mil novecientos setenta y dos millones, seiscientos diecinueve mil quinientos pesos (\$ 171.972.619.500) a título de anticipo al valor de rescate, pago que queda fechado el día que se acaba de indicar, para los efectos señalados en el número 1 del capítulo 11 de este laudo.
3. Se declara la prosperidad parcial de las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.6 y 8.7 en la forma y con los alcances indicados en la parte considerativa y, en consecuencia, no prospera la tercera pretensión principal de Nortel, ni la tercera pretensión subsidiaria.
4. Prospera parcialmente la cuarta pretensión de Nortel y en consecuencia se condena a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, a pagar a Nortel Networks de Colombia S.A. a los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de trescientos cincuenta millones de pesos (\$ 350.000.000) a título de costas.
5. Como efectos adicionales de esta sentencia, las partes deberán estar a lo indicado bajo los números 2 y 3 del

capítulo 11 de las consideraciones de este laudo.

6. Entregar a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, copia de este laudo arbitral.

7. Entregar por secretaría copia auténtica de este laudo arbitral, con constancia de ejecutoria, a cada una de las partes.

8. Disponer que una vez termine la actuación se protocolice el expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y, para esos efectos, prevenir a las partes sobre su obligación de cubrir por mitades esas expensas, o lo que faltare si la suma decretada y recibida para esos efectos resultare insuficiente.

Bogotá, D.C., veinte (20) de abril del año dos mil uno (2001).

La anterior providencia quedó notificada en estrados.

Aclaraciones, complementaciones y corrección de errores aritméticos al laudo arbitral

En Bogotá, D.C., a los tres (3) días del mes de mayo de dos mil uno (2001) previa convocatoria en debida forma, se reunió el tribunal de arbitraje integrado por los doctores Gilberto Peña Castrillón como presidente, María Teresa Palacio y Álvaro Mendoza Ramírez, para resolver las solicitudes de Nortel Networks de Colombia S.A. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom (CPC, arts. 309, 311) respecto de aclaraciones, adiciones y correcciones aritméticas al laudo proferido el 20 de abril pasado, sin que encuentre el tribunal protesta o reserva alguna de las partes respecto de su competencia en la fecha de esta providencia. Actuó como secretario la doctora Alicia Villegas Trujillo.

I. Solicitud de complementaciones, aclaraciones y corrección de errores aritméticos presentada por Telecom

En memorial recibido el 26 de abril de 2001, la apoderada de Telecom solicita dictar laudo complementario que resuelva la objeción por error grave al dictamen pericial, e igualmente que se aclaren unos apartes del laudo proferido el 20 de abril y se corrijan algunos errores aritméticos, peticiones que el tribunal procede a resolver.

1. Resolución complementaria

Llama la atención la apoderada de Telecom sobre la ausencia de una resolución concreta que “resuelva sobre la objeción por error grave presentada por esta apoderada contra el dictamen pericial, tal como lo ordena el numeral 6º del artículo 238 del Código de Procedimiento Civil, que textualmente dice: “La objeción se decidirá en la sentencia”, y en esa misma línea de pensamiento encuentra el tribunal que una declaración similar estaría faltando respecto de la tacha de sospechosos de un testigo, tema que junto con el anteriormente mencionado fueron tratados por el tribunal en forma exhaustiva en el capítulo 1 del laudo arbitral (“cuestiones probatorias de resolución previa”), páginas 15 a 32.

Lo anteriormente observado por la apoderada de Telecom y por este tribunal es suficiente para que con fundamento en los artículos 218, del inciso 2º y 238, cardinal 6º del Código de Procedimiento Civil, en concordancia con el artículo 160 del Decreto 1818 de 1998, se profiera la siguiente resolución complementaria, que por razones de simple orden, será la primera del laudo arbitral y tendrá como consecuencia simplemente metodológica cambiar la numeración de las resoluciones integrantes de la decisión de este tribunal:

Primero: No prosperan las objeciones por error grave presentadas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom contra el dictamen pericial, ni la tacha de sospechoso de un testigo presentado por Nortel Networks de Colombia S.A, según lo expuesto en el capítulo 1 de las consideraciones del tribunal.

2. Aclaraciones solicitadas por Telecom

En su escrito del 26 de abril pasado, Telecom presenta dos solicitudes de aclaración, que el tribunal resuelve por separado, así:

Primera solicitud de aclaración

Para estructurar esta solicitud, la apoderada de Telecom construye su argumento trayendo apartes del laudo escritos en contextos bien precisos y diferentes, como cuando toma frases del capítulo 4 sobre la “naturaleza y características del convenido C-0025-93” y los mezcla con reflexiones del tribunal a propósito del análisis de las objeciones por error grave al peritaje (cap. 1, pág. 31), y los complementa con conceptos en los que se aparta de lo que en materias precisas sentó el tribunal, como cuando afirma que “el nivel de riesgo aceptado por Nortel, … es el del 7%” (pág. 2 *in fine* del memorial de Telecom).

Sin embargo, lo que estaba encaminado a suscitar una aclaración acaba convirtiéndose en un ataque a la congruencia del laudo, ya que al terminar la exposición de la primera solicitud de aclaración, concluye así la apoderada de Telecom.

- “Esta determinación, incorporada por vía de remisión en la parte resolutiva, está decidiendo cuál es el alcance de la obligación de Telecom, al final del convenio, respecto de la rentabilidad en su relación con el margen de riesgo pactado y aceptado por las partes.
- El alcance de la obligación de Telecom, al final del convenio, para efectos de determinar el valor de rescate y el efecto del riesgo pactado sobre la TIR no era materia sujeta la (sic) Tribunal de Arbitramento.

El tribunal encuentra que en este caso no existen “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda” (CPC, art. 309), que estén contenidos en la parte resolutiva o influyan en ella pues el laudo es bien claro y expreso respecto de que el aporte económico efectuado por Nortel fue en especie —y no una simple inversión financiera—, en la rentabilidad pactada por las partes, en la conformación de la tasa interna de retorno, en los riesgos que las partes asumieron y expresamente mitigaron, así como sobre las razones por las que el tribunal consideró del caso tratar las materias incluidas en el capítulo 11, previas las consideraciones sobre aspectos relacionados con la congruencia de la sentencia, tema que igualmente había anticipado al examinar las pretensiones de Nortel (cap. 2, págs. 32 a 36).

Por lo expuesto, no es del caso suministrar la aclaración solicitada.

Segunda solicitud de aclaración

La segunda solicitud de aclaración la estructura Telecom así:

- El laudo ordena a Telecom pagar una determinada suma de dinero a Nortel, en un día determinado con posterioridad a la ejecutoria del laudo arbitral.
- En su segunda pretensión Nortel fechó el día 4 de marzo de 1999 el pago que ha debido hacerle Telecom.
- Que el tribunal dice en la página 71 que “...esta es la suma de dinero que por la causa invocada en la primera pretensión y bajo el título jurídico invocado en la segunda pretensión ha debido pagar a (sic) Telecom a Nortel el día 4 de marzo de 1999...”.

Con fundamento en todo lo anterior pretende Telecom que el tribunal aclare “que la fecha en que debe entrar al modelo la suma ordenada en el artículo 2º del laudo es el 4 de marzo de 1999” y no el día indicado en la segunda resolución del laudo (trigésimo día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo).

Nuevamente el tribunal no encuentra “conceptos o frases que ofrezcan verdadero motivo de duda” (CPC, art. 309) y de lo que se trata es de una nueva divergencia conceptual de Telecom con las conclusiones y resoluciones del laudo.

A pesar de lo anterior, el tribunal considera oportuno formular las siguientes reflexiones complementarias. Los peritos fueron bien claros en ilustrar a los jueces en que el sistema adoptado por el modelo para determinar la Tasa Interna de Retorno fue el de flujos efectivos de caja (cfr., págs. 2 y 60 del dictamen pericial, por ejemplo), de tal manera que no puede pretender Telecom que el tribunal date los efectos de un flujo de caja (un ingreso de efectivo) el día en que precisamente ello no ocurrió (mar. 4/99).

Este pago tendrá como fecha cierta la indicada por el tribunal (trigésimo día hábil siguiente a la ejecutoria del laudo), en el entendido de que Telecom honrará lo decidido por el tribunal. En caso contrario, deberán tenerse en cuenta para los efectos del cálculo de la tasa interna de retorno, TIR, pactada en el contrato, la fecha o fechas en que efectivamente ingresen los dineros provenientes de la condena a la tesorería de Nortel. Este y no otro, es el entendimiento correcto de las expresiones utilizadas por el tribunal en el número 1 del capítulo 11 de la parte motiva y en el punto segundo de la parte resolutiva del laudo proferido el 20 de abril.

El tribunal le reprochó a Nortel no haber presentado una reclamación a día, clara y precisa, dentro de un raciocinio encaminado a explicar por qué no había lugar al pago de intereses moratorios y no en el contexto que ahora lo pone Telecom, en el que trata de construir una pretensión póstuma que tendría como efecto premiar la improvidencia que tanto censuró el tribunal en el laudo: Telecom no pagó a día (mar. 4/99), pero ahora quisiera que el pago ordenado por el tribunal produjera efectos en el modelo económico desde el día en que, precisamente, no ocurrió ese pago.

En consecuencia no procede la aclaración solicitada.

3. Corrección de errores aritméticos solicitada por Telecom

Telecom presenta tres solicitudes de corrección de errores aritméticos, pero la segunda y la tercera han quedado despachadas al desestimarse las solicitudes de aclaraciones porque en esencia las comprendían y, de haber sido procedentes, tenían más de aquella naturaleza (aclaraciones) que de esta (corrección de errores aritméticos).

En efecto, en la segunda solicitud de corrección de error aritmético, "... Específicamente se solicita corregir el error aritmético referido a la tasa del 12% como la rentabilidad de la inversión que "debe producir" el convenio a su terminación, toda vez que la tasa correcta es el 12% afectado por el porcentaje de riesgo de +/- 7% pactado". (pág. 6 del memorial de aclaraciones).

No hay error aritmético. La apoderada de Telecom tiene un punto de vista conceptual distinto del que sentó el tribunal (cfr., págs. 31 y 32 del laudo), ya que esa desviación de más o menos (+/-) 7% de que trata el artículo 3º del convenio C-0025-93 es un requisito de procedibilidad para las revisiones que allí mismo se prevén y no se trata, de ninguna manera, de una franja en la que pueda flotar la rentabilidad que las partes acordaron que debe tener al final la inversión de Nortel. Nuevamente, una divergencia conceptual no constituye error aritmético susceptible de corrección alguna.

Y respecto de la tercera solicitud de corrección por error aritmético, el argumento está encaminado a afectar la segunda decisión de la parte resolutiva del laudo, en concordancia con el capítulo 11 del mismo, ya que Telecom considera que el día en que debe quedar fechado el pago ordenado por el tribunal, para los efectos de su incorporación al modelo económico, es el 4 de marzo de 1999 y no "a los treinta días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo", tal y como reza la segunda declaración de la parte resolutiva.

Como bien lo expuso ya el tribunal, se trata de una divergencia conceptual que no constituye error aritmético susceptible de corrección alguna.

Entra ahora el tribunal a estudiar la primera solicitud de corrección de error aritmético presentada por Telecom, en la que tiene razón parcialmente y en la que el tribunal encuentra que debe proceder oficiosamente a corregir otros errores estrictamente aritméticos, atento no solamente a que ello constituye un derecho de las partes y un deber de los jueces, a la prevalencia de lo sustancial sobre lo estrictamente formal, a que no pueden los jueces estando en oportunidad procesal refrendar a sabiendas sus propias equivocaciones y a que, subyaciendo en el arbitraje necesariamente un tema esencialmente transaccional, "el error de cálculo no anula la transacción: solo da derecho a que se rectifique el cálculo" (C.C., art. 2481), todo lo cual despeja cualquier duda que pudiera existir respecto de las habilitaciones sustanciales y procesales que tiene el tribunal en este momento para efectuar correcciones aritméticas.

Entra pues el tribunal a efectuar las correcciones por error aritmético, una parte de ellas por solicitud de Telecom y otras de manera oficiosa, ya que en el escrito de Nortel no aparece ninguna solicitud de esta especie.

Para una mayor claridad del tema, se presentan los errores, la clase de los mismos, su fuente y causa, los cálculos que se afectan y los ajustes definitivos que por estas razones deben hacerse al laudo arbitral.

1. Los errores aritméticos en que incurrió el tribunal tienen su origen en que, habiendo solicitado Nortel a los peritos la revisión y corrección de la cifra correspondiente al total de los ingresos brutos proyectados generados por el modelo económico, los peritos contestaron que “la cifra correcta en este caso es US\$ 516.429.214 en lugar de US\$ 510.020.000”, tal y como se lee en la página 12 de las aclaraciones al dictamen pericial, número 2, respuestas a lo solicitado por el apoderado de Nortel, corrección que puso en evidencia a los expertos la necesidad de revisar otras cifras y factores del dictamen, razón por la cual al escrito de aclaraciones y complementaciones agregaron un punto bajo el número 4. Rotulado “correcciones al texto y cifras del informe pericial”, teniendo el cuidado de precisar los errores del texto original, así como las cifras base y las operaciones ejecutadas con aquellos datos erróneos, todo lo cual obra en un listado que aparece en las dos páginas introductorias al número 4 de las aclaraciones al dictamen pericial, capítulo que además, para mayor claridad subtitulan “hojas para cambiar en el informe”, y a continuación presentan las nuevas páginas que, sin modificar la numeración, reemplazan a las del dictamen original, y que son los números 9, 10, 11, 13, 14, 14a, 14b, 15, 16, 17, 21, 22, 23, 24, 30, 31, 32, 46, 47, 49, 50, 51, 53 y los cuadros números 8, 8a, 11, 11a, 11 b y tres hojas adicionales sin numeración “para cambiar en el anexo 2”.

2. Así las cosas, siendo que uno de los elementos básicos de los cálculos efectuados por el tribunal en el capítulo 6.3 del laudo (“aplicación de las estipulaciones contractuales”) es el 30% del total de los ingresos brutos proyectados por el modelo económico ajustado según lo que establecían los textos contractuales, esa cifra también debe ser corregida porque, como lo indican los mismos peritos (nuevas págs. 22 y 46 del dictamen), “El 30% de los ingresos brutos proyectados según el modelo económico cronograma real, y con valor de rescate corresponde a: US\$ 154.928.764”. Esta es, entonces, la cifra que reemplaza a US\$ 153.006.000 utilizada erróneamente por el tribunal en la página 68 del laudo.

3. En las páginas 70 y 71 del laudo, el tribunal expresó las razones para tomar en cuenta la cifra de US\$ 100.929.000 como el monto de los ingresos recibidos por Nortel durante los cinco primeros años de ejecución del contrato, llevados a valor presente, que la debe restar del 30% de los ingresos brutos proyectados por el modelo económico y ajustados que, como ya se expresó, son US\$ 154.928.764, y no US\$ 153.006.000. En consecuencia la resta que se debe efectuar es la siguiente:

$$\text{US\$ } 154.928.764 \text{ menos US\$ } 100.929.000 = \text{US\$ } 53.999.764.$$

Sin embargo, se tomarán en cuenta los factores establecidos por los peritos, que presentan una diferencia en el sustraendo de US\$ 321 con la cifra de Nortel, esto es, el diminuendo será US\$ 100.929.321 y no US\$ 100.929.000. De donde US\$ 154.928.764 menos US\$ 100.929.321 = US\$ 53.999.443.

4. Así las cosas, la nueva redacción del número 6, de la página 71 del laudo, en la parte que nos interesa, y con estas correcciones queda así:

Según el dictamen pericial (nueva página número 51), “US\$ 53.999.443 corresponden en valor futuro a US\$ 95.165.469 según demanda... y se paga un monto en moneda colombiana, resultante de multiplicar la diferencia antes mencionada llevada a valor futuro por la tasa representativa del peso colombiano con respecto al dólar americano, del momento al cual se calculó el valor futuro”.

US\$ 95.165.469 multiplicado por \$ 1.582.9 tasa representativa del dólar USA al día en que terminaron los cinco primeros años de ejecución del contrato, arroja una cifra en moneda colombiana de ciento cincuenta mil seiscientos treinta y siete millones cuatrocientos veinte mil ochocientos ochenta pesos (\$ 150.637.420.880).

En conclusión, esta es la suma de dinero que por la causa invocada en la primera pretensión y bajo el título jurídico invocado en la segunda pretensión, ha debido pagar Telecom a Nortel el día 4 de marzo de 1999 (fecha expresada en la segunda pretensión) según liquidación que ha efectuado el tribunal con fundamento en la fuente de obligaciones que debe aplicar para proferir un laudo en derecho que, en este caso, es el convenio C-0025-93 interpretado de la manera como las partes lo hicieron en forma auténtica, y tal y como el tribunal lo ha consignado

en el número 5 de este laudo, sin perjuicio de la fecha que el tribunal señale para otros fines del convenio.

5. Como puede observarse, el cálculo anterior se ha hecho con una tasa de cambio distinta de la que originalmente tomó en cuenta el tribunal y ese cambio obedece, a la vez, a otra corrección efectuada por los peritos en el documento de aclaraciones y complementaciones al dictamen pericial (núm. 4 “Correcciones al texto y cifras del informe pericial”), visible en la nueva página 51, puesto que la tasa originalmente utilizada por el tribunal (\$ 1.873.8) corresponde al 30 de diciembre de 1999, fecha totalmente improcedente para esos efectos.

En otros términos para convertir a pesos la suma en dólares que debe pagar Telecom a Nortel debe utilizarse una tasa de cambio de \$ 1.582.9, que era la tasa de cambio vigente en la fecha de corte de los cinco primeros años de ejecución del convenio tomada en cuenta por los peritos, sin que sea admisible la cifra que en el escrito de correcciones propone Telecom —\$ 1.558.66— que es la tasa de cambio que estuvo vigente el 4 de marzo de 1999, fecha que no corresponde a un corte contractualmente convenido sino a un plazo de gracia acordado por las partes para efectuar el pago (C. Co., art. 829), y sin que sea admisible a estas alturas del proceso invocar tasas de cambio cuyas pruebas no fueron recaudadas en debida forma.

Lo anterior es suficiente para que proceda la corrección del error aritmético, corrección que afecta el monto indicado en la segunda resolución de la decisión del tribunal que, salvo que por virtud de las solicitudes de Nortel tuviera que modificarse nuevamente, quedaría así:

Segundo: En consecuencia, condenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom a pagar a Nortel Networks de Colombia S.A. a los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de ciento cincuenta mil seiscientos treinta y siete millones cuatrocientos veinte mil ochocientos ochenta pesos (\$ 150.637.420.880) a título de anticipo al valor de rescate, pago que queda fechado el día que se acaba de indicar, para los efectos señalados en el número 1 del capítulo 11 de este laudo.

Por lo expuesto, entonces, prospera parcialmente la primera solicitud de corrección de error aritmético presentada por Telecom en su escrito de abril 26 pasado.

II. Solicitud de aclaración y complementación presentada por Nortel

En memorial de fecha 27 de abril pasado —presentado en tiempo—, el apoderado de Nortel solicita se aclare y complemente el laudo arbitral.

1. Aclaración solicitada por Nortel

La primera solicitud se contrae a aclarar el ordinal tercero de la parte resolutiva del laudo “en el sentido de indicar que la negativa de las pretensiones tercera y tercera subsidiaria únicamente se refiere a los numerales 3.2 relacionados con la solicitud de reconocimiento de intereses por mora”, petición que sustenta en el hecho de que las excepciones perentorias propuestas por Telecom prosperaron parcialmente y únicamente respecto del no reconocimiento de dichos intereses de mora.

El tribunal no encuentra que el punto advertido por Nortel lleve a confusión alguna, cuando con lo declarado en los puntos primero y segundo de la parte resolutiva del laudo se estimaron de mérito las pretensiones constitutiva, declarativa y de condena que planteó Nortel (que nació una determinada obligación; que ha debido pagarse a día determinado; y que debe pagarse en la cuantía y fecha que el tribunal indica), razón por la cual se trata de un punto que no tiene por qué constituir motivo alguno de duda (nuevamente CPC, art. 309).

Sin embargo, tiene razón Nortel en que la tercera decisión de la parte resolutiva, si se lee aisladamente, podría sugerir que no prosperó la pretensión de condena respecto del daño emergente y por esta razón se hará la aclaración y esa decisión del tribunal, bajo la nueva redacción, quedará así:

Tercero: Se declara la prosperidad parcial de las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.6 y 8.7 en la forma y con los alcances indicados en la parte considerativa y, en consecuencia, no prosperan los numerales 3.2 de las pretensiones tercera principal y tercera subsidiaria de Nortel, relativos a la solicitud de intereses moratorios.

2. Complementación solicitada por Nortel

La solicitud de complementación está orientada a que el tribunal resuelva “expresa, motivada y favorablemente sobre el mérito del numeral 3.1 de la pretensión tercera principal de la demanda y su último párrafo, excepto en lo que este se refiera a intereses”, petición que se contrae a que el valor de la condena en moneda legal colombiana se liquide “de acuerdo a la tasa representativa del mercado vigente en la fecha en que el pago efectivamente se produzca”.

Como fundamentos de esta petición, el apoderado de Nortel argumenta:

- Que en el último párrafo de la pretensión tercera principal, se solicitó al tribunal “ordenar a la convocada hacer los pagos ... en moneda legal colombiana para la fecha en que efectivamente se produzca el pago, para lo cual se hará la correspondiente conversión del capital ... en dólares, a la tasa representativa del mercado vigente para el día en que se produzca el pago del capital”.
- Que la condena se solicitó “como consecuencia directa del incumplimiento de Telecom mencionado en la pretensión primera”.
- Que habiendo declarado el tribunal la prosperidad de la primera y segunda pretensiones de Nortel, correspondía pronunciarse de manera expresa sobre el mérito de la pretensión tercera principal, numeral 3.1.
- En resumen, si lo que Nortel solicita es que “se adicione el laudo” (cfr., pág. 1 de su solicitud), está partiendo de la base de que el tribunal dejó de estimar de mérito la más importante de sus pretensiones.

El tribunal no accederá a lo solicitado por Nortel, por las razones que puntualiza a continuación:

2.1. El tema ya fue estimado de mérito por el tribunal ya él se refiere, precisamente, la segunda declaración del laudo. En consecuencia, no es cierto que el tribunal haya guardado silencio al respecto.

2.2. A la luz de lo anterior, acceder a lo que pide Nortel es tanto como revocar o modificar el laudo y, en consecuencia, pretermitir el claro mandato del artículo 309 del Código de Procedimiento Civil.

2.3. A pesar de lo anterior, aun razonando dentro del nominalismo con que procede Nortel en su solicitud de complementación, a términos de la tercera pretensión, 3.1., bien sea que se tome la principal o la subsidiaria, la solicitud fue despachada de mérito por el tribunal y como bajo ambas pretensiones (principal y subsidiaria) el pago debe hacerse en moneda nacional, es bien claro que el tribunal no acogió ni la manera de efectuar esa conversión bajo la tercera pretensión principal, ni bajo la tercera pretensión subsidiaria, porque atentos a las estipulaciones contractuales el tribunal atendió como fecha en que ha debido pagarse aquella obligación, la que sin oposición de las partes determinaron los peritos como límite o corte de las liquidaciones que obran en el dictamen pericial y en sus aclaraciones, esto es, el 31 de enero de 1999 y, en consecuencia, los peritos y el tribunal tomaron en cuenta la tasa de cambio de ese día.

2.4. Por faltar en la parte resolutiva del laudo una referencia literal a la tercera pretensión, número 3.1, bien sea principal o subsidiaria, ello no puede imponer como conclusión que el tribunal guardó silencio sobre la misma, esto es, que no habría estimado esa importante pretensión de condena, cuando la realidad es que casi la mitad del laudo está dedicada a fundamentar la procedencia de esa condena, la pertinencia de una tasa de cambio a un día determinado, la no procedibilidad de los intereses moratorios, así como la imputación que deberán hacer las partes de esa condena a una fecha cierta para los efectos de su incorporación al modelo económico, y todo ello tratando de preservar el tribunal los equilibrios originalmente acordados por las partes y las equidades naturales que deben observarse para que no termine irrespetado el principio *non bis in idem* o, lo que es peor, constituyéndose al amparo de una sentencia enriquecimientos indebidos o, en este preciso caso, anticipos o pagos injustificados, que serían conceptos más coherentes con la naturaleza del convenio que nos ocupa.

2.6. El raciocinio de Nortel para solicitar esta adición al laudo, viene estructurado sobre la base de los errores aritméticos en que incurrió el tribunal y se echa de menos en su escrito del 27 de abril la más mínima advertencia a este tribunal sobre la necesidad de efectuar aquellas correcciones aritméticas, faltando con ello a un claro deber de

colaboración conceptual con la administración de justicia.

2.7. Finalmente, no debe perderse de vista que no estamos liquidando una operación de cambio, ni de comercio exterior. La tasa de cambio es un factor de conversión a día determinado según las estipulaciones del convenio y dentro de un mecanismo que no constituye todavía el pago total —se trata de un anticipo— quedando pendiente la “verificación y cuentas finales” como varias veces se advirtió en el laudo. El tribunal hubiera agradecido más que Nortel le hubiera advertido de manera más franca los errores en que incurrió, en vez de construir argumentos a partir justamente de sus equivocaciones.

Sin embargo, para que la parte resolutiva tenga una referencia expresa a todas las pretensiones de la demanda, en la primera resolución —que ahora será la segunda— el tribunal declarará que también prosperó la tercera pretensión principal, número 3.1, bajo las consideraciones con las que se accedió a la estimación del daño emergente, por supuesto. La nueva redacción de esa resolución quedará así:

Primero : Negar las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.1 o 8.5 inclusive y, en consecuencia, declarar la prosperidad de la primera y segunda pretensiones, así como de la tercera pretensión principal, número 3.1 de Nortel Networks de Colombia S.A., en la forma indicada en las consideraciones de este laudo arbitral.

III. Decisión

En mérito de lo expuesto, el tribunal de arbitraje instalado para dirimir las controversias suscitadas entre Nortel Networks de Colombia S.A. y la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, sobre precisos aspectos del convenio C-0025-93, y habida cuenta de las adiciones, complementaciones y correcciones de errores aritméticos que han resultado procedentes, administrando justicia en nombre la República de Colombia y por autoridad de la ley,

RESUELVE:

ART. 1º—Con fundamento en lo expuesto en la parte motiva de esta providencia, prospera parcialmente la solicitud de adiciones, aclaraciones y corrección de errores aritméticos presentada por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, e igualmente prospera parcialmente la solicitud de aclaración y complementación presentada por Nortel Networks de Colombia S.A., y ha habido lugar a la corrección oficiosa por el tribunal de determinados errores aritméticos, tal y como queda consignado en la parte motiva de esta providencia.

ART. 2º—Por razón de las adiciones, aclaraciones y correcciones de errores aritméticos que ha efectuado el tribunal, la parte resolutiva del laudo arbitral proferido el 20 de abril de 2001, queda así.

1. No prosperan las objeciones por error grave presentadas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom contra el dictamen pericial, ni la tacha de sospechoso de un testigo presentada por Nortel Networks de Colombia S.A., según lo expuesto en el capítulo 1 de las consideraciones del tribunal.

2. Negar las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.1 a 8.5 inclusive y, en consecuencia, declarar la prosperidad de la primera y segunda pretensiones, así como de la tercera pretensión principal, número 3.1 de Nortel Networks de Colombia S.A., en la forma indicada en las consideraciones de este laudo arbitral.

3. En consecuencia, condenar a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom a pagar a Nortel Networks de Colombia S.A. a los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de ciento cincuenta mil seiscientos treinta y siete millones cuatrocientos veinte mil ochocientos ochenta pesos (\$ 150.637.420.880) a título de anticipo al valor de rescate, pago que queda fechado el día que se acaba de indicar, para los efectos señalados en el número 1 del capítulo 11 de este laudo.

4. Se declara la prosperidad parcial de las excepciones perentorias propuestas por la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom, indicadas en el punto 8 de este laudo bajo los números 8.6 y 8.7 en la forma y con los alcances indicados en la parte considerativa y, en consecuencia, no prosperan los numerales 3.2 de las

pretensiones tercera principal y tercera subsidiaria de Nortel Networks de Colombia S.A., relativos a la solicitud de intereses moratorios.

5. Prospera parcialmente la cuarta pretensión de Nortel Networks de Colombia S.A., y en consecuencia se condena a la Empresa Nacional de Telecomunicaciones, Telecom a pagar a Nortel Networks de Colombia S.A. a los treinta (30) días hábiles siguientes a la ejecutoria de este laudo, la suma de trescientos cincuenta millones de pesos (\$ 350.000.000) a título de costas.

6. Como efectos adicionales de esta sentencia, las partes deberán estar a lo indicado bajo los números 2 y 3 del capítulo 11 de las consideraciones de este laudo.

7. Entregar a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, copia de este laudo arbitral.

8. Entregar por secretaría copia auténtica de este laudo arbitral, con constancia de ejecutoria, a cada una de las partes.

9. Disponer que una vez termine la actuación se protocolice el expediente en una notaría del Círculo de Bogotá y, para esos efectos, prevenir a las partes sobre su obligación de cubrir por mitades esas expensas, o lo que faltare si la suma decretada y recibida para esos efectos resultare insuficiente.

ART. 3º—Entregar a la Procuraduría General de la Nación y al Centro de Arbitraje y Conciliación de la Cámara de Comercio de Bogotá, copia de esta providencia.

ART. 4º—Entregar por secretaría copia auténtica del laudo arbitral proferido el 20 de abril de 2001 y de esta providencia complementaria, con constancia de ejecutoria, a cada una de las partes.

Bogotá, D.C., tres (3) de mayo del año dos mil uno (2001).

La anterior providencia quedó notificada en estrados.
